



HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Cilt: 8 Sayı: 1 Yıl: 2025

e-ISSN: 2667-4076





HUKUK FAKÜLTESİ

**NECMETTİN ERBAKAN ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ**

YIL (YEAR): 2025

CİLT (VOLUME): 8 SAYI (ISSUE): 1

E-ISSN: 2667-4076

KONYA 2025

NECMETTİN ERBAKAN ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

NECMETTİN ERBAKAN UNIVERSITY FACULTY OF LAW REVIEW

Cilt/Volume: 8 Sayı/Number: 1 Yıl/Year: 2025

Yayıncı / Publisher

Necmettin Erbakan Üniversitesi/Necmettin Erbakan University

Baş Editör / Editor in Chief

Prof. Dr. Nuran KOYUNCU 
(nkoyuncu@erbakan.edu.tr, Necmettin Erbakan Üniversitesi)

Alan Editörleri / Field Editors

(Kamu Hukuku/Public Law)

Dr. Öğr. Üyesi Muradiye ÇEVİKÇELİK 
(mcevikcelik@erbakan.edu.tr, Necmettin Erbakan Üniversitesi)

Arş. Grv. Enes ERSÖZ 
(ersoz@erbakan.edu.tr, Necmettin Erbakan Üniversitesi)

Arş. Grv. Nermin ÖĞÜTÇÜ 
(narpacioglu@erbakan.edu.tr, Necmettin Erbakan Üniversitesi)

Arş. Grv. Özge Ceren YAVUZ KILIÇ 
(ocyavuz@erbakan.edu.tr, Necmettin Erbakan Üniversitesi)

(Özel Hukuk/Private Law)

Dr. Öğr. Üyesi Nurullah BAL 
(nurullah.bal@erbakan.edu.tr, Necmettin Erbakan Üniversitesi)

Arş. Grv. Dr. Hasan Alparslan AYAN 
(hayan@erbakan.edu.tr, Necmettin Erbakan Üniversitesi)

Arş. Grv. Dr. Abdurrahim ALTUN 
(aaltun@erbakan.edu.tr, Necmettin Erbakan Üniversitesi)

Arş. Grv. Rumeysa ÖZYÜREK 
(rumeysa.ozvurek@erbakan.edu.tr, Necmettin Erbakan Üniversitesi)

Arş. Grv. Betül YAKAR 
(betul.yakar@erbakan.edu.tr, Necmettin Erbakan Üniversitesi)

Yazım ve Dil Editörleri/ Writing and Language Editors

İngilizce/English

Arş. Grv. Begüm KAYA 
(begumkaya@erbakan.edu.tr, Necmettin Erbakan Üniversitesi)

Fransızca/ French

Arş. Grv. Kübra İmran ARTAN 
(kiartan@erbakan.edu.tr, Necmettin Erbakan Üniversitesi)

Almanca/German

Dr. Öğr. Üyesi Bekir BOGA 
(bboga@erbakan.edu.tr, Necmettin Erbakan Üniversitesi)

Yayın Türü / Publication Type

Yerel Süreli Yayın / National Periodical

Yayın Periyodu / Publication Period

Yılda iki kez (Haziran ve Aralık) yayımlanır/ Published bi-annual (June, December)

Yazışma Adresi / Correspondence Address

Köyceğiz Mahallesi Demeç Sokak Ortak Derslikler A Blok Meram/KONYA

E posta: konyahukukdergi@gmail.com & hfd@erbakan.edu.tr

İnternet adresi: <https://www.erbakan.edu.tr/hukukfak/sayfa/6622> & <https://dergipark.org.tr/tr/pub/neuhfd>

E-ISSN: 2667-4076

Haziran 2025

İÇİNDEKİLER

(CONTENTS)

ARAŞTIRMA MAKALELERİ

(RESEARCH ARTICLES)

Türkiye'de Akdi Tatilin İş Hukukundaki Rolü ve Dinlenme Sürelerinin Yetersizliği <i>Nihan Gizem KANTARCI ATEŞ</i>	1	The Role of Contractual Leave in Labor Law in Türkiye and The Insufficiency of Rest Periods <i>Nihan Gizem KANTARCI ATEŞ</i>
ICSID Hakem Kararlarının Temel Usûl Kurallarından Ciddî Sapma Nedeniyle İptali <i>Halil Alperen IŞIK</i>	23	Annulment of ICSID Arbitral Awards due to Serious Departure from a Fundamental Rule of Procedure <i>Halil Alperen IŞIK</i>
‘Kamu Yararı Anayasacılık’ ve Türkiye’de Anayasa <i>Abdulkadir YILDIZ</i>	50	‘Common Good Constitutionalism’ and Constitution in Türkiye <i>Abdulkadir YILDIZ</i>
Dinî ve Hukuki Yönleriyle Eski Mezopotamya’da Yemin Uygulamaları ve Yeminin Bağlayıcılığı <i>Hasan ÖZYURT, Muammer ULUTÜRK</i>	71	Oath Practices and Binding Force in Ancient Mesopotamia with Religious and Legal Aspects <i>Hasan ÖZYURT, Muammer ULUTÜRK</i>
İş Hukuku Boyutuyla Genel Kadınlar <i>Muharrem Emre ULUSOY</i>	95	Brothel Women in Terms of Labor Law <i>Muharrem Emre ULUSOY</i>
Tarihsel ve Dogmatik Açıdan Depositum Irregulare’nin Karşılığı Olarak Kullanılan Terimler Üzerine <i>Ali Selkor ATAĞ</i>	128	A Historical and Dogmatic Analysis of the Terms Used for Depositum Irregulare <i>Ali Selkor ATAĞ</i>
1879 Usûl-i Muhâkemât-ı Cezaiye Kanunu ve Temyiz Mahkemesi Kararları Kapsamında Osmanlı Hukukunda Tercüman <i>Abdussamed ATASOY</i>	157	Interpreter in Ottoman Law Within the Scope of the 1979 Criminal Procedure Law and the Decisions of the Court of Appeal <i>Abdussamed ATASOY</i>

**Doğrudan Yabancı Yatırımlar
Kanunu Çerçevesinde İspat Hakkına
Getirilen Sınırlamanın Anayasa'ya
Uygunluğu Sorunu**

Vildan SEZİŞLİ

174

**The Constitutionality of the Limitation
on the Right of Proof within the
Framework of the Foreign Direct
Investment Law**

Vildan SEZİŞLİ

**Ceza Mahkemesi Kararlarının Hukuk
Mahkemesine Etkisi ve Hükmün
Açıklanmasının Geri Bırakılmasının
Durumu**

Furkan KOÇ

204

**The Effect of Criminal Court Decisions
on Civil Courts and the Status of the
Deferred Adjudication Decision**

Furkan KOÇ

**Zor Zamanda Küresel Barışı Aramak:
Dünya Düzeni Modelleri Projesi**

Mustafa Cüneyt ÖZŞAHİN

260

**Seeking Global Peace in Difficult
Times: World Order Models Project**

Mustafa Cüneyt ÖZŞAHİN

**Azerbaycan İş Hukukunda İş
Sözleşmesinin Sona Erme Nedenleri
ve Hukuki Sonuçları**

Namık HÜSEYİNİ

277

**Termination Grounds and Legal
Consequences of Employment
Contracts under Azerbaijani Labor
Law**

Namık HÜSEYİNİ

**Uluslararası Hukuk ve İnsan Hakları
Hukuku İlişkisine Dair Spinozacı
Yaklaşım**

Osman ÖĞÜTÇÜ

311

**A Spinozian Approach to the
Relationship Between International
Law and Human Rights Law**

Osman ÖĞÜTÇÜ

**The Proliferation of Armed Drones
and Its Reflections on International
Law: New Challenges to the Paradigm
of the Use of Force during the US
Drone Era**

Muhammed Beheşti AYDOĞAN

327

**Silahlı Dronların Yaygınlaşması ve
Bunun Uluslararası Hukuka
Yansımaları: ABD SİHA Döneminde
Kuvvet Kullanma Paradigmasına Yeni
Meydan Okumalar**

Muhammed Beheşti AYDOĞAN

Terk Suçunda Tipiklik Unsuru

Ali Şahin KILIÇ

369

**Typicality Element of the Crime of
Abandonment**

Ali Şahin KILIÇ

**Osmanlı Mahkemelerinde Elçilik ve
Konsolosluk Tercümanlarının
Fonksiyonu**

Müberra KORKMAZ

398

**The Function of Embassy and
Consulate Interpreters in Ottoman
Courts**

Müberra KORKMAZ

**Zamanaşımına Uğramış Kambiyo
Senedinin Hukuki Niteliği**

Sefa ER

436

**Legal Nature of a Bill of Exchange That
Has Become Time-Barred Courts**

Sefa ER

**Yapay Zekâ Yasasında Risk
Kategorileri**

Berrin AKBULUT, Mete Tuluhan AKBULUT

466

**Risk Categories in Artificial Intelligence
Act**

Berrin AKBULUT, Mete Tuluhan AKBULUT

YAYIN KURULU/EDITORIAL BOARD

Prof. Dr. Zekeriya MIZIRAK (Necmettin Erbakan Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi)
Prof. Dr. Ümit Süleyman ÜSTÜN (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Bernd HEINRICH (Eberhard Karls Universität Tübingen Juristische Fakultät/Almanya)
Prof. Ass. Dr. Sc Mensur MORİNA (University of Peja - Universiteti Haxhi Zeka/ Kosova)
Prof. Dr. Besa ARİFİ (South East European University/Kuzey Makedonya)
Prof. Ass. Dr.sc Sevdai MORİNA (University for Business and Technology (UBT)/ Kosova)
Prof. Asoc. Idriz HAXHIAJ (Defense Academy “Akademia e Mbrojtjes”, Albanian University/Arnavutluk)
Doç. Dr. Ahmet AKMAN (Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Abdurrahman SAVAŞ (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Ahmet KILINÇ (Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Dr. Öğr. Üy. Aytekin ÇELİK (Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Dr. Öğr. Üy. Mehmet Onursal CİN (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Dr. Öğr. Üy. Banu Bilge SARIHAN (Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

DANIŞMANLAR KURULU/ADVISORY BOARD

Prof. Dr. Abdulkadir BULUŞ (Necmettin Erbakan Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi)
Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ (Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Berrin AKBULUT (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Bilal KUŞPINAR (Necmettin Erbakan Üniversitesi Sosyal ve Beşeri Bilimler Fakültesi)
Prof. Dr. Birol MERCAN (Necmettin Erbakan Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi)
Prof. Dr. Cemil KAYA (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Gül AKYILMAZ (Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Haluk Hadi SÜMER (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. İbrahim Erol KOZAK (Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. M. Fatih UŞAN (Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Murat ÇEMREK (Necmettin Erbakan Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi)
Prof. Dr. Mustafa Fadıl YILDIRIM (Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Ömer ANAYURT (Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Önder KUTLU (Necmettin Erbakan Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi)
Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Mustafa Erdem CAN (Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Nezihe Binnur TULUKÇU (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Mehmet Hanifi BAYRAM (Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Ali PASLI (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Emre ESEN (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Serkan AYAN (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Oğuz Sadık AYDOS (Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Murat ŞİMŞEK (Marmara Üniversitesi, İslam Ekonomisi ve Finansı Enstitüsü)
Doç. Dr. Koray DOĞAN (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Ahmet Kürşat ERSÖZ (Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Selcen ERDAL (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Abdulkadir YILDIZ (Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Baki Oğuz MÜLAYİM (Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Ayşegül ÇOBAN ATİK (Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Yılmaz YURTSEVEN (Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Murat AKSAN (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Dr. Öğr. Üyesi Ahmet Şakir DEMİRTAŞ (Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Dr. Öğr. Üyesi Hikmet TÜLEN (Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Dr. Öğr. Üyesi Mahmut KAPLAN (Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Dr. Öğr. Üyesi Mahmut KİZİR (Necmettin Erbakan Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu)
Dr. Öğr. Üyesi Özlem ÇELİK (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Dr. Öğr. Üyesi Süheyla ZORLU (Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Dr. Öğr. Üyesi Tuğba BAYRAKTAR (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Dr. Öğr. Üyesi Yalçın BOSTANCI (Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Dr. Mehmet Savaş ÖZDAĞ

DERGİ HAKKINDA

AMAÇ

Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi ile hukuk alanında özgün ve bilimsel makalelerin yayımlanması suretiyle ulusal ve uluslararası literatüre katkı sağlamak amaçlanmaktadır. Dergimiz güncel hukuki meseleler ile hukuk tarihine ilişkin konularda yayım yapması sebebiyle hukukçu akademisyen ve öğrencilere hitap ettiği gibi hukuk uygulamasında yer alan avukat, hakim ve savcı gibi meslek gruplarına da hitap etmektedir.

KAPSAM

Dergimiz Haziran ve Aralık aylarında olmak üzere yılda iki kez elektronik olarak yayımlanan hukukun bütün alt dallarında makale kabul eden ulusal hakemli bir dergidir. Bilimsel makalelerin yanı sıra karar incelemeleri, mevzuat değerlendirmesi, kitap incelemesi ve çeviriler de dergide yer almaktadır. Derginin yayım dili, Türkçe, İngilizce, Almanca ve Fransızcadır.

DEĞERLENDİRME SÜRECİ

Yılda iki sayı halinde yayımlanan Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi hakemli bir dergidir. Dergimizde yayımlanan makaleler en az iki hakem tarafından incelenmektedir. Dergimiz bir yazarın bir yılda en fazla bir makalesini incelemeye almayı kabul eder. Haziran sayısı için 15 Nisan, Aralık sayısı için 15 Ekim son gönderim tarihidir.

TARANDIĞI İNDEKSLER

1. TR Dizin:

<https://search.trdizin.gov.tr/tr/journal/detail/2229/necmettin-erbakan-universitesi-hukuk-fakultesi-dergisi>

2. ERIH PLUS:

<https://kanalregister.hkdir.no/publiseringskanaler/erihplus/periodical/info.action?id=505860>

3. Hein Online:

<https://home.heinonline.org/titles.php?c=Law-JournalLibrary&t=Necmettin+Erbakan+Universitesi+Hukuk+Fakultesi+Dergisi>

4. DOAJ:

<https://doaj.org/toc/2667-4076>

5. EBSCO - Central & Eastern European Academic Source (CEEAS):

ebsco.com/m/ee/Marketing/titleLists/e5h-coverage.htm

6. EBSCO - Legal Source:

ebsco.com/m/ee/Marketing/titleLists/lgs-coverage.htm



ARAŞTIRMA
MAKALELERİ
RESEARCH ARTICLES

Türkiye'de Akdi Tatilin İş Hukukundaki Rolü ve Dinlenme Sürelerinin Yetersizliği

Nihan Gizem KANTARCI ATEŞ^{1*} 

¹Nuh Naci Yazgan Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye

Makale Bilgisi

Makale Geçmişi

Geliş: 13.10.2024

Kabul: 10.01.2025

Yayın: 20.06.2025

Anahtar Kelimeleri:

Akdi Tatil, Dinlenme Süresi, Çalışılmayan Cumartesi Günü, İş Günü, Hafta Tatili.

ÖZET

Bu çalışmada, Türkiye'deki haftalık dinlenme süresi ve akdi tatil kavramı ele alınmıştır. Araştırmanın amacı, Türkiye'deki hafta tatili süresini Avrupa Birliği (AB) direktifleri, Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) standartları ve diğer ülkelerdeki uygulamalarla karşılaştırarak dinlenme süresinin yetersizliğine dikkat çekmek ve akdi tatilin önemini vurgulamaktır. Türkiye, haftalık 60 saatten fazla çalışan kişi oranı bakımından OECD ülkeleri arasında en yüksek sırada yer almaktadır. Bununla birlikte, genel haftalık çalışma süresi ortalama 42,9 saat olarak belirlenmiştir. Hafta tatili süresinin sadece 24 saatle sınırlı olması, iş sağlığı ve verimlilik açısından yetersiz bulunmuştur. Akdi tatil ise iş veya toplu iş sözleşmesiyle kabul edilen ek tatil günü olarak tanımlanmıştır. Çalışma, akdi tatilin iş hukuku kavramlarıyla olan ilişkisini kapsamlı bir şekilde incelemiştir. Yıllık izin, hafta tatili, genel tatil, telafi çalışması ve yeni iş arama izni gibi kavramlarla olan bağlantıları detaylandırılmış; akdi tatil ücreti ve faiz oranları ile bu günlerin hak düşürücü süre ve devamsızlık üzerindeki etkileri tartışılmıştır. Sonuç olarak, insan onuruna yakışır bir yaşam için haftalık dinlenme süresinin artırılması gerektiği, akdi tatilin ise işçi haklarının korunmasında önemli bir çözüm olduğu neticesine ulaşılmıştır. İşçilerin mekanikleşmediği, emeğin karşılığını bulduğu ve işin araç olarak görüldüğü bir sistemin inşası için bu düzenlemelerin hayata geçirilmesi önerilmektedir.

The Role of Contractual Leave in Labor Law in Türkiye and The Insufficiency of Rest Periods

Article Info

Article History

Received: 13.10.2024

Accepted: 10.01.2025

Published: 20.06.2025

Keywords:

Contractual Leave, Rest Periods, Non-Working Saturday, Working Day, Weekly Rest Period.

ABSTRACT

This study examines weekly rest periods and the concept of contractual leave in Türkiye. The aim is to highlight the insufficiency of rest periods in Türkiye by comparing its weekly rest duration with European Union (EU) Directives, International Labor Organization (ILO) standards, and practices in other countries, while emphasizing the importance of contractual leave. Türkiye ranks highest among OECD countries in terms of the proportion of people working more than 60 hours per week. However, the overall average weekly working hours in Turkey is reported to be 42.9 hours. The weekly rest day is limited to 24 hours, deemed insufficient for occupational health and productivity. Contractual leave refers to an additional holiday agreed upon through an individual or collective labor contract. The study comprehensively analyzes the relationship between contractual leave and key labor law concepts, such as compensatory work, national and public holidays, weekly rest periods, annual leave, and new job search leave. Issues



This article is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License (CC BY-NC 4.0)

regarding wages, interest rates of contractual leave, and its impact on absenteeism and statutory deadlines have also been discussed. As a result, it is concluded that increasing weekly rest days and popularizing contractual leave are essential for establishing a life worthy of human dignity. A system where workers are not mechanized, where the value of labor is recognized, and where work serves as a means rather than an end should be built.

To cite this article:

Kantarıcı Ateş, N. G. (2025). “Türkiye’de Akdi Tatilin İş Hukukundaki Rolü ve Dinlenme Sürelerinin Yetersizliği”, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 8(1), s. 1-22. <https://doi.org/10.51120/NEUHFD.2025.144>

***Sorumlu Yazar:** Nihan Gizem Kantarcı Ateş, avnihankantarci@gmail.com.

GİRİŞ

Bu çalışma, Türkiye’de haftalık dinlenme sürelerinin yetersizliğini ve akdi tatil kavramının hukuki statüsünü ele alarak bu alandaki yasal boşlukları ve çözüm önerilerini değerlendirmektedir. Çalışmanın temel amacı, Türkiye’deki hafta tatili sürelerini Avrupa Birliği (AB) direktifleri, Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) standartları ve diğer ülkelerdeki uygulamalarla karşılaştırarak dinlenme süresinin önemini ve mevcut düzenlemelerin yetersizliğini ortaya koymaktır. Ayrıca, akdi tatilin iş hukuku uygulamalarındaki yerini analiz ederek yasal eksikliklerin uygulamada nasıl sorunlara yol açtığına ve bu sorunlara yönelik çözüm önerilerine odaklanılmıştır.

Sanayi Devrimi’nden bu yana çalışma koşulları önemli dönüşümler geçirmiştir. Günümüzde ise esnek ve uzaktan çalışma modellerinin yaygınlaşması, işçilerin güvencesiz çalışma koşullarıyla karşı karşıya kalmasına ve iş ile bağlarının zayıflamasına neden olmaktadır. Sosyal adalet; zayıf kesimlerin korunmasını amaçlayan, sözleşme serbestisini sınırlandıran ve asgari ücret, hafta tatili gibi haklarla çalışanların yaşam kalitesini güvence altına alan bir sistemdir. Bu bağlamda, sosyal adalet ilkesinin önemi artmakta; çalışanların yaşam kalitesini artırmayı ve insan onuruna yakışır çalışma koşullarını güvence altına almayı hedefleyen politikalar gereklilik haline gelmektedir.

Dinlenme hakkı, Anayasamızın 50. maddesi ile getirilmiş olan temel haklardan biridir. Dünya Sağlık Örgütü’nün (WHO) araştırmaları, düzenli dinlenme sürelerinin çalışanların fiziksel ve zihinsel sağlığı ile iş verimliliği üzerinde doğrudan etkili olduğunu göstermektedir. Ancak Türkiye, haftalık 60 saatten fazla çalışan kişi oranı bakımından OECD ülkeleri arasında en yüksek sırada yer almaktadır. Haftalık dinlenme süresi yalnızca 24 saatle sınırlıdır; bu durum hem işçi sağlığını hem de verimliliği olumsuz etkilemektedir. Bu bağlamda, akdi tatil uygulamasının yaygınlaştırılması, güvencesiz çalışma koşulları ve mekanikleşme gibi sorunların önlenmesinde etkili bir çözüm olarak değerlendirilmiştir.

Bu incelemede, akdi tatil kavramı, iş günü ve çalışılmayan cumartesi günü ile olan ilişkisi çerçevesinde kapsamlı bir şekilde incelenmiştir. Bunun yanı sıra, akdi tatilin yıllık izin, genel tatil, telafi çalışması ve yeni iş arama izni gibi iş hukuku uygulamalarıyla bağlantıları detaylı olarak tartışılmış; akdi tatil günlerinin ücretlendirilmesi, faiz oranları, hak düşürücü süreler ve devamsızlık gibi farklı yönleri etkileri analiz edilmiştir. Türkçe literatürde, akdi tatil kavramı genellikle yıllık izin,

telaflı çalışması veya genel tatil başlıkları altında sınırlı bir şekilde ele alınmış; kavramın tüm boyutlarıyla değerlendirildiği kapsamlı bir çalışmaya rastlanılmamıştır. Bu makalede, akdi tatil iş hukuku uygulamaları açısından bütün yönleriyle ele alınmaya ve yasal boşluklara çözüm önerileri getirmeye çalışacaktır.

I. EMEK, DİNLENME VE SOSYAL ADALET

Özgürlük kavramı, yüzyıllardır filozoflar tarafından tartışılan temel meselelerden biridir. David Hume, 18. yüzyılda, “*Bir şeyi istemeden rastgele eylemde bulunmaya özgürlük yoktur*” diyerek bireyin iradesini özgürlüğün temeli olarak görmüştür. Kant ise “*Bir insan için eylemde bulunmanın asıl amacı istemektir*” diyerek özgürlüğü iradi bir amaca bağlamıştır¹. Ancak özgürlüğün yalnızca yasalarla tanımlanması yeterli olmayıp, hakların bireylere eşit olarak tanınması gerekmektedir. Bu bağlamda asgari ücret, hafta tatili ve yıllık izin gibi haklar örnek olarak verilebilir. Söz konusu hakların insan onuruna yakışır bir şekilde korunması, bunların gerçek anlamda özgür haklar olmasını sağlar².

Emek ve iş, iki farklı kavram olarak değerlendirilmelidir. Antik Yunan'da bu ayrım yapılmamış, emek daha çok özel alan içerisinde değerlendirilmiştir. Arendt'e göre “*Harcanan mesainin özel veya kamusal alanda olup olmadığı*” ve “*mesleğin amacının ne olduğu*” bu ayrımın ölçütüdür. Modern dönemde ise emek-iş kavramları arasındaki fark silinmiş, vasıflı-vasıfsız işçi ayrımı dahi göz ardı edilmeye başlanmıştır. Özetle Arendt'e göre, emek üretken bir faaliyet olarak değerlendirilirken, üretken olmayan çabalar iş olarak nitelendirilmektedir³.

Sanayi Devrimi, gayri insani çalışma koşullarının en üst seviyeye çıktığı bir dönem olarak tarihe geçmiştir. Avrupa ülkelerinde liberal hukuk devleti ilkesi doğrultusunda, işçilerin çalışma koşulları temel bir sorun olarak ele alınmıştır. Örneğin Almanya'da Bismarck döneminde (1881), modern siyasal ve sosyal yapının temelleri atılmıştır⁴. Ancak teknolojik gelişmelerle birlikte sürekli çalışma düzeni, bireyin özüne yabancılaşmasının en büyük nedenlerinden biri olmuştur. Çalışma, yaşamı sürdürmek için bir araç olması gerekirken, zamanla hayatın amacı haline gelmiştir. Geleneksel üretimde işçiler, bağımsız çalışabilen ve o işe özgü bilgi sahibi ustalar tarafından yetiştirilirdi. Oysa fabrika sisteminde işçiler, üretim sürecinden uzaklaşmış; modern dönemde ise bireylerin sosyal ilişkileri zayıflamış ve çalışanlar daha fazla bireyselleşerek işverene bağımlı hale gelmiştir⁵. Postmodern dönemde, teknolojik gelişmeler ve ekonomik yapı değişimiyle birlikte esnek çalışma modeli yaygınlaşmıştır⁶. Esnek çalışan işçiler, tam zamanlı işçilere kıyasla daha güvencesiz koşullarda ve kısa süreli gelir elde etme amacıyla çalışmaktadır. Bu durum, işçileri mekanik faaliyetlere bağımlı hale getirmektedir⁷. Sosyal adalet, ekonomik ve sosyal olarak zayıf kesimlerin

¹ Kuçuradi, İonna. *Uludağ Konuşmaları, Özgürlük Ahlak Kültür Kavramları*, 1. Baskı, Türkiye Felsefe Kurumu, İstanbul, 1988, s. 2-3.

² Kuçuradi, s. 16-17.

³ Hannah, Arendt. Çeviren Bahadır Sina Şener, *İnsanlık Durumu*, 9. Baskı, İletişim Yayınevi, İstanbul, 2018, s. 139.

⁴ Başbuğ, Aydın. *Sosyal Hukuk, Hukukun Toplumsal Temelleri*, 1. Baskı, Binyıl Yayınevi, 2010, s.81-83.

⁵ Başbuğ, Aydın. *İş ve Maneviyat, Çalışma Ahlakı Üzerine Bir İnceleme*, 1. Baskı, Binyıl Yayınevi, 2012, s. 33-48.

⁶ Mülâyim, Baki Oğuz. “Türk İş Hukukunda Avrupa Birliği Yönergeleri Çerçevesinde Denkleştirme Uygulaması”, *AÜHFD*, C. 68, S. 3, 2019, s. 640.

⁷ Başbuğ, 2012, s. 65-66.

korunmasını amaçlar. Sosyal devlet, vatandaşların refah seviyesini yükseltmek için temel hak ve özgürlükleri güvence altına alır⁸. İşçi-işveren ilişkisine müdahale ederek, insan onuruna yakışan bir yaşam standardını garanti altına almak, sosyal devletin nihai hedefidir⁹. Bu hedef doğrultusunda çalışma hayatında adaletin sağlanması, insan-iş-yaşam dengesini kuran bir sistem anlayışının geliştirilmesi gerekmektedir¹⁰.

II. TÜRKİYE’DE DİNLENME SÜRELERİNİN YETERSİZLİĞİ

Bu kısımda, dinlenme hakkının önemi, ulusal ve uluslararası düzenlemeler çerçevesinde ele alınarak Türkiye’deki mevcut dinlenme sürelerinin yetersizliği üzerinde durulacaktır. Bu çerçevede dikkat çekilmesi gereken temel sorunlardan biri dinlenme hakkıdır. Anayasa’nın 50. maddesi uyarınca dinlenme, çalışanların temel hakkıdır. Sosyal haklar kapsamında değerlendirilen dinlenme hakkı, işçiler için bir alacak hakkı doğururken, işverenler için yerine getirilmesi gereken olumlu bir yükümlülük oluşturmaktadır¹¹. Sürekli çalışmak zorunda kalan işçilerin bedensel ve ruhsal sağlığı korunmalı, aynı zamanda ailelerine ve sosyal yaşamlarına zaman ayırmaları sağlanmalıdır. Dinlenme süreleri yalnızca fiziksel dinlenmeyi değil, bireyin zihinsel sağlığını koruyan, üretkenliğini artıran ve sosyal bağlarını güçlendiren değerli bir zaman dilimini ifade etmektedir¹².

A. Uluslararası Hafta Tatili Düzenlemeleri

Bu alt bölümde, Avrupa Birliği ülkeleri başta olmak üzere çeşitli ülkelerdeki hafta tatili düzenlemeleri karşılaştırmalı olarak ele alınmakta, uluslararası standartlar kapsamında dinlenme sürelerinin önemi vurgulanmaktadır. Avrupa Birliği (AB) düzenlemeleri, haftada en az yirmi dört saatlik dinlenme süresini zorunlu kılmaktadır¹³. Oysa bu süre, bazı ülkelerde daha uzun ve işçiyi koruyan esnek uygulamalarla desteklenmiştir:

- **Avusturya:** Haftalık dinlenme süresi **otuz altı saat** olarak belirlenmiştir. Dinlenme süresi **cumartesi günü saat 13:00’te başlamakta ve pazar günü** devam etmektedir¹⁴.
- **Hollanda:** Hafta tatili süresi **otuz altı saat** olarak düzenlenmiştir. **Pazar günü**, işçilerin açıkça kabul etmemesi ve işin niteliğinin zorunlu kılmaması durumunda dinlenme günü olarak kabul edilmektedir¹⁵.

⁸ Yuvalı, Ertuğrul. *Türk Sosyal Güvenlik Hukukunda Merkezi (Kamusal) Sosyal Yardımlar*, 1. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2017, s. 10.

⁹ Başbuğ, Aydın. *Sosyal Devlet 2023*, 1. Baskı, Şeker İş Yayın, Ankara, 2016, s. 37.

¹⁰ Başbuğ, 2016, s.38; Yuvalı, s. 13.

¹¹ Başbuğ, 2016, s. 39, 46.

¹² Süzek, Sarper /Başterzi, Süleyman. *İş Hukuku*, 24. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2024, s. 892; Eyrenci, Öner / Taşkent, Savaş / Ulucan, Devrim / Baskan, Esra. *Bireysel İş Hukuku*, 9. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2019, s. 325; Başbuğ, 2012, s. 48-49.

¹³ 2003/88/EC Directive 4.11.2003, <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2003/88/oj> (Erişim Tarihi:7.10.2024).

¹⁴ Günter, Löschnigg / Hekimler, Alpay. *Avrupa İş Hukuku Çerçevesinde Türk İş Hukuku ile Karşılaştırmalı Avusturya İş Hukukunun Temel Esasları*, 1. Baskı, Efil Yayınevi, Ankara, 2011, s. 167

¹⁵ Working time in Netherlands, <https://www.simmons-simmons.com/en/publications/ck0azwpp6nsqb0b33q99799fe/03-working-time-in-the-netherlands> (Erişim Tarihi: 7.10.2024).

- Almanya: Alman İş Kanunu'nda (Arbeitszeitgesetz 9 Sonn- und Feiertagsruhe) haftada en az yirmi dört saatlik kesintisiz dinlenme süresi düzenlenmiştir¹⁶. Ayrıca pazar günleri genel çalışma yasağı getirilmiştir. Bundesurlaubsgesetz'e (BUrlG 3 Dauer des Urlaubs) göre iş günü tanımlanmış ve pazar ile resmî tatil günleri dışında kalan günler iş günü olarak kabul edilmiştir¹⁷. Alman Yüksek Mahkemesi'nin bir kararında ise cumartesi günü açıkça iş günü olarak kabul edilmiştir¹⁸.
- İngiltere: Çalışma Süreleri Yönetmeliği (The Working Time Regulations, 1998) uyarınca hafta tatili süresi kesintisiz yirmi dört saat olarak belirlenmiştir. Buna ek olarak, işverenin onayı halinde, her on dört günlük dönem içinde çalışanların en az iki kez yirmi dört saatlik kesintisiz dinlenme veya toplam kırk sekiz saatlik dinlenme süresine sahip olmaları öngörülmüştür¹⁹.
- İspanya: Hafta tatili süresi bir buçuk gün (yaklaşık otuz altı saat) olup, genellikle cumartesi gününün bir kısmı ile pazar gününün tamamını kapsamaktadır²⁰.
- Fransa: Hafta tatili süresi en az kırk sekiz saat olarak düzenlenmiştir. Buna ek olarak, pazar günleri, restoran gibi istisnai sektörler dışında çalışmak yasaklanmıştır²¹.
- İtalya: Hafta tatili süresi yirmi dört saat olarak kabul edilirken, haftalık çalışma süresi en fazla kırk saat olarak belirlenmiştir²².

ILO'nun 14 No'lu Hafta Tatili (Sanayi) Sözleşmesi (Weekly Rest (Industry) Convention, 1921), sanayi kuruluşları ile kamu ve özel sektör çalışanlarının **kesintisiz en az yirmi dört saatlik hafta tatili** hakkını güvence altına almıştır²³. Bunu takip eden **ILO'nun 106 No'lu Hafta Tatili (Ticaret ve Bürolar) Sözleşmesi** (Weekly Rest (Commerce and Offices) Convention, 1957) ise, 6. maddesinde bu düzenlemeyi **tüm çalışanlar** için genişleterek kesintisiz **en az yirmi dört saatlik hafta tatili** hakkını yeniden vurgulamıştır²⁴.

¹⁶ Arbeitszeitgesetz <https://www.gesetze-im-internet.de/arbzg/BJNR117100994.html> (Erişim Tarihi: 7.10.2024).

¹⁷ Bundesurlaubsgesetz, <https://www.gesetze-im-internet.de/burlg/> (Erişim Tarihi: 7.10.2024).

¹⁸ Gericht: Oberlandesgericht Hamm, Beschluss verkündet am 07.03.2001, Aktenzeichen: 2 Ss OWi 127/01, "Der Samstag ist auch heute noch im allgemeinen Sprachgebrauch ein Werktag", https://www.judicialis.de/Oberlandesgericht-Hamm_2-Ss-OWi-127-01_Beschluss_07.03.2001.html (Erişim Tarihi: 7.10.2024).

¹⁹ The Working Time Regulations 1998, Weekly rest period code 11, <https://www.legislation.gov.uk/ukxi/1998/1833/regulation/11> (Erişim Tarihi: 7.10.2024).

²⁰ Spain Working Hours and Overtime Regulations, <https://www.rivermate.com/guides/spain/working-hours> (Erişim Tarihi: 7.10.2024).

²¹ Working time in France, <https://my-payroll-pro.com/resources/working-time-france/> (Erişim Tarihi: 5.10.2024).

²² Italy

Working Hours and Overtime Regulations, <https://www.rivermate.com/guides/italy/working-hours> (Erişim Tarihi: 10.10.2024).

²³ RG, 16.2.1946, S. 4634.

²⁴ Weekly Rest (Commerce and Offices) Convention, 1957 No. 106), https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C106 Erişim Tarihi

Çalışma ile dinlenme süreleri arasında ölçülülük ilkesinin sağlanması bireyin sağlığı ve verimliliği açısından büyük önem taşımaktadır. Çalışma, yaşamın amacı değil, hayatı idame ettirmenin bir aracı olmalıdır. Bu bağlamda, Harvard Üniversitesi'nden Profesör Teresa Amabile, kurumsal çalışmalarda zaman baskısının artmasının yaratıcılığı olumsuz etkilediğini belirtmiştir. On yıllık bir araştırmanın sonuçlarına dayanarak, üç sektörde, yedi şirketin proje ekibinde çalışan 238 kişi ile yapılan çalışmada, zaman baskısının katılımcıların yaratıcılıklarını doğrudan etkilediği tespit edilmiştir. Katılımcılar, zaman baskısı altındayken daha az yaratıcı düşünce kanıtı sunduklarını, fakat kendilerini daha yaratıcı hissettiklerini ifade etmişlerdir²⁵. Harvard Business Review'de yayımlanan bir yazıda ise tatil yapmanın ister evde ister dışarıda olsun, zihinsel sağlığı geliştirdiği ve üretkenliği artırdığı vurgulanmıştır. Sürekli çalışmanın, yaratıcılığı ve sorun çözme yeteneklerini olumsuz etkilediği belirtilmiştir²⁶.

B. Türkiye'de Haftalık Çalışma Süreleri ve Uluslararası Karşılaştırma Analizi

Bu bölümde Türkiye'deki haftalık çalışma sürelerinin mevcut durumu, Avrupa ülkeleri ve OECD verileri ışığında değerlendirilecek; uzun çalışma saatlerinin işçilerin sağlığı ve verimliliği üzerindeki olumsuz etkileri bilimsel verilerle ele alınacaktır. Euronews verilerine göre, Türkiye'de haftalık çalışma süresi Avrupa ülkeleriyle karşılaştırıldığında ortalama 6,5 saat daha uzundur. Avrupa Birliği İstatistik Ofisi'nin 2022 yılı verilerine göre, AB vatandaşları haftada 36,4 saat çalışırken, Türkiye'de bu süre 2020 verilerine göre 42,9 saat olarak açıklanmıştır²⁷. Üstelik, OECD verileri, haftada 60 saat ve üzeri çalışan işçilerin en yoğun olduğu ülkenin Türkiye olduğunu göstermektedir²⁸. Bu veriler, Türkiye'de hafta tatilinin en az kırk sekiz saate çıkarılması gerektiğini açıkça ortaya koymaktadır. Böyle bir düzenlemenin yapılmaması halinde, işçilerin fiziksel ve zihinsel sağlıklarının korunması adına haftada en az bir günün akdi tatil olarak tanımlanması gerekliliği doğmaktadır.

Dünya Sağlık Örgütü (WHO) açıklamalarında, yeterli dinlenme sürelerinin işçilerin stres seviyelerini azaltacağını ve tükenmişlik sendromunu önleyeceğini; bunun da iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin etkinliğini artıracağını vurgulamıştır. Ayrıca WHO'nun yayınladığı rapora göre, uzun çalışma saatleri kalp hastalıklarına ve felce bağlı ölümlerde artışa neden olmaktadır. Uzun süreli çalışma saatlerinin küresel düzeyde nüfusun %9'unu etkilediği; bunun daha fazla iş nedeniyle oluşacak sakatlık ve erken ölüm riskini artırdığı belirtilmiştir. WHO Çevre, İklim Değişikliği ve Sağlık Departmanı, "*Haftada elli beş saat ve daha fazla çalışmak ciddi bir sağlık tehlikesidir*" şeklinde açıklamada bulunmuş; bu sürede çalışmanın felç riskini %35 ve kalp hastalığı ölüm riskini

7.10.2024

²⁵ Prof. Teresa Amabile ile yapılan röportaj: Silverthorne, Sean. "Time Pressure and Creativity: Why Time is Not on Your Side", Harvard Business School Working Knowledge, 29 Temmuz 2002, <https://hbswk.hbs.edu/item/time-pressure-and-creativity-why-time-is-not-on-your-side> (Erişim Tarihi: 10.10.2024).

²⁶ Zucker, Rebecca. "How Taking a Vacation Improves Your Well-Being", 19 July 2023, <https://hbr.org/2023/07/how-taking-a-vacation-improves-your-well-being> (Erişim Tarihi: 10.10.2024).

²⁷ Euronews, <https://tr.euronews.com/2023/07/18/turkiyede-haftalik-mesai-saatleri-avrupaya-gore-ortalama-6-bucuk-saat-daha-uzun> (Erişim Tarihi: 10.10.2024).

²⁸ <https://tr.euronews.com/2022/05/26/oecd-turkiye-haftada-60-saatten-fazla-cal-san-kisi-oran-en-fazla-olan-ulke> (Erişim Tarihi: 10.10.2024).

%17 artırdığını ifade etmiştir²⁹.

III. AKDİ TATİLİN GENEL ÇERÇEVESİ

Bu bölümde, iş hukukunda akdi tatil kavramı ele alınmakta; yasal düzenlemeler, sözleşmeye dayalı düzenlemeler ve literatürdeki tanımlamalar çerçevesinde akdi tatilin hukuki statüsü incelenmektedir. **Akdi tatil**, iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesi ile belirlenen, hafta tatiline ek olarak taraflar arasında kararlaştırılan ilave bir dinlenme günüdür. Bu tatil günü, kanuni hafta tatilinden bağımsızdır ve işçinin haftalık çalışma süresi dikkate alınarak düzenlenir. Literatürde ise akdi tatil olarak belirlenmeyen ancak fiili olarak çalışılmayan gün statüsünde değerlendirilen boş iş günlerine de yer verilmiştir. Bu çalışma kapsamında, bu tür günler için “**çalışılmayan cumartesi günü**” kavramı kullanılacak ve yeri geldikçe akdi tatil ile arasındaki fark ayrıntılı olarak ele alınacaktır³⁰.

İş hukukunda tatil günleri; kanundan, iş sözleşmesinden veya toplu iş sözleşmelerinden kaynaklanmaktadır. 4857 sayılı İş Kanunu’nun 46. maddesi uyarınca hafta tatili, “*işçilere tatil gününden önce, 63. maddeye göre belirlenen iş günlerinde çalışmış olmaları koşulu ile yedi günlük bir zaman dilimi içinde kesintisiz en az yirmi dört saat dinlenme (hafta tatili) verilir*” şeklinde düzenlenmiştir³¹. Özetle, işçinin yedi günlük periyot içerisinde kesintisiz bir tam gün dinlenmesi hafta tatili olarak kabul edilir³².

Avrupa Adalet Divanı’nın yakın tarihli bir kararında, günlük 11 saatlik dinlenme süresi ile hafta tatilinin iç içe geçemeyeceği belirtilmiştir. Karara göre, günlük dinlenme süresi haftalık dinlenmenin bir parçası değil, onun ekidir. Bu bağlamda, akdi tatil ile hafta tatilinin de birbirinden bağımsız olduğu sonucuna ulaşılabilir. Akdi tatil, hafta tatilinden ayrı bir dinlenme süresi olup, işçiye ek bir tatil günü sağlar³³.

İş Kanunu’nun 46. maddesindeki “*en az yirmi dört saat*” ifadesi, dinlenme süresinin nispi emredici niteliğini ortaya koymaktadır. Buna göre, işçilerin lehine olacak şekilde dinlenme süresi artırılabilir. Taraflar, iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesi ile hafta tatilini bir günden daha fazla, örneğin iki gün olarak kararlaştırabilirler. Bu durumda, hafta tatiline ek olarak akdi tatil günü ortaya çıkmaktadır. Akdi tatil, sözleşmede açıkça belirlenmiş ve hafta tatili dışında kararlaştırılmış ilave bir dinlenme günüdür. Örneğin, bir işyerinde toplu iş sözleşmesi ile cumartesi günü “**çalışılmayan gün**”

²⁹ Long working hours increasing deaths from heart disease and stroke: WHO, ILO, <https://www.who.int/news/item/17-05-2021-long-working-hours-increasing-deaths-from-heart-disease-and-stroke-who-ilo> (Erişim Tarihi: 10.10.2024)

³⁰ Başbuğ, Aydın / Yücel Bodur, Mehtap. *İş Hukuku*, 6. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2021, s. 177; Çelik, Nuri / Caniklioğlu, Nurşen / Canbolat, Talat / Özkaraca, Ercüment. *İş Hukuku Dersleri*, 36. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2023, s. 1816; Eyrenci / Taşkent / Ulucan / Baskan, s. 325; Korkusuz, Refik. “Vardiyalı Postalar Halinde Çalışma ve Türk İş Hukukundaki Düzenlemesi”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 9, S. 1, 2005, s. 13; Tunçomağ, Kenan / Centel, Tankut. *İş Hukukunun Esasları*, 9. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2018, s. 170.

³¹ RG., 10.06.2003, S. 25134.

³² Ekonomi, Münir. “Bölünmeyen Çalışma Şartlarından Hafta Tatili ve Diğer Tatiller”, *Çalışma ve Toplum*, C. 1, S. 72, 2022, s. 31; Süzek, Sarper. *İş Hukuku*, 21. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2021 s. 856.

³³ In Case C-477/21, ECLI:EU:C:2023:140, 2 March 2023, <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=270828&pageIndex=0&doclang=EN&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=407517> (Erişim Tarihi: 8.10.2024).

olarak düzenlenmişse, bu gün akdi tatil günü olarak kabul edilebilir. Ancak bu durumun iş günü veya hafta tatili olarak kabul edilip edilmeyeceği, taraflar arasında yapılan sözleşmede açıkça belirtilmelidir. Bu noktada, akdi tatilin hukuki niteliği ve sonuçları çalışmada detaylı olarak ele alınacaktır.

IV. AKDİ TATİLİN KARARLAŞTIRILMASI İLE İLGİLİ HUKUKİ SORUNLAR

Bu başlık altında, akdi tatil kavramının yıllık izin süresi, genel tatil günleri, telafi çalışması ve yeni iş arama izni gibi iş hukuku uygulamalarıyla olan ilişkisi ele alınacak ve bu konularda ortaya çıkan hukuki sorunlar detaylı olarak incelenecektir. Akdi tatilin bu alanlardaki statüsü ve taraflar arasında doğabilecek anlaşmazlıkların çözümüne yönelik değerlendirmeler yapılacaktır.

A. Akdi Tatilin Yıllık İzin Süresi İçindeki Statüsü

İşyerinde asgari bir yıl süreyle çalışmış işçiye tanınan ücretli izin hakkı, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 53. maddesi uyarınca "yıllık izin" olarak tanımlanmaktadır. Bu kısımda, akdi tatil günlerinin yıllık ücretli izin süresine eklenip eklenemeyeceği sorusu değerlendirilecektir. Yıllık izin süresi hesaplanırken, çalışılmış gibi sayılan süreler İş Kanunu'nun 55/f maddesinde belirtilmiştir. Buna göre, hafta tatili ve genel tatil günleri yıllık izin süresine dahil edilmektedir. Ancak akdi tatil günlerine ilişkin kanunda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle, akdi tatil günlerinin yıllık izin süresine eklenmeyeceği sonucuna varılmaktadır³⁴. Özetle, akdi tatil günü yıllık izin süresinden sayılmayacaktır³⁵. Bu durumun gerekçesi; çalışılmayan akdi tatil günlerinin, çalışma saatlerinin diğer iş günlerine dağıtılması sonucu haftada bir yerine iki gün tatil yapma olanağı sağlamasıdır. Böylece, akdi tatilin temel amacı yıllık izin süresini uzatmak değil, işçilerin haftada çoğunlukla beş gün çalışmasını sağlamak olarak belirlenmiştir³⁶.

Akdi tatil günleri (ve çalışılmayan cumartesi) kural olarak iş günü niteliğindedir. Haftada beş gün çalışarak hafta tatilinin dışında bir gün daha dinlenen işçinin, dinlendiği günün iş günü statüsü değişmemektedir³⁷. Buna karşın, iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesi yoluyla aksi bir düzenleme yapılabilir. İş Kanunu'nda hafta tatili süresi nispi emredici nitelikte olup, işçi lehine artırılması mümkündür. Bu bağlamda, akdi tatilin yıllık izin süresine eklenmesi iki şekilde mümkün olabilir: ³⁸

³⁴ Süzek/Başterzi, s. 917; Süzek, s. 877; Kayırgan, Hasan. "Yargı Kararları Işığında Yıllık Ücretli İzin Hakkı", *NEÜHFD*, C. 4, S. 2, 2021, s. 590; Mollamahmutoğlu, Hami / Astarlı, Muhittin / Baysal, Ulaş. *İş Hukuku Ders Kitabı Bireysel İş Hukuku*, 2. Baskı, Lykeion Yayınevi, Ankara, 2018, s. 387; Alp, Mustafa. "Yıllık İzin", Yargıtay ve BAM İş hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri Yayımlanmış Tebliğ, Onikilevha Yayınevi, İstanbul 2024, s. 126-128; Ünal Adınır, Canan. *İş Hukukunda Üst Düzey Yöneticiler*, 2. Baskı, Onikilevha Yayınevi, İstanbul 2023, s. 266.

³⁵ Süzek/Başterzi, s. 917; Süzek, s. 877; Kayırgan, s. 590; Eyrenci /Taşkent /Ulucan /Baskan, s. 343; Çelik / Caniklioğlu / Canbolat / Özkaraça, s. 826; Mollamahmutoğlu / Astarlı / Ulaş, s. 387; Akyiğit, Ercan. *Bireysel İş Hukuku Ders Kitabı*, Güncellenmiş 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2023, s. 444; Ünal Adınır, s. 266.

³⁶ Çelik / Caniklioğlu / Canbolat / Özkaraça, s. 826; Süzek, s. 877.

³⁷ Sümer, Haluk Hadi. *İş Hukuku Uygulamaları*, 8. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2024, s. 669; Başkuru, Kenan. *4857 Sayılı İş Kanunu'nda Düzenlenen Ücret Alacakları Bakımından İspat Yükü ve Deliller*, 1. Baskı, Onikilevha Yayınevi, İstanbul 2020, s. 167.

³⁸ Süzek, s. 877; Şahlanan, Fevzi. "Hafta 5 gün Çalışılan İşyerlerinde Cumartesi Günü'nün Yıllık Ücretli İzin Süresinden

-Taraflar arasında yapılacak iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesi ile akdi tatil günlerinin yıllık izin süresine eklenmesi açıkça kararlaştırılabilir.

-Akdi tatil günü, ikinci bir hafta tatili günü olarak açıkça kabul edilmelidir.

Bu konuyla ilgili olarak, Yargıtay 22. ve 9. Hukuk Dairelerinin içtihat farklılıklarını gidermeye yönelik açıklamalarda, cumartesi günlerinin yıllık izin süresine eklenemeyeceği kabul edilmiştir³⁹. Yüksek mahkemenin bir kararına göre toplu iş sözleşmelerinde “*cumartesi günleri iş günü kabul edilir*” ifadesi yer alıyorsa, cumartesi günlerinin yıllık izin süresine eklenemeyeceğine hükmedilmiştir⁴⁰. Yine Yüksek Mahkemenin başka bir kararında da toplu iş sözleşmesinde “*cumartesi günü dinlendirilmiş, pazar günü hafta tatili olarak kabul edilmiştir*” şeklinde bir düzenleme bulunması halinde cumartesi gününün yıllık izin süresine eklenmeyeceği açıkça belirtilmiştir⁴¹.

Sonuç olarak, akdi tatil günlerinin yıllık izin süresine eklenebilmesi için taraflar arasında bu konuda açık bir anlaşma yapılmış olmalıdır. Aksi halde, akdi tatil günü çalışılmayan bir gün olsa dahi, yıllık izin süresine eklenemeyecektir. Bu durum, kanunun yorumunda akdi tatil günlerinin haftalık dinlenme süresi dışında, ayrı bir statüde ele alındığına işaret etmektedir.

B. Genel Tatil Günleri ile Akdi Tatilin Çakışması

Genel tatillerde çalışma yapılıp yapılmayacağı, İş Kanunu’nun 44. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, çalışma koşulları iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesi ile kararlaştırılabilir. Eğer taraflar arasında böyle bir sözleşme bulunmuyorsa, işçilerin onayı alınmadan genel tatil günlerinde çalıştırılmaları mümkün değildir. Bu bağlamda, işçiler genel tatil günlerinde çalışmadıkları takdirde o günün ücretine çalışmadan hak kazanırlar. Çalışmaları durumunda ise çalıştıkları güne ek olarak bir günlük daha ücret alırlar. Özetle, genel tatil gününde çalışan bir işçiye, iki günlük ücret ödenmesi gerekmektedir. Hafta tatili ile genel tatilin çakışması durumunda ise, iş hukukunda açık bir düzenleme bulunmamakla birlikte genel kabul edilen görüş, ayrıca bir ücret ödenmeyeceği yönündedir⁴².

Çalışmanın bu bölümünde ele alınacak tartışmalı husus, akdi tatil günlerinin genel tatil günleriyle çakışması durumunda nasıl bir yol izleneceğidir. Doktrinde yaygın kabul gören görüşe

Sayılp Sayılmaması”, *Tekstil İşveren Hukuk*, C. 120, S. 436, 2018, s. 2-8, <https://www.tekstilisveren.org.tr/uploads/magazines/pdf-166605794396840523.pdf> (Erişim Tarihi: 27.09.2024); Akyiğit, s. 469.

³⁹ <https://www.stthukuk.com/wp-content/uploads/2021/06/Is-Hukuku-Guncel-Yargitay-Uygulamasi-19.04.2021.pdf> (Erişim Tarihi: 27.09.2024).

⁴⁰ Y.22. HD, 03.12.2019, E. 2019/7906, K. 2019/2313, www.yargitay.gov.tr.

⁴¹ Y.9. HD, 2.3.2021, E. 2021/897, K. 2021/5272, www.yargitay.gov.tr.

⁴² Süzek/Başterzi, s. 902; Korkmaz, Fahrettin / Seyhun, Nihat Alp. *Bireysel İş Hukuku*, 4. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019, s. 293; Başbuğ / Yücel Bodur, s. 177; Süzek, s. 865; Çelik / Caniklioğlu / Canbolat / Özkaraca, s.813; Mollamahmutoglu / Astarlı / Ulaş, s. 380; Sümer, s. 161; Akyiğit, 436-437; Başterzi, Süleyman. “Ulusal Bayram ve Genel Tatil Günlerinde Yapılan Çalışma Karşılığında İzin Kullandırılmaması”, Yargıtay’ın İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri Yayınlanmış Tebliğ, Onikilevha Yayınevi, İstanbul 2021, s. 134.

göre, çalışılmayan akdi tatil günü ile çakışan genel tatil günleri için ayrıca bir ücret ödenmez⁴³. 2429 sayılı Ulusal Bayram ve Genel Tatiller Hakkında Kanun'un 2/D maddesinde yer alan düzenlemeye göre, “UBGT günleri cuma günü akşamı sona erdiğinde, takip eden cumartesi günü tamamı tatil yapılır.” Oysa bu düzenlemenin amacı, yayımlandığı dönemde cumartesi günlerinin yarım gün yapılan çalışmalarının tatil günü kapsamına alınmasını sağlamaktır. Bu nedenle, akdi tatil günü olan çalışılmayan cumartesi, genel tatil günü olarak kabul edilmez⁴⁴. Yüksek Mahkeme de benzer bir yaklaşım benimsemiş ve akdi tatil kabul edilen cumartesi günleri için ayrıca genel tatil ücretinin talep edilemeyeceğine hükmetmiştir. Bu durum, yalnızca takvimsel bir rastlantı olarak değerlendirilmiştir⁴⁵.

Öte yandan, hafta tatili ile genel tatil günlerinin çakışması durumunda Yüksek Mahkeme, hafta tatili hesabının yapılması gerektiğini belirtmiştir⁴⁶. Buna göre, hafta tatili gününe denk gelen genel tatil günlerinde yapılan çalışmalarda işçiye 1 günlük genel tatil ücreti ve 1,5 günlük hafta tatili ücreti ödenir. Bu durumda toplamda 2,5 günlük ücret ödenecektir⁴⁷. Akdi tatil günü ile genel tatil günü çakışırsa ve işçi o gün çalışırsa, bu duruma ilişkin kanunda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Ne var ki bu tür durumlar, taraflar arasındaki sözleşme hükümlerine bağlı olarak farklı sonuçlar doğurabilir. Özellikle toplu iş sözleşmeleri veya iş sözleşmeleriyle akdi tatil gününün statüsü açıkça düzenlenmişse, bu durumdaki ücretlendirme koşulları da sözleşme hükümleri doğrultusunda belirlenir:

-Taraflar akdi tatil gününü (ve çalışılmayan cumartesi günü) ikinci bir hafta tatili günü olarak toplu iş sözleşmesi veya iş sözleşmesi ile kabul etmişse, ek hafta tatili ücreti hesaplanacaktır. Zira, hafta tatili gününün minimum yirmi dört saat dinlenilmesi gerektiği hususu nispi emredici olup, bu süre işçi lehine artırılabilir bir düzenlemedir.

-Taraflar, akdi tatil gününü çalışılmayan dinlenme günü olarak kabul eder ve bu gün genel tatil gününe denk gelir ve çalışılırsa, sadece bir günlük genel tatil/akdi tatil ücreti ödenmesi gerektiği kanaatine varılmaktadır.

Sonuç olarak, akdi tatil günlerinin genel tatil günleriyle çakışması bir takvim tesadüfı olarak değerlendirilir ve sözleşme hükümlerine göre hareket edilir. Eğer sözleşmede özel bir düzenleme bulunmuyorsa, ek ücret ödenmesine gerek olmayacaktır.

C. Akdi Tatilde Telafi Çalışmasının Değerlendirilmesi

Telafi çalışması, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 64. maddesinde şu şekilde tanımlanmıştır:

⁴³ Süzek/Başterzi, s. 903-904; Korkmaz /Alp, s. 293; Senyen Kaplan, Emine Tuncay. *Bireysel İş Hukuku*, 10. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara, 2019, s. 361; Başbuğ / Yücel Bodur, s. 177; Çelik /Caniklioğlu / Canbolat /Özkaraca, s. 814; Süzek, s. 865; Mollamahmutoğlu / Astarlı / Ulaş, s. 380; Sümer, s. 161.

⁴⁴ Çelik / Caniklioğlu / Canbolat / Özkaraca, s. 814; Senyen Kaplan, s. 361; Mollamahmutoğlu / Astarlı / Ulaş, s. 380.

⁴⁵ Y.22. HD, 3.2.2020, E. 2017/26847, K. 2020/1358 www.yargitay.gov.tr.

⁴⁶ Y.9.HD, 16.6.2020, E. 2017/15912, K. 2020/5760 <https://yargi.calismatoplum.org/hafta-tatili-ile-genel-tatillin-cakistigi-durumlarda-hafta-tatili-hesabinin-yapilmasinin-gerektigi/> (Erişim Tarihi: 30.09.2024).

⁴⁷ İnciroğlu, Lütfi. “Ulusal Bayram Gününün Hafta Tatiline Rastlaması Halinde Hangi Tatil Ücreti Ödenmelidir?”, <https://legal.com.tr/blog/is-hukuku/ulusal-bayram-gununun-hafta-tatiline-rastlamasi-halinde-hangi-tatil-ucreti-odenmelidir/> (Erişim Tarihi: 30.09.2024).

“Zorunlu nedenlerle işin durması, UBG’den önce veya sonra işyerinin tatil edilmesi veya benzer nedenlerle işyerinde normal çalışma sürelerinin önemli ölçüde altında çalışılması veya tamamen tatil edilmesi ya da işçinin talebiyle kendisine izin verilmesi hallerinde, işveren dört ay içinde çalışılmayan süreler için telafi çalışması yaptırabilir.” Bu düzenlemeye göre, telafi çalışması, kanunda belirtilen nedenlerle çalışılmayan sürelerin sonradan tamamlanması için yapılabilir⁴⁸.

Telafi çalışmasının uygulanma şekli ise İş Kanunu’nun 64/2. maddesiyle belirlenmiştir⁴⁹. Buna göre; telafi çalışmasının ne zaman ve nasıl yapılacağı işveren tarafından planlanmalı ve işçilere önceden bildirilmelidir⁵⁰. İşçi, telafi çalışmasını günde üç saati aşmamak ve günlük toplam çalışma süresi on bir saati geçmemek koşuluyla gerçekleştirebilir. Üç saatlik sınır, günlük çalışma süresinin üzerine yapılacak telafi çalışmaları için geçerlidir⁵¹. Bu bağlamda, çalışmanın bu bölümünde akdi tatil günlerinde telafi çalışması yapıp yapılamayacağı ve yapılırsa kaç saat çalıştırılabileceği sorularına yanıt aranacaktır. Kanunda akdi tatil günlerinde telafi çalışmasının yapılabileceğine ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır.

Doktrinde, akdi tatil günlerinin toplu iş sözleşmesi veya iş sözleşmesi ile tanımlanmış olması durumunda, bu günlerde telafi çalışması yapılamayacağı; buna karşılık, akdi tatil niteliğinde olmayan çalışılmayan cumartesi günlerinde ise telafi çalışması yapılabileceği ileri sürülmüştür. Zira çalışılmayan cumartesi günlerinde yapılacak çalışma, haftanın diğer beş iş gününe dağıtılan bir çalışma süresidir ve buna göre, çalışılmayan cumartesi günü tatil günü değil, iş günü olarak kabul edilmelidir⁵². Gerçekten de Kanun metni açıkça tatil günlerinde telafi çalışmasının yapılamayacağını düzenlemektedir. Bu nedenle, akdi tatil günlerinde telafi çalışması yapılması da mümkün değildir. Buna karşın, akdi tatil dışında çalışılmayan cumartesi gününde telafi çalışması yapılabileceği kabul edilmektedir.

Çalışılmayan cumartesi günlerinde telafi çalışmasının süresi konusunda özellikle kanun metninde belirtilen *üç saatlik* sınırın kapsamı, çalışılmayan günlerde uygulanıp uygulanmayacağı noktasında doktrinde bu konuda iki temel görüş bulunmaktadır:

- *Birinci Görüş:* Çalışılmayan cumartesi gününde yapılacak telafi çalışmasının süresi, üç saatlik sınırdan bağımsız olarak on bir saate kadar yapılabilir. Bu görüşün dayanağı, üç

⁴⁸ Süzek/Başterzi, s. 843; Çelik / Caniklioğlu / Canbolat / Özkaraca, s. 767; Mollamahmutoğlu / Astarlı / Ulaş, s. 368; Sümer, s. 155; Akyiğit, s. 419-420.

⁴⁹ “Telafi çalışmaları, günlük en çok çalışma süresini aşmamak koşulu ile günde üç saatten fazla olamaz. Tatil günlerinde telafi çalışması yaptırılamaz”

⁵⁰ Çelik / Caniklioğlu / Canbolat / Özkaraca, s. 767; Mollamahmutoğlu / Astarlı / Ulaş, s. 368; Süzek/Başterzi, s. 843; Akyiğit, s. 419-420; Sümer, s. 155.

⁵¹ Süzek/Başterzi, s. 843; Eyrenci, Öner. “4857 sayılı İş Kanunu’nda Telafi Çalışmaları”, *DEÜHFD*, C. 9, ÖS., 2007, s. 37; Süzek, s. 813; Çelik / Caniklioğlu / Canbolat / Özkaraca, s. 766-767; Mollamahmutoğlu / Astarlı / Ulaş, s. 368.

⁵² Süzek/Başterzi, s. 851; Çelik / Caniklioğlu / Canbolat / Özkaraca, s. 768; Eyrenci, s. 39; Ekmekçi, Ömer. “4857 Sayılı İş Kanunu’nda Telafi Çalışması Kavramı, Koşulları ve Hükümleri”, *Çimento İşveren Dergisi*, Kasım 2005, s. 36, <https://ceis.org.tr/wp-content/uploads/2019/10/2005kasim.pdf> (Erişim Tarihi: 30.09.2024); Mollamahmutoğlu / Astarlı / Ulaş, s. 368; Sümer, s. 155; Eyrenci / Taşkent / Ulucan / Başkan, s. 314-315; Akyiğit, s. 420; Öktem Songu, Sezgi / Birben, Erhan. “Çalışılmayan Cumartesi Günü Telafi Çalışması Yaptırılması Mümkün müdür?”, *DEÜHFD*, C. 9, ÖS, 2007, s. 286; Kayırgan, Hasan. *Bireysel İş Hukukunda Zorunlu ve Zorlayıcı Nedenler*, 2. Baskı, Onikilevha Yayınevi, İstanbul 2021, s. 197.

saatlik sınırın günlük çalışma süresinin tamamlanmasının ardından yapılan çalışmalara özgü olduğudur⁵³.

- *İkinci Görüş:* Kanunda belirtilen üç saatlik sınırın her durumda geçerli olduğu savunulmaktadır. Dolayısıyla çalışılmayan cumartesi gününde dahi en fazla üç saat telafi çalışması yapılabilir⁵⁴.

Değerlendirmemize göre; telafi çalışmasının süresi, kanun metninin mantığı doğrultusunda yorumlandığında üç saatten fazla olamaz. Şöyle ki: İş Kanunu'nun 64. maddesi, “günlük toplam çalışma süresinin on bir saati aşmamak koşuluyla telafi çalışmasının günde üç saati geçemeyeceğini” belirtmektedir. Çalışılmayan cumartesi gününde dahi bu sınır aşılmamalıdır, çünkü bu günlerde yapılan çalışmanın işçinin dinlenme hakkını ihlal etmemesi esastır. Sonuç olarak, kanaatimizce de, çalışılmayan cumartesi gününde telafi çalışması yapılabilir; fakat bu çalışma süresi üç saati geçemez. Bu sınırlamanın aşılması, kanunun işçi lehine yorumlanması ilkesiyle çelişecektir.

D. Yeni İş Arama İzninin Akdi Tatil Kapsamında Değerlendirilmesi

Yeni iş arama izni, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 27. maddesinde şu şekilde düzenlenmiştir: *“İhbar süreleri boyunca işveren, işçiye mesai saatleri içinde ve ücretinden kesinti yapmaksızın yeni bir iş bulması için gerekli olan iş arama iznini vermek zorundadır”*. Bu bağlamda, işçinin günde en az iki saatlik iş arama izni bulunmaktadır. İşçi dilerse bu izni toplu olarak da kullanabilir. Ancak, İş Kanunu'nun 25. maddesi gereğince, işveren tarafından derhal fesih veya ihbar tazminatının peşin olarak ödenmesi durumunda, iş arama izni hakkı ortadan kalkmaktadır⁵⁵.

Yargıtay, genel tatil ve hafta tatili günlerinde iş arama izninin verilmesinin gerekli olmadığı ve bu günler için ücret hesaplanmayacağı yönünde bir görüş benimsemiştir⁵⁶. Doktrinde, sözleşme ile tatil edilen günlerde iş arama izninin verilmesi ya da kullandırılmasının beklenemeyeceği belirtilmiştir⁵⁷. Ayrıca, çalışılmayan günler için akdi tatil söz konusu olmasa dahi, çalışılmayan cumartesi günlerinde iş arama izni verilmesinin uygun olmadığı yönünde görüşler bulunmaktadır⁵⁸.

İş arama izninin temel amacı, işçinin çalışma zorunluluğu nedeniyle iş aramak için yeterli vakit bulamamasını telafi etmek ve ona bu zamanı sağlamaktır. Oysa, çalışılmayan cumartesi günleri veya akdi tatil günlerinde işçinin zaten çalışmadığı göz önüne alındığında, bu günler için ayrıca iş arama izni verilmesi ihtiyacı ortadan kalkmaktadır. Bu değerlendirmeler ışığında gerek akdi tatil

⁵³ Süzek/Başterzi, s. 852; Eyrenci, s. 37; Ekmekçi, 2005, s. 36-37; Çelik / Caniklioğlu / Canbolat / Özkaraca, s.767; Sümer, s. 105; Akyiğit, s. 246.

⁵⁴ Öktem Söngü / Birben, s. 287, Kayırgan, s. 197.

⁵⁵ Eyrenci / Taşkent / Ulucan /Baskan, s. 185; Süzek/Başterzi, 557; Mollamahmutoğlu / Astarlı / Ulaş, s. 264; Akyiğit, s. 246-247.

⁵⁶ Y.7.HD, 22.05.2014, E. 2014/3100, K. 2014/11103 www.yargitay.gov.tr; Y9.HD, 5.2.2014, E. 2011/53724, K. 2014/3398 www.yargitay.gov.tr

⁵⁷ Mollamahmutoğlu / Astarlı / Ulaş, s. 265-266; Süzek/Başterzi, 557-558; Sümer, s. 105.

⁵⁸ Süzek/Başterzi, 557; Akın, Levent. “Tatil Günlerine İlişkin Yeni İş Arama İzni Ücreti”, *Çimento İşveren Dergisi*, Mayıs 2011, s. 22-27, <https://ceis.org.tr/wp-content/uploads/2019/10/mayis2011.pdf> (Erişim Tarihi 09.09.2024); Özkaraca, Ercüment. “Yeni İş Arama İzninin Süresi ve İspatı”, *Mess Sicil İş Hukuku Dergisi*, Aralık 2010, s. 102-110 <https://sicil.mess.org.tr/Media/Uploads/sicil20-102-110.pdf> (Erişim Tarihi: 10.09.2024); YHGK., 27.1.2010 E. 2009/9-593, K. 2010/20 K www.yargitay.gov.tr; Y9.HD, 11.3.2010, E. 2008/33426, K. 2010/6429 www.yargitay.gov.tr; Mollamahmutoğlu / Astarlı / Ulaş, s. 264-265.

günlerinde gerekse çalışılmayan cumartesi günlerinde iş arama izni verilmesinin mümkün olmadığı sonucuna ulaşılmaktadır.

V. AKDİ TATİL ÜCRETİ VE İSPATI SORUNU

Çalışmanın bu başlığı altında akdi tatil ücreti alacak talebinde bulunan işçinin bu iddiasını nasıl ispatlayacağı sorusu ele alınmaktadır. Akdi tatil, taraflar arasında hafta tatilinin dışında, yedi günlük zaman diliminde en az bir günün daha tatil olarak kabul edilmesidir. Bu tatil günü, bireysel iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesi ile belirlenebilir. Akdi tatil günü, çalışılmaksızın ücrete hak kazanılan günlerden olup, sözleşme ile tespit edilmektedir. Bu bağlamda, özellikle çalışılmayan cumartesi günü ile akdi tatil gününün ayrımının somut bir şekilde yapılması önem arz etmektedir. Örneğin, işçinin çalışılmayan cumartesi günü çalıştırılması durumunda, haftalık 45 saati aşan bir çalışma söz konusu ise fazla çalışma ücreti talebi gündeme gelebilir.

Akdi tatil gününde çalıştırılan işçinin bu duruma ilişkin ücret talebinde bulunup bulunamayacağı konusu, taraflar arasındaki bireysel veya toplu iş sözleşmelerine göre çözüme kavuşmaktadır. Yargıtay emsal bir kararında, “Toplu İş Sözleşmesi’nin akdi tatil günlerinde yapılan çalışmaların ücretlendirilmesine ilişkin düzenlemelerinde, 45 saate kadar olan çalışmalar için ücretlerin %25 zamlı, 45 saati aşan çalışmalar için ise %80 zamlı olarak ödenmesi gerektiğini belirtmiştir. Yerel mahkeme ise TİS’in 25. ve 31. maddelerini dikkate alarak, akdi tatillerde haftalık fiili çalışma süresine bakılmaksızın 42,5 saat ile 45 saat arasındaki 2,5 saatlik çalışmalar için %25 zamlı, 45 saati aşan çalışmalar için %80 zamlı ücret ödenmesi gerektiği yönünde karar vermiştir. Ancak Yargıtay, somut olayda 21. ve 22. dönem TİS uygulamaları ile işyeri ücret bordrolarının yeterince incelenmediğini, eksik inceleme sebebiyle kararın bozulması ve ayrıntılı bilirkişi raporu alınması gerektiğini ifade etmiştir”⁵⁹. Bu doğrultuda, taraflar, toplu iş sözleşmesi veya bireysel iş sözleşmeleri ile akdi tatil günlerinde yapılacak çalışmaların ücretlendirilme esaslarını açık bir şekilde düzenleyebilir ve olası uyuşmazlıkları önleyebilirler.

Akdi tatil günü aynı zamanda hafta tatili olarak belirlenmişse ve haftalık iş günü beş gün olacak şekilde düzenlenmişse, bu tatil gününde yapılan çalışmalar, hafta tatili çalışmaları gibi ücretlendirilebilir. Buna karşın, çalışılmayan cumartesi günü yapılan çalışmalar yalnızca fazla çalışma şartlarının oluşması durumunda ücret talebine konu olabilir. 4857 sayılı İş Kanunu 41. maddesine göre, fazla çalışma, haftalık 45 saati aşan çalışmalardır ve her saat için ücret %50 zamlı ödenir. Haftalık çalışma süresi 45 saatin altında belirlenmişse, bu süreyi aşan ancak 45 saate kadar olan fazla süreli çalışmalar için ücret %25 zamlı olarak ödenir. Çalışılmayan cumartesi günü, haftanın diğer iş günleriyle eşit şekilde değerlendirildiğinden, bu gün için ayrıca ücret talep edilmesi mümkün değildir. Bunun gerekçesi, cumartesi günü çalışma saatlerinin haftanın diğer beş iş gününe eşit şekilde dağıtılmış olması ve işçiye bir gün daha dinlenme olanağı tanınmasıdır. Bu bağlamda, çalışılmayan cumartesi günü ne hafta tatili ne de akdi tatil günü olarak kabul edilmekte, yapılan çalışmalar haftanın diğer iş günleriyle birlikte değerlendirilmektedir⁶⁰.

Sonuç olarak, taraflar arasında haftanın bir günü akdi tatil olarak kararlaştırılmış ve hafta tatili

⁵⁹ Y9.HD, 20.01.2012, E. 2011/52047, K. 2012/1031 www.yargitay.gov.tr.

⁶⁰ Y.22.HD, 16.12.2015, E. 2015/32412, K. 2015/34669 www.yargitay.gov.tr.

olarak kabul edilmiş ise, işçinin bu tatil gününde çalıştırılması halinde, yapılan çalışmalar hafta tatili çalışmaları gibi ücretlendirilebilir⁶¹. Ne var ki işçinin bu çalışmasını sözleşme hükümleri ve o gün çalıştığını gösteren puantaj kayıtları başkaca yazılı delil ve/veya tanık beyanları ile ispatlaması gerekmektedir. Bu bağlamda, Yargıtay kararlarının ışığında, akdi tatil ücretinin hesaplanması ve ispatı konusunda tarafların somut delillerle hareket etmesi gerekmektedir.

VI. AKDİ TATİL ÜCRETİNİN FAİZ ORANI

Toplu iş sözleşmesinden (TİS) kaynaklanan alacaklarda uygulanacak faiz oranı, 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu (STİK) m. 53/2’de “*temerrüt tarihinden itibaren işletme kredilerine uygulanan en yüksek faiz oranı*” olarak düzenlenmiştir⁶². Bu noktada önemli olan husus, yasal bir hakkın TİS ile yeniden düzenlenmesi durumunda faiz oranının nasıl uygulanacağıdır. Öğretide genel kabul gören görüş, yasal hakların TİS ile düzenlenmesinin faiz oranını değiştirmeyeceği yönündedir. Bu nedenle böyle bir durumda, işletme kredi faiz oranının uygulanmaması gerektiği ifade edilmektedir⁶³.

Doktrinde tartışılan bir diğer önemli konu, iş kanununda nispi emredici düzenlemelerin TİS ile işçi lehine artırılması durumunda uygulanacak faiz oranıdır. Bir görüşe göre, alacağın bir kısmı kanundan, diğer kısmı ise TİS’ten kaynaklanıyorsa her iki miktar ayrı ayrı değerlendirilerek, kanuni faiz oranı ve TİS faiz oranı birlikte uygulanmalıdır⁶⁴. Yargıtay da bu görüşü benimsemiş ve bir alacağa STİK m. 53/2 kapsamında işletme kredisi faiz oranının uygulanabilmesi için talebin münhasıran TİS’ten kaynaklanması gerektiğini belirtmiştir⁶⁵. Diğer bir görüş ise, alacağın tamamının TİS ile düzenlenmesi durumunda, işletme kredisi faiz oranının alacağın tamamına uygulanması gerektiğini savunmaktadır. Bu yaklaşım, TİS kaynaklı alacakların farklı bir faiz oranına tabi tutulmasının eşitlik ilkesine aykırı olmadığını ve bu alacakların daha kıymetli kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmektedir⁶⁶.

⁶¹ Eyrenci /Taşkent / Ulucan / Baskan, s. 295; Süzek/Başterzi, s. 903; Çelik / Caniklioğlu / Canbolat / Özkaraca, s. 816; Mollamahmutoğlu / Astarlı / Ulaş, s. 378-379; Sümer, s. 159; Akyiğit, s. 432.

⁶² Başbuğ, Aydın. *Toplu İş İlişkileri ve Hukuk*, 1. Baskı, Şeker İş Yayınevi, Ankara, 2012, s. 227; Başbuğ / Yücel Bodur, s. 380; Arıcı, Kadir. *Toplu İş İlişkileri Hukuku*, 1. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara, 2022, s. 307; Aktay, Ahmet Nizamettin / Özdemir Ertürk, Olgu, *Toplu İş Hukuku*, Yenilenmiş 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2022, s. 248; Narmanlioğlu, Ünal. *İş Hukuku-II Toplu İş İlişkileri*, 3. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2016, s. 547-548; Tuncay, Aziz Can /Savaş Kutsal, Burcu / Bozkurt Gümrükçüoğlu, Yeliz. *Toplu İş Hukuku*, 8. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2023, s. 373.

⁶³ Canbolat, Talat / Ocak, Saim / Oğuz, Özgür / Karaca, Aybuke / Bulur, Alper/ Koç, Erol, *İş Hukukunda Arabuluculuk Uzmanlık Eğitimi Kaynak Kitabı*, 1. Baskı, Türkiye Barolar Birliği Yayınevi, <https://adb.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/1412021155424İş%20Hukukunda%20Arabuluculuk%20Uzmanlık%20Eğitimi.pdf>, s. 118 (Erişim Tarihi: 10.09.2024).

⁶⁴ Canbolat / Ocak/ Karaca /Bulur /Koç, s. 118; Göktaş, Seracettin / Yılmaz, Gökhan. *6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Şerhi*, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2024, s. 995.

⁶⁵ Y.22.HD, 5.3.2020, E. 2016/31986, K. 2020/4235 www.yargitay.gov.tr; Y.9.HD, 30.01.2014, E. 2011/52097, K. 2014/2684 www.yargitay.gov.tr.

⁶⁶ Şahlanan, Fevzi. “Toplu İş İlişkileri Açısından Yargıtay’ın 2000 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, *Kamu-İş Yayın*, 2002, Ankara, s. 159; Yayvak, İrem. *Toplu İş Sözleşmesinin Art Etkisi*, 1. Baskı, Beta Yayın, İstanbul, 2014, s. 101-102; Ekmekçi, Ömer. *Toplu İş Hukuku Dersleri*, 2. Baskı, Onikilevha Yayınevi, İstanbul, 2019, s. 424; Özer, Hatice Duygu. “Toplu İş Hukuku Açısından İşçinin Yıllık Ücretli İzin Hakkı”, *EÜHFD*, C. 13, S. 2, s. 205; Akyiğit, Ercan. *Toplu İş Hukuku*, Güncellenmiş 4. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2022, s. 516.

4857 sayılı İş Kanunu'nda düzenlenmeyen bir alacak kaleminin münhasıran 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu kapsamında TİS ile düzenlenmesi durumunda, akdi tatil günü yapılan çalışmanın ücreti için işletme kredilerine uygulanan en yüksek faiz oranının uygulanması gerektiği sonucuna varılmıştır. Bununla birlikte, TİS ile akdi tatilin hafta tatili olarak kabul edilmesi durumunda hangi faiz oranının uygulanacağı tartışmalıdır. Görüşümüze göre, hafta tatili alacağının nispi emredici bir düzenleme olması ve TİS ile işçi lehine artırılmasının mümkün olması, bu tartışmayı şekillendiren temel unsurlardır. Böyle bir durumda, normal hafta tatili günü çalışma için 4857 sayılı İş Kanunu'nda belirtilen mevduata uygulanan en yüksek faiz oranı, akdi tatil günü çalışma için ise STİK m. 53/2 gereği işletme kredilerine uygulanan en yüksek faiz oranı uygulanmalıdır. Sonuç olarak, normal hafta tatili ücreti için mevduata uygulanan en yüksek faiz oranı, akdi tatil ücreti için ise işletme kredilerine uygulanan en yüksek faiz oranı dikkate alınmalı ve bu ayırım, taraflar arasındaki hukuki değerlendirmelerde göz önünde bulundurulmalıdır.

VII. HAK DÜŞÜRÜCÜ SÜRELERİN AKDİ TATİL GÜNLERİNE ETKİSİ

İş hukuku kapsamında hak düşürücü sürelerin hesaplanmasında, akdi tatil günlerinin bu sürelerle çakışması halinde nasıl bir yaklaşım benimsenmesi gerektiği önemli bir tartışma konusudur. Bu sorunun yanıtlanabilmesi için, 4857 sayılı İş Kanunu'nda düzenlenen hak düşürücü sürelerin özelliklerinin her birinin ayrı ayrı incelenmesi gerekmektedir. Örneğin, İş Kanunu'nun 26. maddesi,⁶⁷ fesih hakkının kullanım süresini “*öğrenildiği günden itibaren altı iş günü geçtikten sonra*” şeklinde düzenlerken, 21. maddede işe iade davaları için, “*on iş günü içinde işe başlamak*” şartı belirtilmiştir⁶⁸. Bu gibi düzenlemeler, kanun lafzından açıkça anlaşıldığı üzere hak düşürücü sürelerdir ve tarafların bu süreler içinde haklarını kullanmaları gerekmektedir⁶⁹. Bu tür sürelerin hesaplanmasında iş günü kavramının nasıl yorumlanacağı, akdi tatil günlerinin bu hesaba dahil edilip edilmeyeceği konusundaki tartışmaları şekillendiren temel unsurdur. Kanunda sürelerin iş günü üzerinden hesaplanacağı açıkça belirtildiğinden, hak düşürücü sürenin hesaplanmasında yalnızca iş günlerinin dikkate alınması gerektiği sonucuna varılmıştır. Buna göre, iş veya toplu iş sözleşmesinde haftada en az bir günün akdi tatil olarak kabul edilmesi durumunda, hak düşürücü süre hesabında bu akdi tatil gününün dikkate alınmaması gerektiği anlaşılmaktadır.

Akdi tatil olmamasına rağmen çalışılmayan cumartesi gününün hak düşürücü süre hesabında dikkate alınıp alınmayacağı konusunda ise doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüş, çalışma yapılmayan günlerin (örneğin cumartesi günü) çalışılmıyor olması nedeniyle hesaplamada dikkate alınmaması gerektiğini ifade etmektedir⁷⁰. Diğer bir görüş ise, cumartesi günlerinin

⁶⁷ “24 ve 25 inci maddelerde gösterilen ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan hallere dayanarak işçi veya işveren için tanınmış olan sözleşmeyi fesih yetkisi, iki taraftan birinin bu çeşit davranışlarda bulunduğunu diğer tarafın öğrendiği günden başlayarak altı iş günü geçtikten ve her halde fiilin gerçekleşmesinden itibaren bir yıl sonra kullanılamaz”

⁶⁸ “İşçi kesinleşen mahkeme veya özel hakem kararının tebliğinden itibaren on işgünü içinde işe başlamak için işverene başvuruda bulunmak zorundadır. İşçi bu süre içinde başvuruda bulunmaz ise, işverence yapılmış olan fesih geçerli bir fesih sayılır ve işveren sadece bunun hukuki sonuçları ile sorumlu olur”.

⁶⁹ Sümer, Haluk Hadi. *İş Hukuku*, 27. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2024, s. 126; Mollamahmutoğlu / Astarlı / Baysal, s. 224; Süzek, s. 717; Çelik / Caniklioğlu / Canbolat / Özkara, s. 687; Süzek/Başterzi, 746.

⁷⁰ Tozlu, Hazal. *İş Sözleşmesinin Haksız Feshi*, 1. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2017, s. 128-129; Savaş, Burcu. *İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Haklı Nedenle Feshi*, 1. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2012, s. 187.

çalışılmasa dahi iş günü olarak kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır⁷¹.

Yüksek Mahkeme kararları da bu konuda farklılık göstermektedir. Bir kararında, çalışılmayan günlerin STİK yönünden hak düşürücü süre hesabında dikkate alınmaması gerektiği sonucuna varılmışken⁷², başka bir kararında, cumartesi gününün iş günü olarak değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir⁷³. Bunun yanı sıra bir diğer kararında, cumartesi günü yapılacak çalışmanın işverenin yönetim yetkisine tabi olduğunu ve taraflarca TİS ya da iş sözleşmesi ile açıkça akdi tatil olarak belirlenmedikçe iş günü sayılacağını ifade etmiştir⁷⁴. Bu değerlendirmeler ışığında, akdi tatil olarak kabul edilmeyen ancak çalışılmayan günlerin hak düşürücü süre hesabında dikkate alınması gereken iş günleri kapsamında yer aldığı sonucuna ulaşılmıştır. Çalışılmayan günlerin iş günü sayılabilmesi için kanun metninde açıkça “*çalışılan iş günü*” ifadesi yerine yalnızca “*iş günü*” ibaresinin kullanılmış olması belirleyici bir unsurdur. Bu bağlamda, çalışmanın yapılmaması, o günün iş günü olmadığı anlamına gelmemektedir.

Sonuç olarak, akdi tatil günleri hak düşürücü süre hesabında dikkate alınmazken, akdi tatil olarak kabul edilmeyen çalışılmayan cumartesi günlerinin kanun metnindeki “*iş günü*” kavramına uygun olarak süre hesabına dahil edilmesi gerektiği kabul edilmektedir.

VIII. DEVAMSIZLIK VE AKDİ TATİL GÜNLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

İş hukukunda devamsızlık, işçinin çalışma yükümlülüğüne aykırı davranışlarından biri olarak işverenin haklı fesih nedenleri arasında sayılmaktadır. Bu kapsamda 4857 sayılı İş Kanunu’nun 25. maddesinin 2. fıkrasının (g) bendine göre, işçinin işverenden izin almaksızın veya haklı bir sebebe dayanmaksızın ardı ardına iki iş günü, bir ay içinde iki defa herhangi bir tatil gününden sonraki iş günü veya bir ayda üç iş günü işine devam etmemesi durumunda, işverenin haklı nedenle fesih hakkı doğmaktadır. Özellikle devamsızlık yapılan günlerin akdi tatil günleri ile çakışması halinde nasıl bir değerlendirme yapılacağı iş hukukunda tartışmalı bir konudur.

- **Art arda iki iş günü devamsızlık:** Kanun metninde açıkça “*iş günü*” ifadesi kullanılmıştır. Bu nedenle, taraflar arasında iş veya toplu iş sözleşmesinde akdi tatil olarak kabul edilen bir günün, devamsızlık kapsamında art arda iş günü olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Örneğin, cumartesi gününün taraflarca iş günü olarak belirlendiği bir işyerinde, cumartesi günü devamsızlık yapılması halinde bu gün iş günü sayılacak ve devamsızlık süresine dahil edilecektir⁷⁵.
- **Cumartesi gününün çalışılmayan gün olarak kabul edilmesi:** Eğer işyeri uygulamaları gereği cumartesi günü çalışılmayan bir gün olarak kabul ediliyorsa, bu durumda o gün

⁷¹ Mollamahmutoğlu / Astarlı / Baysal, s. 225; Süzek/Başterzi, 746-747; Çelik / Caniklioğlu / Canbolat / Özkaraca, s. 685-686.

⁷² Y.9.HD, 31.3.2022, E. 2022/3419, K. 2022/4317 www.yargitay.gov.tr.

⁷³ Y.22.HD, 21.12.2017, E. 2017/43528, K. 2017/30354 www.yargitay.gov.tr.

⁷⁴ Y.9.HD, 28.04.2021, E. 2021/4471, K. 2021/8734 www.yargitay.gov.tr.

⁷⁵ Y9.HD, 24.10.2013, E. 2013/6780, K. 2013/27089 www.yargitay.gov.tr; Eyrenci /Taşkent / Ulucan/ Baskan, s. 244.

devamsızlık kapsamında değerlendirilemez. Çünkü çalışılmayan bir gün, işçinin çalışma yükümlülüğü olmadığı bir gün olarak kabul edilir ve devamsızlık teşkil etmez⁷⁶.

- **Tatil günlerinin devamsızlık açısından değerlendirilmesi:** Kanun metninde yer alan “*herhangi bir tatil günü*” ifadesinin, akdi tatil günlerini de kapsadığı sonucuna varılmıştır. Dolayısıyla, bir ay içinde iki defa herhangi bir tatil gününden sonraki iş gününde devamsızlık yapılması halinde, tatil günü akdi tatil olsa dahi bu durum devamsızlık kriterlerini karşılar. Önemli olan, tatil gününün ardından işçinin çalışmakla yükümlü olduğu iş gününde devamsızlık yapmış olmasıdır⁷⁷.

Sonuç olarak, akdi tatil günleri, taraflarca iş günü olarak kabul edilmedikçe art arda iş günü devamsızlık hesaplamasına dahil edilemez. Buna karşın, kanunda belirtilen “*tatil gününden sonraki iş günü*” kapsamında değerlendirilmeleri mümkündür ve işçinin bu günlerde devamsızlık yapması halinde işverenin haklı fesih hakkı doğabilir. Bu değerlendirme hem işyerindeki uygulamalar hem de kanun metninde kullanılan ifadeler ışığında yapılmalıdır.

SONUÇ

Bu çalışma, Türkiye’de dinlenme sürelerinin yetersizliğini ve akdi tatilin iş hukuku açısından önemini vurgulayarak bu alandaki yasal boşluklara çözüm önerileri geliştirmeyi hedeflemiştir. Türkiye’de haftalık çalışma süresinin yüksekliği ve dinlenme sürelerinin kısalığı, işçilerin hem fiziksel hem de ruhsal sağlıklarını olumsuz etkilediği gibi, iş verimliliği ve yaşam kalitesini de düşürmektedir. Avrupa Birliği (AB) direktifleri, Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) standartları ve diğer ülkelerdeki uygulamalar ışığında yapılan karşılaştırmalı analiz, dinlenme sürelerinin artırılmasının yalnızca bireysel haklar değil, aynı zamanda toplumsal refah açısından da kritik öneme sahip olduğunu ortaya koymuştur. Bu bağlamda, akdi tatilin yaygınlaştırılmasının işçi haklarının korunmasında etkili bir araç olacağı sonucuna ulaşılmıştır. Çalışma, akdi tatilin iş hukuku uygulamalarıyla ilişkisini derinlemesine ele alarak literatüre katkılar sunmuştur. Akdi tatil, yalnızca bir dinlenme günü değil; iş günü, çalışılmayan cumartesi, yıllık izin, genel tatil, telafi çalışması, hak düşürücü süreler ve devamsızlık gibi iş hukuku kavramlarıyla ilişkilendirilen çok yönlü bir düzenleme olarak incelenmiştir. Araştırmanın özgünlüğü, bu çok yönlü hukuki etkileri kapsamlı bir şekilde ele almasından kaynaklanmaktadır. Çalışmada ulaşılan *bulgular* sırası ile şu şekildedir.

- **Dinlenme Süresi ve Akdi Tatil:** Haftalık dinlenme süresinin en az 48 saate çıkarılması veya haftada bir gün akdi tatil uygulamasının benimsenmesi gerektiği önerilmiştir. Bu düzenlemeler, işçilerin mekanikleşme ve modern kölelik uygulamalarından korunması açısından büyük önem taşımaktadır.
- **Akdi Tatilin Hukuki Statüsü:** Akdi tatilin açıkça düzenlenmemesi hukuki belirsizliklere yol açmaktadır. Özellikle yıllık izin, genel tatil ve telafi çalışması gibi uygulamalarla olan ilişkisi, işçinin lehine bir yaklaşımla düzenlenmelidir.

⁷⁶ Başbuğ /Yücel Bodur, s. 206; Süzek/Başterzi, s. 730-731; Çelik / Caniklioğlu / Canbolat / Özkaraça, s.662-663; Akyiğit, s. 294.

⁷⁷ Savaş, s. 110; Süzek/Başterzi, s. 730-732; Çelik / Caniklioğlu / Canbolat / Özkaraça, s. 662-663; Sümer, s. 124-125.

- **Ücretlendirme ve Faiz Oranları:** Akdi tatil günlerinde yapılan çalışmaların ücretlendirilmesinde toplu iş sözleşmesi ve bireysel iş sözleşmelerine bağlı farklılıklar bulunmaktadır. Akdi tatil ücreti için 6356 sayılı STİK m. 53/2 gereği işletme kredilerine uygulanan en yüksek faiz oranının dikkate alınması gerektiği tespit edilmiştir.
- **Hak Düşürücü Süreler ve Devamsızlık:** Akdi tatil günleri hak düşürücü süre hesaplamasında iş günü olarak dikkate alınmamalıdır. Ne var ki, taraflarca açıkça düzenlenmemiş çalışılmayan cumartesi gibi günler iş günü sayılabilir. Devamsızlık açısından, akdi tatil gününden sonraki iş gününde devamsızlık yapılması işverenin haklı fesih hakkını doğurabilir.

Sanayi devriminden günümüze kadar değişen çalışma düzenleri, işçilerin dinlenme sürelerinin yalnızca üretkenlik değil, aynı zamanda bireysel hakların korunmasında da önemli bir role sahip olduğunu göstermektedir. Sosyal devlet anlayışı, bireylerin özgür ve insan onuruna yakışır çalışma koşullarına sahip olmasını hedeflemektedir. Bu doğrultuda, hafta tatili süresinin artırılması ve akdi tatilin yaygınlaştırılması, sosyal adalet ve iş sağlığı açısından temel bir gerekliliktir. Dinlenme hakkı, yalnızca mevzuatla tanımlanmış bir hak olarak kalmamalı, toplumda eşit şekilde erişilebilir bir sosyal hak olarak garanti altına alınmalıdır. Çalışmanın sonucunda ulaşılan öneriler:

- Türkiye’de dinlenme süresi artırılmalı ve hafta tatili süresi kesintisiz 48 saate çıkarılmalıdır. Bu düzenleme, Avrupa Birliği (AB) standartları ile uyumlu hale getirilerek hem işçi sağlığı hem de iş verimliliği açısından olumlu katkılar sağlayacaktır.
- Akdi tatil, mevzuatta açıkça tanımlanmalı ve iş hukuku uygulamalarıyla bütünleştirilmelidir.
- Akdi tatilin işçi sağlığı ve güvenliği üzerindeki olumlu etkileri dikkate alınarak, bu düzenleme teşvik edilmelidir.
- Telafi çalışması, genel tatil ve yıllık izin gibi uygulamalarda akdi tatilin statüsü açıkça belirtilmeli ve hukuki uyumsuzlukları önleyici hükümler geliştirilmelidir.

KAYNAKÇA

Akın, Levent. “Tatil Günlerine İlişkin Yeni İş Arama İzni Ücreti”, *Çimento İşveren Dergisi*, Mayıs 2011, s. 22-27, <https://ceis.org.tr/wp-content/uploads/2019/10/mayis2011.pdf> (Erişim Tarihi 09.09.2024).

Aktay, Ahmet Nizamettin / Özdemir Ertürk, Olgı, Toplu İş Hukuku, Yenilenmiş 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2022.

Akyiğit, Ercan. *Toplu İş Hukuku*, Güncellenmiş 4. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2022.

Akyiğit, Ercan. *Bireysel İş Hukuku Ders Kitabı*, Güncellenmiş 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2023.

Alp, Mustafa. “Yıllık İzin”, Yargıtay ve BAM İş hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri Yayınlanmış Tebliğ, Onikilevha Yayınevi, İstanbul 2024, s. 126-128.

Arbeitszeitgesetz, <https://www.gesetze-im-internet.de/arbzbg/BJNR117100994.html> (Erişim Tarihi:

7.10.2024).

Arıcı, Kadir. *Toplu İş İlişkileri Hukuku*, 1. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara, 2022.

Başbuğ, Aydın. *Sosyal Hukuk, Hukukun Toplumsal Temelleri*, 1. Baskı, Binyıl Yayınevi, 2010.

Başbuğ, Aydın. *İş ve Maneviyat, Çalışma Ahlakı Üzerine Bir İnceleme*, 1. Baskı, Binyıl Yayınevi, 2012.

Başbuğ, Aydın. *Toplu İş İlişkileri ve Hukuk*, 1. Baskı, Şeker İş Yayınevi, Ankara, 2012.

Başbuğ, Aydın. *Sosyal Devlet 2023*, 1. Baskı, Şeker İş Yayın, Ankara, 2016.

Başbuğ, Aydın / Yücel Bodur, Mehtap. *İş Hukuku*, 6. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2021.

Başkuru, Kenan. *4857 Sayılı İş Kanunu'nda Düzenlenen Ücret Alacakları Bakımından İspat Yükü ve Deliller*, 1. Baskı, Onikilevha Yayınevi, İstanbul 2020.

Başterzi, Süleyman. “Ulusal Bayram ve Genel Tatil Günlerinde Yapılan Çalışma Karşılığında İzin Kullandırılmaması”, Yargıtay'ın İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri Yayınlanmış Tebliğ, Onikilevha Yayınevi, İstanbul 2021, s. 131-135.

Bundesurlaubsgesetz, <https://www.gesetze-im-internet.de/burlg/> (Erişim Tarihi: 7.10.2024).

Canbolat, Talat / Ocak, Saim / Oğuz, Özgür / Karaca, Aybüke / Bulur, Alper/ Koç, Erol, *İş Hukukunda Arabuluculuk Uzmanlık Eğitimi Kaynak Kitabı*, 1. Baskı, Türkiye Barolar Birliği Yayınevi, <https://adb.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/1412021155424İş%20Hukukunda%20Arabuluculuk%20Uzmanlık%20Eğitimi.pdf> , (Erişim Tarihi: 10.09.2024).

Çelik, Nuri / Caniklioğlu, Nurşen / Canbolat, Talat / Özkara, Ercüment. *İş Hukuku Dersleri*, 36. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2023.

Directive 2003/88/EC 4.11.2003, <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2003/88/oj> (Erişim Tarihi:7.10.2024).

Ekmekçi, Ömer. “4857 Sayılı İş Kanunu'nda Telafi Çalışması Kavramı, Koşulları ve Hükümleri”, *Çimento İşveren Dergisi*, Kasım 2005, <https://ceis.org.tr/wp-content/uploads/2019/10/2005kasim.pdf> (Erişim Tarihi: 30.09.2024).

Ekmekçi, Ömer. *Toplu İş Hukuku Dersleri*, 2. Baskı, Onikilevha Yayınevi, İstanbul, 2019.

Ekonomi, Münir. “Bölünmeyen Çalışma Şartlarından Hafta Tatili ve Diğer Tatiller”, *Çalışma ve Toplum*, C. 1, S. 72, 2022, s. 21-39.

Eyrenci, Öner. “4857 sayılı İş Kanunu'nda Telafi Çalışmaları”, *DEÜHFD*, C. 9, ÖS., 2007, s. 31-42.

Eyrenci, Öner / Taşkent, Savaş / Ulucan, Devrim / Baskan, Esra. *Bireysel İş Hukuku*, 9. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2019.

- Euronews, 18.7.2023, <https://tr.euronews.com/2023/07/18/turkiyede-haftalik-mesai-saatleri-avrupaya-gore-ortalama-6-bucuk-saat-daha-uzun> (Erişim Tarihi: 10.10.2024).
- Euronews, 26.5.2022, <https://tr.euronews.com/2022/05/26/oecd-turkiye-haftada-60-saatten-fazla-cal-san-kisi-oran-en-fazla-olan-ulke> (Erişim Tarihi: 10.10.2024).
- Gericht: Oberlandesgericht Hamm, Beschluss verkündet am 07.03.2001, Aktenzeichen: 2 Ss OWi 127/01, “Der Samstag ist auch heute noch im allgemeinen Sprachgebrauch ein Werktag”, https://www.judicialis.de/Oberlandesgericht-Hamm_2-Ss-OWi-127-01_Beschluss_07.03.2001.html (Erişim Tarihi: 7.10.2024).
- Göktaş, Seracettin / Yılmaz, Gökhan. *6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Şerhi*, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2024.
- Günter, Löschnigg / Hekimler, Alpay. *Avrupa İş Hukuku Çerçevesinde Türk İş Hukuku ile Karşılaştırmalı Avusturya İş Hukukunun Temel Esasları*, 1. Baskı, Efil Yayınevi, Ankara, 2011.
- Hannah, Arendt. Çeviren Bahadır Sina Şener, *İnsanlık Durumu*, 9. Baskı, İletişim Yayınevi, İstanbul, 2018.
- In Case C-477/21, ECLI:EU:C:2023:140, 2 March 2023, <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=270828&pageIndex=0&dclang=EN&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=407517> (Erişim Tarihi: 8.10.2024).
- Italy Working Hours and Overtime Regulations, <https://www.rivermate.com/guides/italy/working-hours> (Erişim Tarihi:10.10.2024).
- İnciroğlu, Lütfi. “Ulusal Bayram Gününün Hafta Tatiline Rastlaması Halinde Hangi Tatil Ücreti Ödenmelidir?”, <https://legal.com.tr/blog/is-hukuku/ulusal-bayram-gununun-hafta-tatiline-rastlamasi-halinde-hangi-tatil-ucreti-odenmelidir/> (Erişim Tarihi: 30.09.2024).
- Kayırgan, Hasan. “Yargı Kararları Işığında Yıllık Ücretli İzin Hakkı”, NEÜHFD, C. 4, S. 2, 2021, s. 577-596.
- Kayırgan, Hasan. *Bireysel İş Hukukunda Zorunlu ve Zorlayıcı Nedenler*, 2. Baskı, Onikilevha Yayınevi, İstanbul 2021.
- Korkmaz, Fahrettin / Seyhun, Nihat Alp. *Bireysel İş Hukuku*, 4. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019.
- Korkusuz, Refik. “Vardiyalı Postalar Halinde) Çalışma ve Türk İş Hukukundaki Düzenlemesi”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 9, S. 1-2, 2005, s. 10-15.
- Kuçuradi, İonna. *Uludağ Konuşmaları, Özgürlük Ahlak Kültür Kavramları*, 1. Baskı, Türkiye Felsefe Kurumu, İstanbul, 1988.
- Long working hours increasing deaths from heart disease and stroke: WHO, ILO,

<https://www.who.int/news/item/17-05-2021-long-working-hours-increasing-deaths-from-heart-disease-and-stroke-who-ilo> (Erişim Tarihi: 10.10.2024)

Mollamahmutoğlu, Hami / Astarlı, Muhittin / Baysal, Ulaş. *İş Hukuku Ders Kitabı Bireysel İş Hukuku*, 2. Baskı, Lykeion Yayınevi, Ankara, 2018.

Mülayim, Baki Oğuz. “Türk İş Hukukunda Avrupa Birliği Yönergeleri Çerçevesinde Denkleştirme Uygulaması”, *AÜHFD*, C. 68, S. 3, 2019 s. 635-664.

Narmanlıoğlu, Ünal. *İş Hukuku-II Toplu İş İlişkileri*, 3. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2016.

Öktem Songu, Sezgi /Birben, Erhan. “Çalışılmayan Cumartesi Günü Telafi Çalışması Yaptırılması Mümkün müdür?”, *DEÜHFD*, C. 9, ÖS, 2007, s. 273-288.

Özer, Hatice Duygu. “Toplu İş Hukuku Açısından İşçinin Yıllık Ücretli İzin Hakkı”, *EÜHFD*, C. 13, S. 2, s. 169-232.

Özkaraca, Ercüment. “Yeni İş Arama İzninin Süresi ve İspatı”, *Mess Sicil İş Hukuku Dergisi*, Aralık 2010, s. 102-110. <https://sicil.mess.org.tr/Media/Uploads/sicil20-102-110.pdf> (Erişim Tarihi: 10.09.2024).

Savaş, Burcu. *İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Haklı Nedenle Feshi*, 1. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2012.

Senyen Kaplan, Emine Tuncay. *Bireysel İş Hukuku*, 10. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara, 2019.

Silverthorne, Sean. “Time Pressure and Creativity: Why Time is Not on Your Side”, *Business Research for Business Leaders*, 29 Jul 2002, <https://hbswk.hbs.edu/item/time-pressure-and-creativity-why-time-is-not-on-your-side> (Erişim Tarihi: 10.10.2024)

Spain Working Hours and Overtime Regulations, <https://www.rivermate.com/guides/spain/working-hours> (Erişim Tarihi: 7.10.2024).

Sümer, Haluk Hadi. *İş Hukuku*, 27. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2024.

Sümer, Haluk Hadi. *İş Hukuku Uygulamaları*, 8. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2024.

Süzek, Sarper / Başterzi, Süleyman. *İş Hukuku*, 24. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2024.

Süzek, Sarper. *İş Hukuku*, 21. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2021.

Şahlanan, Fevzi. “Toplu İş İlişkileri Açısından Yargıtay’ın 2000 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, *Kamu-İş Yayın*, Ankara, 2002, s.117-149.

Şahlanan, Fevzi. “Hafta 5 gün Çalışılan İşyerlerinde Cumartesi Gününün Yıllık Ücretli İzin Süresinden

Sayılp Sayılmaması”, *Tekstil İşveren Hukuk*, C. 120, S. 436, 2018, s. 2-8, <https://www.tekstilisveren.org.tr/uploads/magazines/pdf-166605794396840523.pdf> (Erişim

Tarihi: 27.09.2024).

The Working Time Regulations 1998, Weekly rest period code 11,
<https://www.legislation.gov.uk/ukxi/1998/1833/regulation/11> (Erişim Tarihi: 7.10.2024).

Tozlu, Hazal. *İş Sözleşmesinin Haksız Feshi*, 1. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2017.

Tuncay, Aziz Can /Savaş Kutsal, Burcu / Bozkurt Gümrükçüoğlu, Yeliz. *Toplu İş Hukuku*, 8. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2023.

Tunçomağ, Kenan / Centel, Tankut. *İş Hukukunun Esasları*, 9. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2018.

Ünal Adınır, Canan. *İş Hukukunda Üst Düzey Yöneticiler*, 2. Baskı, Onikilevha Yayınevi, İstanbul 2023.

Yayvak, İrem. *Toplu İş Sözleşmesinin Art Etkisi*, 1. Baskı, Beta Yayın, İstanbul, 2014.

Yuvalı, Ertuğrul. *Türk Sosyal Güvenlik Hukukunda Merkezi (Kamusal) Sosyal Yardımlar*, 1. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2017.

Zucker, Rebecca. “How Taking a Vacation Improves Your Well-Being”, 19 July 2023,
<https://hbr.org/2023/07/how-taking-a-vacation-improves-your-well-being> (Erişim Tarihi: 10.10.2024).

Weekly Rest (Industry) Convention 1921 No.14,
https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312159 (Erişim Tarihi:10.10.2024).

Weekly Rest (Commerce and Offices) Convention, 1957 No. 106),
https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C106 (Erişim Tarihi: 7.10.2024)

Working time in Netherlands, <https://www.simmons-simmons.com/en/publications/ck0azwpp6nsqb0b33q99799fe/03-working-time-in-the-netherlands> (Erişim Tarihi: 7.10.2024).

Working time in France, <https://my-payroll-pro.com/resources/working-time-france/> (Erişim Tarihi: 5.10.2024).

<https://www.stthukuk.com/wp-content/uploads/2021/06/Is-Hukuku-Guncel-Yargitay-Uygulamasi-19.04.2021.pdf> (Yargıtay 22. HD ve 9. HD Ortak Kararları)

ICSID Hakem Kararlarının Temel Usûl Kurallarından Ciddî Sapma Nedeniyle İptali*

Halil Alperen IŞIK^{1**} 

¹Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye

Makale Bilgisi

Makale Geçmişi

Geliş: 20.01.2025

Kabul: 26.03.2025

Yayın: 20.06.2025

Anahtar Kelimeleri:

ICSID, Tahkim, Yatırım Tahkimi, Hakem Kararlarının İptali, Hukukî Dinlenilme Hakkı.

ÖZET

Yatırım uyuşmazlıkları gerek dava konusu meblağların yüksekliği gerekse de taraflardan birisinin bir devlet olması nedeniyle diğer uyuşmazlıklardan ayrılmaktadır. Bu husus, söz konusu uyuşmazlıkların çözümü bakımından da söz konusudur. Zira bu uyuşmazlıkların tahkimde çözülmesi, ticari uyuşmazlıkların tahkimde veya mahkemeler eliyle çözülmesine göre de farklılık arz etmektedir. Yatırım uyuşmazlıklarının etkin bir şekilde çözülmesini amaçlayan ICSID Sözleşmesi, dünyada en geniş şekilde kabul gören milletlerarası sözleşmelerden bir tanesidir. Bu nedenle, ICSID bünyesinde yürütülen tahkim, arabuluculuk ve uzlaştırma faaliyeti de milletlerarası kamuoyu bakımından önem arz etmektedir. Zira, bu faaliyet doğrudan ve dolaylı olarak çok büyük bir kitleyi ilgilendirmektedir. Dolayısıyla, ICSID bünyesinde verilen hakem kararlarının denetimi (yorum, düzeltme ve iptal) de büyük bir önemi haizdir. Bu amaçla, ICSID Sözleşmesi'nde hakem kararlarının hangi şartlarda iptal edilebileceği açıkça düzenlenmiştir. Hakemin veya hakem heyetinin kararını verirken temel bir usûl kuralından ciddi şekilde sapmış olması da bu şartlardan bir tanesidir. Bu şart, genel olarak tarafların tahkim sürecinde eşit muamele görmesi, adil yargılama yürütülebilmesi, hukukî dinlenilme hakkına riayet edilmesi, hakemlerin bağımsızlığı ve tarafsızlığı ile tarafların ispat hakkına tekabül etmektedir. Dolayısıyla, hakem kararlarının bu şarta aykırılık nedeniyle iptali de anılan başlıklar çerçevesinde bu makalede ele alınacaktır. Çalışmada, ICSID bünyesinde tamamlanan iptal süreçlerine genel olarak değinilmiş, araştırma konusu, konu bütünlüğünün sağlanabilmesi ve kapsamın belirlenebilmesi adına doktrinde ve uygulamada öne çıkmış bazı kararlar üzerinden izah edilmiş ve değerlendirilmiştir.

Annulment of ICSID Arbitral Awards due to Serious Departure from a Fundamental Rule of Procedure

Article Info

Article History

Received: 20.01.2025

Accepted: 26.03.2025

Published: 20.06.2025

ABSTRACT

Investment disputes differ from other disputes due to the high amounts involved and the fact that one of the parties is a state. This is also the case in terms of the resolution of these disputes. The resolution of these disputes in arbitration differs



This article is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License (CC BY-NC 4.0)

Keywords:

ICSID, Arbitration,
Investment Arbitration,
Annulment of Arbitral
Awards, Right to Be
Heard.

from the resolution of commercial disputes in arbitration or through the courts. The ICSID Convention, which aims to resolve investment disputes effectively, is one of the most widely recognised international conventions in the world. Therefore, the arbitration and conciliation activities carried out under ICSID are also important for the international public opinion. This is because this activity directly and indirectly concerns a very large mass of people. Therefore, the supervision (interpretation, revision and annulment) of arbitral awards rendered under ICSID is also of great importance. To this end, the ICSID Convention clearly sets out the conditions under which arbitral awards may be annulled. One of these conditions is that the arbitrator or the arbitral tribunal has seriously departed from a fundamental rule of procedure in reaching its award. This condition generally corresponds to the equal treatment of the parties in the arbitration process, the right to a fair trial, the right to be heard, the independence and impartiality of the arbitrators, and the parties' right of proof. Therefore, the annulment of arbitral awards for breach of this requirement will be discussed in this article within the framework of the aforementioned topics. In the study, the annulment processes completed within ICSID are generally mentioned, and the subject of the research is explained and evaluated through some prominent decisions in doctrine and practice in order to ensure the integrity of the subject and to determine the scope.

To cite this article:

Işık, H. A. (2025). “ICSID Hakem Kararlarının Temel Usûl Kurallarından Ciddî Sapma Nedeniyle İptali”, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 8(1), s. 23-49. <https://doi.org/10.51120/NEUHFD.2025.145>

* Bu makale, 10-11 Nisan 2021 tarihlerinde çevrimiçi düzenlenen Uluslararası Necmettin Erbakan Hukuk Sempozyumu'nda yazar tarafından sunulan aynı adlı tebliğin genişletilmiş ve güncellenmiş hâlidir.

****Sorumlu Yazar:** Halil Alperen Işık haisik@aybu.edu.tr .

GİRİŞ

Gelişmekte olan ya da az gelişmiş ekonomilere sahip devletlerin, ülkelerinde ihtiyaç duyulan enerji, finans, iletişim, altyapı, yol ve sair taahhüt işleri, bazen kamu imtiyazı bazen de ihale usûlü ile yabancı yatırımcılar tarafından yapılmaktadır¹. Bunun yanında yabancı yatırım, üretim ya da montaj tesislerinin yapımı ve işletilmesi şeklinde de olabilir. Söz konusu taahhüt işlerinin yapımı, ev sahibi devlet ile yabancı gerçek veya tüzel kişi yatırımcı arasında bir özel hukuk sözleşmesine dayanmaktadır. Enerji, finans yahut iletişim gibi alanlarda ise ülkesinde yatırım yapılan devlet ile

¹ Yabancı yatırım kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Tiryakioğlu, Bilgin. *Doğrudan Yatırımların Uluslararası Hukukta Korunması*, Dayınlarlı, Ankara 2003, s. 9-10; Erten, Rifat. *Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanununun Türk Yabancılar Hukuku Sistemi İçindeki Yeri ve Rolü*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2005, s. 21; Ayhan İzmirli, Lâle. "Uluslararası Yatırım Hukukunda 'Yatırım' Kavramı", Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 8, S. 2, 2018, s. 100 vd.; Ener, Mustafa Alper. *Uluslararası Yatırım Hukuku*. 2. B., Seçkin, Ankara 2024, s. 39 vd.

yabancı gerçek veya tüzel kişi yatırımcı arasındaki ilişki daha çok kamu hukuku karakteri ihtiva eden imtiyaz sözleşmeleri vasıtası ile kurulmaktadır. Bununla birlikte, yabancı yatırımcının, bir devlet ülkesinde taahhüt işini üstlenerek yapımını üstlendiği tesisin işletmesini de belli bir süre için üstlendiği modellerde, taraflar arasındaki yapım işinden dolayı özel hukuk, yapım işinden sonra kullanılacak imtiyazdan dolayı ise kamu hukuku karakteri taşıyan karma nitelikli bir hukukî ilişkiye girecekleri ifade edilebilir.

Yabancı yatırımcı² ile ev sahibi devlet³ arasında ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkların çözümlenmesi, tarafların tercihiine göre ev sahibi devletin mahkemelerinde, yabancı gerçek kişinin vatandaşı olduğu veya tüzel kişinin tâbiyet bağı ile bağı olduğu devletin mahkemelerinde yahut üçüncü bir devlet mahkemesinde gerçekleşebilir. Yatırım uyuşmazlıklarının çözümü için başvurulacak bir diğer yol ise tahkimdir. Yatırımcı/Yatırımcılar ve ev sahibi devlet arasındaki tahkim sözleşmesi uyarınca, uyuşmazlık *ad hoc* tahkimde veya kurumsal bir ticarî tahkim merkezinde de çözüme kavuşturulabilir⁴.

Bununla birlikte, ev sahibi devlet ve yabancı yatırımcının tâbiyetini taşıdığı devletin, Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Sözleşme (*Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States*)⁵'ye taraf olması durumunda, taraflar, aralarındaki yatırım uyuşmazlığını, Yatırım Uyuşmazlıklarının Milletlerarası Çözüm Merkezi (*International Center for Settlement of Investment Dispute- ICSID*)⁶'ne taşıyabilirler.

Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Sözleşme, tarafları itibarı ile yabancılik unsuru içeren yatırım uyuşmazlıklarının, milletlerarası nitelik taşıyan kurallar çerçevesinde çözüme kavuşturulması amacıyla, ICSID'in kurulmasına ilişkin hükümler de ihtiva etmektedir⁷. Türkiye Cumhuriyeti Devleti de ICSID'in yargı yetkisini, 3460 sayılı Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Sözleşme'nin Uygun Bulunduğuna Dair

² Yabancı yatırımcı kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Keleş, Gülay. *Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu'nda Yabancı Yatırımcıya Sağlanan Kolaylıklar*, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2007, s. 22.

³ Ev sahibi devlet kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Keleş, s. 24.

⁴ Ataman-Figanmeşe, İnci. "Milletlerarası Ticari Tahkim ile Yatırım Tahkimi Arasındaki Farklar." *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, C. 31, S. 1, 2012, s. 95.

⁵ Metnin bundan sonraki bölümünde Sözleşme olarak anılacaktır. Türkiye Cumhuriyeti, Sözleşme'yi 24.07.1987 tarihinde imzalamış, Sözleşme'yi 3460 S. ve 27.05.1988 t. Devletler ile Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Sözleşmenin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun ile onaylamış Sözleşme, 02.04.1989 tarihinden itibaren Türk hukuku bakımından yürürlüğe girmiştir. Sözleşmenin orijinal metni için bkz. https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/documents/ICSID_Convention.pdf, E. T.: 24.03.2025.

⁶ Metnin bundan sonraki kısmında ICSID olarak anılacaktır. ICSID'in yapısı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Erten, Rifat. "ICSID Tahkimi", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C. 19, S. 4, 1998, s. 207-230.

⁷ ICSID'in yapısı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz Erten, Doğrudan, s. 200 vd..

Kanun⁸’un m. 1 hükmünde⁹ belirtilen çekinceler dışında, kabul etmiştir.

Sözleşme ile, ICSID’in uzlaştırma (m. 28-35) ve tahkim (m. 36-52) gibi uyuşmazlık çözüm usûlleri ile önüne gelen yatırım uyuşmazlıklarını çözmesi kararlaştırılmıştır. Bu uyuşmazlık çözüm usûllerinden tahkim, ICSID’in temel uyuşmazlık çözüm usûlü olarak karşımıza çıkmaktadır. Sözleşme’de, tahkim usûlüne ilişkin olarak hangi uyuşmazlıkların ICSID’in yargılama yetkisi dâhilinde olduğu (m. 25), hakemlerin nasıl seçileceği (m. 37-40), hakem heyetinin yetkileri ve işlevleri (m. 41-47) ve nihayetinde hakem kararının nasıl verileceği, hangi unsurları içermesi gerektiği, yayınlanması, tebliği (m. 48-49) konuları düzenlenmiştir. Hakem veya hakem heyetince verilecek karara karşı başvurulabilecek yollar ise Sözleşme’nin “Hakem Kararının Yorumlanması, Düzeltilmesi, İptali” başlıklı 5. Bölümü’nde düzenlenmiştir. ICSID bünyesinde hakem heyeti/hakem tarafından verilen kararların denetimi, Sözleşme’nin m. 50 ve m. 51 hükümlerinde düzenlenen, kararın yorumlanması ve düzeltilmesi ile Sözleşme’nin m. 52 hükmünde düzenlenen hakem kararının iptali yollarıyla gerçekleşmektedir¹⁰. ICSID bünyesinde verilen kararlara karşı en çok kullanılan başvuru yolu ise hakem kararının iptali müessesesidir¹¹.

Hakem kararlarının iptali, Sözleşme’nin m. 52 hükmünde düzenlenmiş, kararların hangi hâllerde iptale tâbi olacağı, ilgili maddenin birinci fıkrasında 5 bent olarak sayılmıştır¹². Bu iptal sebeplerinden biri de “temel usûl kurallarından ciddî bir sapma olması” hâlidir¹³. Bugüne dek anılan

⁸ Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Sözleşme’nin Uygun Bulunduğuna Dair Kanun için bkz. 06.12.1988 t. 20011 s. RG.

⁹ “MADDE 1- 24.6.1987 tarihinde imzalanan ve Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü için Uluslararası Merkezi (ICSID) kuran Devletler ve Diğer Devlet Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkındaki Sözleşmenin:

a) Yabancı sermaye ile ilgili yürürlükteki mevzuat çerçevesinde izin verilmiş ve fiilen yatırım faaliyeti başlamış olan yatırımlardan kaynaklanan uyuşmazlıkların ICSID’e götürülebilmesi,

b) Türk mahkemelerinin münhasır yetkisinde bulunması dolayısı ile Türkiye’de mevcut gayrimenkuller üzerindeki mülkiyet ve aynı hak uyuşmazlıklarının ICSID’e götürülmemesi,

c) Türkiye Cumhuriyeti’nin diğer ülkelerle imzalayacağı «Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına» ilişkin münferit ikili anlaşmalarda yatırım uyuşmazlıklarının Lahey Adalet Divanı’na götürülmesine ilişkin ICSID Sözleşmesinin 64 üncü maddesine rezerv konulması, kaydıyla onaylanması uygun bulunmuştur.”

¹⁰ Kararın yorumlanması ve düzeltilmesi, kararı veren hakem heyeti veya hakem tarafından, tarafın talebi üzerine yerine getirilmektedir. Ancak hakem kararının iptali için özel bir yapı öngörülmüş, kararın iptaline karar verilebilmesi için sadece *ad hoc* komiteler yetkili addedilmiştir. Pinsolle, Philip. “The Annulment of ICSID Arbitral Awards.” *The Journal of World Investment and Trade*, Vol. 1, Is.1, 2000, s. 243.

¹¹ Doktrinde Erten ise “hakem kararının iptali” yerine “hakem kararının geçersiz kılınması” ifadesini kullanmıştır. Erten, Doğrudan, s. 212.

¹² “Madde 52- (1) Taraflardan biri aşağıdaki sebeplerden birini veya bazılarını öne sürerek, Genel Sekreterliğe yazılı başvuru yaparak kararın iptalini talep edebilir.

a) Hakem heyetinin kurallara uygun bir şekilde oluşturulmaması,

b) Hakem heyetinin yetkisini açıkça aşması,

c) Hakemlerden birinin rüşvet alması,

d) Temel usûl kurallarından ciddî bir sapma olması veya

e) Kararın dayandığı gerekçelerin belirtilmemesi.”

ICSID hakem kararlarının iptali hakkında genel bilgiler için bkz. Başar, Ömer. “ICSID Hakem Kararlarının İptali.” *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, C. 39, S. 2, 2019, s. 587-591.

¹³ ICSID Sözleşmesi m. 52/I-d hükmü, m. 52/I-b’de yer alan hakem veya hakemlerin yetkilerini açıkça aşmasına

kurula istinaden yapılan iptal başvurularının bir kısmında taraflarca ileri sürülen gerekçeler haklı bulunarak kısmî yahut tam iptal kararı verilmiş, bazılarında ise ileri sürülen gerekçeler temelsiz bulunarak iptal talebi reddedilmiştir. Bu süreçte taraflar iptal taleplerini ICSID Genel Sekreterliği'ne, karar tarihinden itibaren 120 gün içinde ulaştırmaktadır¹⁴. İptal talebinin ulaşmasının akabinde ise Dünya Bankası Başkanı tarafından Sözleşme'nin 52. maddesi uyarınca, ICSID hakem panelindeki hakemlerden, başvuruyu incelemek üzere, 3 kişilik geçici (*ad hoc*) komite oluşturulmaktadır¹⁵. Bu komiteler, ICSID Sözleşmesi m. 52/I-d hükmü kapsamında yaptığı incelemelerde, iptali istenen karar bakımından temel usûl kuralı kavramı üzerinde durarak, eğer varsa bu kuraldan ciddi bir sapmanın nasıl gerçekleştiğini tespit ederler. Komiteler ayrıca tarafların yargılamaya ilişkin temel haklarının ihlâl edilip edilmediğini yine tarafların talebi doğrultusunda değerlendirmektedir.

Çalışmamızda, öncelikle, ICSID m. 52/I-d hükmünün tarihçesi üzerinde durulacak, sonrasında ICSID bünyesinde verilen hakem kararlarına karşı yapılan iptal başvurularında, geçici (*ad hoc*) komitelerin, hangi kuralları temel usûl kuralı olarak değerlendirdiği ve doktrinin buna ilişkin yaklaşımları ele alınacaktır. Çalışmanın son kısmında ise komitelerin temel usûl kurallarından ciddi sapmayı tespit ederek, kısmî yahut tam iptal kararı verdiği örnekler üzerinden konu tahlil edilmeye çalışılacaktır.

I. TEMEL USÛL KURALI VE CİDDİ SAPMA KAVRAMLARI

A. Kuralın Tarihçesi

ICSID Sözleşmesi'nin iptali düzenleyen m. 52/I hükmü, yukarıda da belirtildiği üzere, 5 bentten oluşmakta ve bu 5 bent, Sözleşme'nin taraf devletler bakımından yürürlüğe girdiği 1966 yılından beri, iptal başvurusu olması hâlinde, Genel Sekreterlik tarafından görevlendirilen *ad hoc* komitelerce uygulanmaktadır. Ancak burada yer alan hükümlerden bazıları, esasen, daha önce tahkime ilişkin hazırlanmış bazı düzenlemelerde yer alan hususlar olarak karşımıza çıkmaktadır.

Milletler Cemiyeti (*League of Nations*) tarafından, Milletlerarası Daimî Adalet Divanı (*Permanent Court of International Justice*) nezdinde yürütülen tahkim yargılamalarına ilişkin hazırlanan tasarıda, tahkim yargılaması neticesinde ortaya çıkan kararın, yargılamayı yapan heyetin yetkisiz olması (*no jurisdiction*), yetkili olsa dahi yetkisini aşması (*exceed its jurisdiction*) ve

dayanan iptal sebebi ve m. 52/I-e'de yer alan "kararın dayandığı gerekçelerin yanlış olmasına dayanan iptal sebebi ile birlikte iptal talebinde bulunan tarafların en çok başvurduğu iptal sebeplerinden bir tanesidir. Aronson, Benjamin. "A New Framework for ICSID Annulment Jurisprudence: Rethinking the 'Three Generations'." *Vienna Journal on International Constitutional Law*, Vol. 6, Is. 3, 2012, s. 8. Aynı yönde bkz. Verhoosel, Gäetan. "Annulment and Enforcement Review of Treaty Awards: To ICSID or Not to ICSID." *ICSID Review- Foreign Investment Law Journal*, Vol. 23, Is. 1, 2008, s. 128.

¹⁴ Torun, Yalçın. *Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözüm Merkezi (ICSID) Hakem Kararlarına Karşı Hukuki Başvuru Yolları*. Seçkin, Ankara, 2011, s. 22.

¹⁵ Bugüne kadar, ICSID bünyesinde verilmiş olan hakem kararlarından 152'si için iptal başvurusu yapılmış, bu başvurulardan 119'u ile ilgili süreç sonuçlanmış, *ad hoc* komiteler nihai kararlarını vermişlerdir. Komiteler, bu başvuruların 90'ını reddetmiş, 10 kararın tamamen, 13 kararın ise kısmen iptaline hükmetmiştir. Karara bağlanan iptal davalarından 6 tanesinde ise sonuç kamuoyuna açıklanmamıştır. Kalan 33 hakem kararı ile ilgili değerlendirme süreci halen devam etmektedir.

Bkz. <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/Process/Decisions-on-Annulment.aspx>, E. T.: 17.01.2025.

yargılamada temel sayılabilecek nitelikte bir hataya düşülmesi (*fundamental fault in the procedure*) hâllerinde iptale tâbi olacağı, buna ilişkin iptal başvurusunun, kararın tebliğinden itibaren, tebliğ zorunlu değilse kararın yayınlanmasından itibaren altmış gün içerisinde Milletlerarası Daimî Adalet Divanı'na yapılması gerektiği öngörülmüştür (m. 3)¹⁶. Burada yer alan, yargılamada temel sayılabilecek nitelikte hataya düşülmesinin iptal sebebi olarak değerlendirilmesi, bu hükmün, ICSID m. 52/I-d hükmünün adeta öncülü niteliğinde olduğunu göstermektedir.

Söz konusu iptal sebepleri, Milletler Cemiyeti tarafından Milletlerarası Daimî Adalet Divanı nezdinde yürütülen tahkim yargılamalarına ilişkin hazırlanan tasarının yanı sıra, Birleşmiş Milletler Milletlerarası Hukuk Komisyonu tarafından Milletlerarası Adalet Divanı (*International Court of Justice*) nezdinde yürütülen tahkim yargılamalarına ilişkin hazırlanan ve Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'na sunulan tasarıda da üç başlık altında düzenlenmiştir (m. 36)¹⁷. Buna göre, “*heyetin yetkisini aşması*”, “*heyet üyelerinden birisi ile ilgili rüşvet olayının vuku bulması*”, “*kararın gerekçelerinde tam veya kısmî bir şekilde hataya düşülmesini içerir şekilde temel usûl kurallarından ciddi bir şekilde sapılması*” hâllerinin, hakem kararının iptali için gerekçe teşkil etmesi öngörülmüştür.

Milletlerarası tahkim yargılamasında, hakem kararlarının iptaline ilişkin anılan düzenlemeleri müteakiben, 1966 yılında ICSID Sözleşmesi'nin yürürlüğe giren metninde ise yukarıda sayılan iptal sebeplerinin yanı sıra başka iptal sebeplerinin de açıkça düzenlendiği görülmektedir. Milletler Cemiyeti 1930 Tasarısı ve Birleşmiş Milletler Milletlerarası Hukuk Komisyonu 1953¹⁸ ve 1958 Tasarıları'nda yer alan söz konusu iptal sebepleri, bazı değişiklikler ve ekler yapılarak, ICSID Sözleşmesi'nde de kabul edilmiştir. Bu iptal sebeplerinden, heyet üyelerinden birisi ile ilgili rüşvet olayının vuku bulmasına ilişkin iptal sebebi aynen korunmuş, hakem heyetinin yetkisini aşması, hakem heyetinin yetkisini açıkça aşması şeklinde değiştirerek alınmıştır. Ayrıca yeni bir iptal sebebi olarak “*hakem heyetinin kurallara uygun bir biçimde oluşturulmaması*” getirilmiştir. Çalışmanın konusunu teşkil eden, “*temel usûl kurallarından ciddi sapma*” hâli ise 1953 ve 1958 Tasarıları'nda birlikte yer aldığı “*kararın dayandığı gerekçelerin yanlış olması*” hâlinde ayrılmış, bugünkü hali ile m. 52/I-d olarak düzenlenmiştir¹⁹. “*Kararın dayandığı gerekçelerin yanlış olması*” hâli ise ayrı bir bent olarak düzenlenmiştir (m. 52/I-e).

Yine, Milletler Cemiyeti 1930 Tasarısı'nda yer alan hakem heyetinin yetkisiz olmasına ilişkin iptal sebebinin ICSID Sözleşmesi'nde yer almadığını belirtmek gerekir. Zira, ICSID Sözleşmesi'ne taraf olan devletler bakımından, Sözleşme hükümleri taraf devletler ve tâbiyetindeki gerçek ve tüzel kişileri bağlayıcı bir yargılama yetkisi tesis etmektedir. Yine, hâlihazırda tahkim yargılamasına taraf

¹⁶ Proposal of the Government of Finland to Confer on the Permanent Court of International Justice Jurisdiction as a Tribunal of Appeal in Respect of Arbitral Tribunals Established by States, Report of the Committee Appointed by the Council, League of Nations Official Journal, Vol. 11, November 1930, s. 1363.

¹⁷ Scelle, Georges. “Draft on Arbitral Procedure Adopted by Commission at Fifth Session Report.” *Yearbook of the International Law Commission*, Vol. II, United Nations, New York 1958, s. 11.

¹⁸ Commentary on the Draft Convention on Arbitral Procedure Adopted by the International Law Commission at Fifth Session, United Nations, New York 1955, s. 105.

¹⁹ 1953 ve 1958 Tasarıları'nda bu iki iptal sebebinin birlikte düzenlenmesi nedeniyle “*kararın dayandığı gerekçelerin yanlış olması hâli*”, temel usûl kurallarından ciddi sapma hâlinin bir örneği olarak da gösterilmiştir. Bkz. Background Paper on Annulment For the Administrative Council of ICSID, *ICSID Review- Foreign Investment Law Journal*, Vol. 27, Is. 2, 2012, s. 449.

olan devletler, gerçek ve tüzel kişiler ICSID m. 25 uyarınca Merkez'in yetkisine ilişkin kabullerini yazılı iradeleri ile bildirecekleri için yetkisizlik hâlinin hakem kararının iptaline sebebiyet verememesi doğaldır²⁰. Bununla birlikte, yetkili hakem veya hakem heyetinin yetkisini aşması ise ICSID m. 52/I-b'de açıkça düzenlenmiştir.

Esasen yatırım tahkimi ve devletler arasındaki uyuşmazlıkların tahkim yoluyla hâlli için hazırlanan söz konusu Sözleşme ve Tasarıların yanı sıra, milletlerarası ticarî tahkimin yeknesak bir çerçeveye oturtulması amacıyla hazırlanan, Milletlerarası Ticarî Tahkime İlişkin UNCITRAL Model Kanunu²¹'nda (*UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*) da, hakem kararının temel usûl kurallarından ciddî sapma yahut temel usûl kurallarına aykırılık nedeniyle iptal edilmesini öngören düzenlemeler bulunmaktadır (m. 34/II). Söz konusu düzenlemede yer alan, tarafa yeterince iddia ve savunma hakkı verilmemesini ifade eden “*taraplardan birine iddia ve savunma hakkının yeterince tanınmaması (the party.....unable to present his case)*” ve usûle aykırılığı ifade eden “*tahkim yargılamasının taraflar arasındaki tahkim anlaşmasına aykırı yürütülmesi (arbitral procedure was not in accordance with)*” hükümleri²², ICSID m. 52/I-d hükümleri ile benimsenen ilkelerin milletlerarası ticarî tahkim yargılaması açısından da benimsendiğini göstermektedir²³.

B. Temel Usûl Kuralından Ciddî Sapma

1. İptal Sebebinin Şartları

²⁰ Erkan, Mustafa. *Milletlerarası Tahkimde Yetki Sorunları*. Yetkin, Ankara, 2013, s. 225-226; Akıncı, Ziya. *Milletlerarası Tahkim*. 6. B., Vedat, İstanbul, 2021, s. 62; Şanlı, Cemal. *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*. 6. B., Beta, İstanbul, 2016, s. 537-538.

²¹ UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration için bkz. https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-09955_e_ebook.pdf, E. T.: 17.01.2025.

²² Doktrinde, bu hükümlerin, “*due process*” adı altında tarafların iddia ve savunmalarını sunması bakımından eşit muameleye tabi tutulmasına ve “*irregular procedure*” adı altında uyuşmazlığa uygulanacak tahkim kurallarının ve bir ölçüde tahkimin esasına uygulanacak hukukun ihlâline tekabül edeceği ifade edilmiştir. Bkz. van den Berg, Albert Jan. “Should the Setting Aside of the Arbitral Award be Abolished?.” *ICSID Review- Foreign Investment Law Journal*, Vol. 29, Is. 2, 2014, s. 267.

²³ Born, Gary B.. *International Arbitration Law: Law and Practise*. Wolters Kluwer, New York, 2012, s. 316. 1958 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine Dair New York Sözleşmesi'nde yer alan, taraflardan birinin iddia ve savunmalarını tahkim yargılaması esnasında hakem veya hakemlerden kaynaklı olarak sunamaması nedeniyle kararın tanınması ve tenfizinin reddedilmesi gerektiğini ifade eden m. 5/I-b hükmü ve doğal adaletin (*natural justice*) ve adil yargılanma şeklinde ifade edebileceğimiz “*due process*” ilkesinin ihlâlinin de kamu düzenine aykırılık gerekçesiyle hakem kararının tanınmasına ve tenfizine engel teşkil edeceğine ilişkin m. 5/II-b hükmü ICSID m. 52/I-d hükmü ile özdeşleştirilmiştir. Bkz. Kurkela, Matti S. / Turunen, Santtu. *Due Process in International Commercial Arbitration*. 2nd Ed., OUP, Oxford, 2010, s. 17. Yine aynı şekilde, 1961 tarihli Milletlerarası Ticarî Hakemlik Konusundaki Avrupa Sözleşmesi'nin “Hakem Kararlarının İptali” başlıklı 9. maddesinin 1. fıkrasının b bendinde, “iptal talebinde bulunan taraf hakemin tayininden veya hakem prosedüründen usûlü dairesinde haberdar edilmemiş yahut da diğer bir sebep yüzünden iddia ve müdafaa vasıtalarını ikame etmek imkânını elde edememiş ise” hakem kararının iptal edileceği kabul edilmiştir. Söz konusu Sözleşme'nin iptali düzenleyen 9. maddesi, 1958 tarihli Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine Dair New York Sözleşmesi'nin tanıma ve tenfizin reddini düzenleyen m. 6/I-b hükmü ile aynı hükmü içermektedir. Karayalçın, Yaşar. “Milletlerarası Tahkimde Muhakeme Usulü (Kavramlara ve Problemlere Genel Bir Bakış).” *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C. 19, S. 3, 1997-1998, s. 51.

Sözleşme'ye göre, bir hakem kararının temel usûl kurallarından ciddî bir şekilde sapılmasından dolayı iptal edilebilmesi için üç şartın bir arada bulunması gerekmektedir²⁴. Bu üç şarttan ilki, mevcut yargılamaya ilişkin uygulanması gereken temel nitelikte bir kuralın olması, ikincisi bu usûl kuralından bir sapmanın meydana gelmesi, sonuncusu ise temel nitelikte kabul edilen usûl kuralından sapmanın ciddiyet arz etmesi yani sonuca etkili olmasıdır²⁵. Zira, her usûl kuralına aykırılık, hakem kararının iptalini geciktirecek kadar ciddî olmayabilir yahut her usûl kuralı da temel usûl kuralı niteliği taşımayabilir²⁶. Usûl kuralının temel nitelikte olup olmadığı, her olayda, hakem veya hakem heyetince ayrıca değerlendirilmesi gereken bir husustur. Zira, temel usûl kuralı olduğu iptal talebinde bulunan tarafça ileri sürülen kural, bazen tarafın hukukî dinlenilme hakkının ihlâli sonucunu doğursa da aynı sonuç her zaman ortaya çıkmayabilir. ICSID m. 52/I-d kapsamında yapılan iptal başvurularının, ad hoc komitelerce iptal ile neticelendirilebilmesi için üç şartın birlikte mevcudiyetinin aranması, doktrinde Sözleşme'nin iptal için yüksek bir eşik belirlediği şeklinde yorumlanmıştır²⁷. Son olarak, iptal talep eden taraftan, sapıldığını iddia ettiği usûl kuralına uyulmuş olsaydı davayı kazanacağını veya davanın sonucunun farklı olacağını göstermesini talep etmenin, son

²⁴ Bishop, R. Doak/ Marchili, Silvia M.. *Annulment Under The ICSID Convention*. OUP, Oxford, 2012, s. 132

²⁵ Schreuer, Christoph H./ Malintoppi, Loretta / Reinisch, August/ Sinclair, Anthony. *The ICSID Convention: A Commentary*. 2nd Edition, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, s. 982; Torun, s. 134. "MINE" kararında, ad hoc komite, bu şartları değerlendirirken, "quantitative and qualitative criteria" tabirini kullanmış, yani bu şartların nitelik ve nicelik olarak muhakkak aranması gerektiğini ifade etmiştir. Bkz. Maritime International Nominees Establishment (MINE) v. Republic of Guinea, ICSID Case No. ARB/84/4, Decision of the ad hoc Annulment Committee ("MINE") (22.12.1989), p. 5.05. Bu üç şartın bir arada bulunması gerekliliği birçok kararda vurgulanmıştır. Bkz. Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia, ICSID Case No. ARB/81/1, Decision on the Applications for Annulment of the 1990 Award and the 1990 Supplemental Award (17.12.1992) ("Amco II"), p. 9.07; Wena Hotels Limited v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/98/4, Decision on Annulment (05.02.2002) ("WENA"), p. 56; CDC Group plc v. Republic of Seychelles, ICSID Case No. ARB/02/14, Decision on Annulment (29.06.2009) ("CDC"), p. 48; Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Republic of the Philippines, ICSID Case No. ARB/03/25, Decision on Annulment (23.12.2010) ("Fraport"), p. 180; OperaFund Eco-Invest SICAV PLC and Schwab Holding AG v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/15/36, Decision on Annulment (17.03.2023) ("OperaFund"), p. 562; Libananco Holdings Co. Ltd. v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/06/8, Decision on Annulment, (22.05.2013), p. 84; Venoklim Holding v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/12/22, Decision on Annulment, (22.02.2018), ("Venoklim"), p. 211. Aksi yönde bkz. WENA, p. 58. Bu kararda başvuruçunun, ihlal edildiği iddia edilen temel usûl kuralına uyulsaydı sonucun farklı olacağını, davayı kazanacağını göstermesinin gerekmediği, başvuruçunun "konunun karar üzerinde yaratabileceği etkiyi" göstermesi gerektiği belirtilmiştir.

²⁶ Uygulamada, iptal talebi önüne gelen ad hoc komitelerce, bütün ICSID kurallarının dahi temel nitelikte sayılamayacağı ve eğer bu kural temel nitelikte değilse bundan sapmanın iptal ile sonuçlanmaması gerektiği ifade edilmiştir. Bkz. Klöckner Industrie-Anlagen GmbH and others v. United Republic of Cameroon and Société Camerounaise des Engrais, ICSID Case ARB/81/2, Decision on the Application for Annulment submitted by Klöckner against the Arbitral Award rendered on October 21, 1983 (03.05.1985) ("Klöckner I"), p. 5.06.; MINE, p. 5.05-06. CDC, p. 48-49. Aynı yönde bkz. Diehl, Alexandra. *The Core Standard of International Investment Protection*. Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2012, s. 206; Caron, David. "Reputation and Reality in the ICSID Annulment Process: Understanding the Distinction Between Annulment and Appeal." *ICSID Review- Foreign Investment Law Journal*, Vol. 7, Is. 1, 1992, s. 42; Bottini, Gabriel. "Present and Future of ICSID Annulment: The Path to an Appellate Body?." *ICSID Review- Foreign Investment Law Journal*, Vol. 31, Is. 3, 2016, s. 723.

²⁷ Reisman, W. Michael. "Repairing ICSID's Control System: Some Comments on Aron Broches (Observation on the Finality of ICSID Awards)." *ICSID Review- Foreign Investment Law Journal*, Vol. 7, Is. 1, 1992, s. 204. Bishop/ Marchili, s. 132.

derece spekülâtif bir uygulama olduğu, *ad hoc* komitelerin, kendilerini hakemin/ hakem heyetinin yerine koymadan bu sonuçlardan herhangi birinin gerçekleşip gerçekleşmeyeceğini kesin olarak belirleyemeyeceği; bu durumun komitenin yetkisi dâhilinde olmadığı da ifade edilmektedir²⁸. Birçok kararda benimsenen bu yaklaşıma göre²⁹, *ad hoc* komitelerin belirleyeceği tek şey, hakemin/ hakem heyetinin temel bir usûl kuralına uymasının kararı potansiyel olarak etkileyip etkilemeyeceğidir.

2. Hukukî Dinlenilme Hakkı ve *Due Process* Kavramı

ICSID bünyesinde verilen hakem kararlarının temel bir usûl kuralından ciddi sapma nedeniyle iptalinin talep edildiği başvuruların özellikle beş başlık altında toplandığı görülmektedir. Bu başlıklar, tarafsızlık (*impartiality*), hukukî dinlenilme hakkı (*right to be heard*), delillerin etraflıca değerlendirilmesi (*deliberation*), ispat hakkı (*evidence and proof*) ve yargılamanın mâkul sürede sona erdirilmesi (*time limits*) olarak karşımıza çıkmaktadır³⁰. *Ad hoc* komitelerce verilen kısmî veya tam iptal kararlarına bakıldığında, yukarıda sayılan başlıklardan tarafsızlık, hukukî dinlenilme hakkı ve delillerin değerlendirilmesine dayanan iptal kararlarının verildiği görülmektedir.

İptal kararlarının genel olarak yukarıda sayılan başlıklar altında tasnifi mümkün iken, bu haklardan özellikle hukukî dinlenilme hakkının farklı bir yerde olduğunu söylemek mümkündür. Zira hukukî dinlenilme hakkı, yukarıda sayılan iptal sebeplerinden, delillerin etraflıca değerlendirilmesi (*deliberation*) ve ispat haklarını (*evidence and proof*) da bir üst başlık olarak bünyesinde barındırmaktadır³¹. Yine, bu hakların geniş anlamda adil yargılanma hakkı olarak tabir edilebilecek olan “*due process*” hakkı ile birlikte, ICSID Sözleşmesi m. 52/I-d’de ifade edilen temel usûl kuralı olarak kabul edilmesinin kaçınılmaz olduğu doktrinde ifade edilmiştir³². Bu hakların, yargılama

²⁸ TECO Guatemala Holdings, LLC v. Republic of Guatemala, ICSID Case No. ARB/10/23, Decision on Annulment (05.04. 2016) (“TECO I”), p. 85;

²⁹ Bkz. OperaFund, p. 562; MINE, p. 5.05. Amco II, p. 9.07; MINE, p. 4.06; Wena, p. 56; CDC, p. 48; Fraport, p. 180; Venoklim, p. 211.

³⁰ Schreuer/ Malintoppi/ Reinisch/ Sinclair, s. 911. Sayılan başlıkların yanı sıra, davalı tarafın, temsile ilişkin kuralların ihlâli iddiasıyla hakem kararının iptalini talep ettiği bir iptal sürecinde, *ad hoc* komite, tarafın iptal başvurusunda öne sürmüş olduğu “davacı konsorsiyumun davada temsili ve konsorsiyum ortaklarından birinin konsorsiyum adına yargılamayı yürütmesi” hususunun, tahkim yargılaması esnasında gözetilmediği iddiası üzerine, yargılama safhasındaki bazı maddî vakıaları göz önünde bulundurarak talebi reddetmiştir. *Ad hoc* komite, talebi reddetmekle birlikte, bir hakem kararının ancak maddî hukuka ilişkin sonuçlar bakımından amaçlanandan önemli ölçüde farklı sonuçlar doğurması hâlinde, m. 52/I-d hükmüne dayanılarak iptal edilebileceğine hükmetmiştir. Repsol YPF Ecuador S.A. v. Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador), ICSID Case No. ARB/01/10, Decision on Annulment (08.01.2007) (“Repsol”), p. 81.

³¹ Türk doktrinde Tanrıver hukukî dinlenilme hakkının unsurları olarak, bilgilendirilmeyi talep hakkı, açıklama ve ispat hakkı ve dikkate alınma hakkını saymaktadır. Bkz. Tanrıver, Süha. *Medenî Usûl Hukuku*. C. 1, 6. B., Yetkin, Ankara, 2024, s. 449 vd. Bu unsurlardan bilgilendirilmeyi talep hakkı, ICSID Sözleşmesi, ICSID Kurumsal Kurallar, ICSID Uzlaştırma Kuralları ve ICSID Tahkim Kuralları’nın birçok hükmünde de yer verilen usûlüne uygun tebligat hakkına, açıklama ve ispat hakkı, “*evidence and proof*” olarak tercüme edilebilecek ispat hakkına tekabül etmektedir. Delillerin etraflıca değerlendirilmesi olarak tercüme edilebilecek “*deliberation*” kavramı ise muhtevası itibarı ile dikkate alınma hakkı ile benzer bir yapı arz etmektedir.

³² Petrochilos, Georgios. *Procedural Law on International Arbitration*. OUP, Oxford, 2010, s. 254. Yazar, hukukî dinlenilme hakkı ile birlikte, ICSID hakem heyetinin yahut hakemin, davanın usûlüne uygun bir biçimde yürütülmesine ilişkin asgarî standartlara uymasının ve tarafların eşitliğini gözetmesinin iptale temel teşkil edebilecek

esnasında ihlâl edilmiş olmasının iptal müeyyidesine bağlanmış olmasının sebebi ise tahkim yargılamasının bütünlüğünü korumak olarak gösterilmiştir³³.

3. Türk Hukukundaki Yaklaşım

Türk hukukunda yargılamaya hâkim olan ilkeler Hukuk Muhakemeleri Kanunu³⁴,nın 24-33. maddeleri arasında düzenlenmiştir. ICSID Sözleşmesi m. 52/I-d kapsamında temel usûl kuralının öğeleri olan söz konusu başlıklar ise genel olarak “Hukuki Dinlenilme Hakkı” başlıklı HMK m. 27’de yer almıştır³⁵. HMK m. 27/II’de düzenlendiği üzere bu hak, “yargılama ile ilgili olarak bilgi sahibi olunmasını”, “açıklama ve ispat hakkını” ve “mahkemenin, açıklamaları dikkate alarak değerlendirmesini ve kararların somut ve açık olarak gerekçelendirilmesini” içermektedir³⁶. Yine,

başlıca temel usûl kurallarından olduğunu ifade etmektedir. Yazarın, tarafların eşitliği olarak ifade ettiği temel usûl kuralının *ad hoc* komitelerce tarafsızlık (*impartiality*) olarak adlandırılan iptal sebebinin bir alt başlığı olarak değerlendirilmesi yerinde olacaktır. Bkz. Klöckner I, p. 93-113.

³³ Bkz. Victor Pey Casado and President Allende Foundation v. Republic of Chile, ICSID Case No. ARB/98/2, Decision on the Application for Annulment of the Republic of Chile (December 18, 2012) (“Pey Casado I”), p. 72. Aynı yönde bkz. Bishop/Marchili, s. 129. Diehl, kurallara uygun bir yargılama ilkesine riayet etmenin sadece yargılamanın bütünlüğü açısından değil, milletlerarası tahkimin ihtiyaç duyduğu meşruiyetinin korunması bakımından da önemli bir esas olduğunu belirtmiştir. Bkz. Diehl, s. 206. ICSID Sözleşmesi m. 52/I-d ile kabul edilen ilkelerin, adil yargılanmanın teminatı olarak kabul edilmesi gerektiği yönünde bkz. Nadakavukaren Schefer, Krista. *International Investment Law*. Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2013, s. 446.

³⁴ 6100 S. ve 12.01.2011 t. Hukuk Muhakemeleri Kanunu için bkz. 27836 S. ve 04.02.2011 t. RG. Bundan sonra HMK olarak anılacaktır.

³⁵ Bu konuda ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Kuru, Baki. *Medenî Usûl Hukuku*. Legal, İstanbul, 2015, s. 214-215; Pekcanitez, Hakan/ Atalay, Oğuz/ Özekes, Muhammet. *Medenî Usûl Hukuku*. 12. B, Yetkin, Ankara, 2024, s. 201vd.; Tanrıver, s. 442 vd.

³⁶ Türk hukuku ve birçok hukuk sisteminde kabul edilen hukukî dinlenilme hakkı ve diğer iptal sebepleri, artık bir hukuk sitemine ait olmaktan ziyade, milletlerarası nitelik arz etmektedir. Yargılamanın adil yargılanma hakkına riayetini esas alan bu haklar (iptal sebepleri), millî hukuk sistemlerindeki düzenleniş biçimlerinden farklı olarak değerlendirilmelidirler. ICSID m. 52/I hükmünde sayılan iptal sebepleri, her ne kadar, ICSID Sözleşmesi’ne ya da 1958 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin New York Sözleşmesi’ne taraf devletlerin millî hukuklarında yer almış ve bu tür düzenlemelerdeki kurallarla benzerlik göstermiş olsa bile, herhangi bir millî hukuk esas alınmadan tayin edilmiştir ve bu iptal sebepleri bakımından sınırlı sayı (*numerus clausus*) ilkesi geçerlidir. İptal sebeplerinden herhangi birisinin ortaya çıkıp çıkmadığı, sadece ICSID Sözleşmesi hükümleri, ICSID Tahkim Kuralları, hakem heyeti ve hakem talimatları, taraflar arasındaki anlaşmalar ve milletlerarası hukukun genel ilkelerine göre tespit edilecektir. Petrochilos, s. 253-254. Adil bir yargılama için milletlerarası hukukta kabul edilen ilkelerin, herhangi bir millî hukuk sistemindeki hükümlerle çatışması hâlinde, milletlerarası hukuk ilkelerinin, bu kurallara karşı üstünlüğünün kabul edilmesi gerektiği ve söz konusu milletlerarası hukuk ilkelerinin ortaya çıkardığı asgarî koruma standardının, millî hukuk sistemlerinde olması muhtemel, ev sahibi devleti koruma amaçlı kuralları düzeltme görevi de gördüğü yönünde bkz. Kotuby Jr, Charles T.. “General Principles of Law, International Due Process, and the Modern Role of Private International Law.” *Duke Journal of Comparative and International Law*, Vol. 23, No. 3, 2013, s. 415. İptal sebepleri bakımından sınırlı sayı (*numerus clausus*) ilkesinin geçerli olduğu yönünde ayrıca bkz. Kim, Dohyun. “The Annulment Committee’s Role in Multiplying Inconsistency in ICSID Arbitration: The Need to Move Away From an Annulment-Based System.” *New York University Law Review*, Vol. 86, No. 1, 2011, s. 251. Doktrinde, iptal sebeplerinin ciddi hatalarla sınırlandırılmasının, ICSID m. 52/I-d’de düzenlenen iptal gerekçesinin ne kadar dar olduğunu gösterdiği, iptal başvurusuna gerekçe gösterilebilecek hatanın, tahkim yargılamasının adillğine mutlaka menfi anlamda etki etmesi gerektiği yönünde bkz. Nadakavukaren Schefer, s. 445. ICSID m. 52/I’de yer alan iptal sebeplerinin yapıları itibarıyla usûlî ve etik kaygılardan kaynaklandığı yönünde bkz. Lynch, Stephen T., “International Centre for the Settlement of Investment Disputes: Selected Case Studies.” *Maryland Journal of*

yabancılik unsuru taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği uyuşmazlıklar hakkında uygulanacak Milletlerarası Tahkim Kanunu³⁷’nda da genel olarak ICSID Sözleşmesi m. 52/I ve özel olarak da m. 52/I-d’dekine benzer hükümler bulmak mümkündür. Örneğin, ilgili Kanun’un m. 15/A-1-c hükmünde “*kararın tahkim süresi içinde verilmemesi*”, m. 15/A-1-e hükmünde “*hakem veya hakem kurulunun yetkisini aşması*” ve m. 15/A-1-g hükmünde ise tahkimde “ *tarafların eşitliği ilkesinin gözetilmemesinin*” iptal sebebi olduğu kabul edilmiştir. Bu bakımdan, UNCITRAL Model Kanunu ile büyük benzerlikler gösteren ICSID Sözleşmesi ile yine UNCITRAL Model Kanun mehzaz alınarak hazırlanan³⁸ MTK hükümleri arasında benzerlik bulunduğu ifade edilebilir.

Burada özellikle, m. 15/A-1-g hükmünde iptal sebebi olarak düzenlenen tarafların eşitliğinin gözetilmemesinin, bir temel usûl kuralından ciddî sapma olarak kabul edilebileceği, bu sapmanın da hukukî dinlenilme hakkının ihlâli sonucunu doğurduğu açıktır³⁹. Yine aynı Kanun’un, hakem kararlarının gerekçeli olması gerektiğini kabul eden, m. 14/A-2 hükmünün ihlâlinin, hukukî dinlenilme hakkının ihlâli sonucunu doğuracağı, doktrinde kabul edilmektedir⁴⁰.

4. ICSID İptal Kararlarında Hukukî Dinlenilme Hakkı

Hukukî dinlenilme hakkı, ICSID hakem kararlarında ve iptal süreçlerinde sıklıkla tartışma konusu yapılmış ve iptal başvurularını karara bağlamak üzere yetkilendirilen *ad hoc* komitelerce değerlendirilmiştir⁴¹. Örneğin WENA kararında *ad hoc* komitenin değerlendirmesi aşağıdaki gibi olmuştur:

“Temel usûl kurallarından ciddî bir şekilde sapılmasından dolayı hakem kararının iptal edilebilmesi, bir milletlerarası hukuk meselesi olarak, yargılamanın asgari standartlarına işaret etmektedir. Yargılamada, her tarafa bağımsız ve tarafsız bir hakem heyeti önünde hukukî dinlenilme hakkının tanınmış olması gerekir. Bu hak, tarafın iddia ve savunmasını, sahip olduğu delilleri serbestçe sunarak yapabilmesini içerir. Bu temel hak, her tarafın, diğer tarafça ileri sürülebilecek

International Law, Vol. 7, No. 2, 1982, s. 312; Temel usûl kurallarından ciddî bir biçimde sapılmasının, çeşitli hukuk sistemleri bakımından farklılık göstereceği hususu, Sözleşme’nin hazırlık aşamasında da ileri sürülen bir itirazdır. Bu itiraza cevap olarak, Sözleşme ile birlikte hazırlanan Uzlaştırma ve Tahkim Kuralları (*Conciliation and Arbitration Rules*)’nda yer alan kuralların temel usûl kurallarının tespitinde yardımcı olabileceği belirtilmiştir. Tüm bu itirazlara yönelik olarak, temel usûl kuralı kavramının, Uzlaştırma ve Tahkim Kuralları’nda yer alan kurallardan daha fazlasını ifade ettiği, tüm tarafların dinlenmesine ve eşit imkânlarla delil ileri sürebilmesine ilişkin doğal adaletin kodifiye edilmemiş kuralları olarak anlaşılması gerektiği ifade edilmiştir. Bkz. History of ICSID Convention, Vol. II-1, “Summary Record of Proceedings, Bangkok Consultative Meetings of Legal Experts, April 27- May 1 1964.”, ICSID Publication, Washington, 2009, s. 478-480. Aynı yönde bkz. Schreuer/ Malintoppi/ Reinisch/ Sinclair, s. 980.

³⁷ 4686 S. ve 21.06.2001 t. Milletlerarası Tahkim Kanunu için bkz. 24453 S. ve 05.07.2001 t. RG. Bundan sonra MTK olarak anılacaktır.

³⁸ 4686 S. ve 21.06.2001 t. Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun genel gerekçesi ve madde gerekçeleri için bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/Yasama/KanunTeklifi/f72877bd-6c39-037b-e050-007f01005610>, E. T.: 18.01.2025.

³⁹ Özkes, Muhammet. *Medeni Usul Hukukunda Hukukî Dinlenilme Hakkı*. Yetkin, Ankara, 2003, s. 225.

⁴⁰ Kayalı, Didem. *Milletlerarası Ticarî Tahkimde Hakemlerin Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı*. Seçkin, Ankara 2015, s. 171; Kaplan, Yavuz, *Milletlerarası Tahkimde Usule Aykırılık*. Seçkin, Ankara, 2002, S. 159-160; Özkes, s. 225-226.

⁴¹ Total S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/04/1, Decision on Annulment (01.02.2016) (“Total”), p. 309; Amco II, p. 9.05-9.10; Klöckner I, p. 89-92; WENA, p. 57; CDC, p. 49; Fraport, p. 197; Pey Casado I, TECO I, p. 184. p. 261-271.

delil, iddia ve savunmaları yeterince cevaplayabilmesini temin eder."⁴²

Ad hoc komite, bu kararında, yukarıda sayılan tarafsızlık, hukukî dinlenilme hakkı ve ispat hakkına değinmekle birlikte, delillerin etraflıca değerlendirilmesi ve tarafların yargılamanın makûl sürede sona erdirilmesine ilişkin hakları bakımından bir değerlendirmede bulunmamıştır. Ancak *ad hoc* komitenin konuyu bir milletlerarası hukuk meselesi olarak değerlendirmesi ve usûl hukukunun taraflara sağlaması gereken asgarî milletlerarası standartlara sahip bir korumayı hedeflediğini belirtmesi, söz konusu temel usûl kurallarının neredeyse her hukuk sisteminde aynı şekilde değerlendirilmesi gereken kurallar olduğunu ortaya koymaktadır. Sayılan tarafsızlık, hukukî dinlenilme hakkı, ispat hakkı ve bu kararda anılmasa bile bağımsızlık ve yargılamanın makûl sürede sona erdirilmesi gibi hususlar bir arada değerlendirildiğinde, bu hususların bir yargılamanın adil yargılanma hakkına riayet eder şekilde yürütülmesine hizmet edeceği açıktır. Doktrinde de ICSID m. 52/I-d hükmünde yer alan temel usûl kuralının ihlâlinin iptal müeyyidesine bağlanmasının, yargılamanın bütünlüğünü ve adil şekilde yürütülmesini amaçladığı ifade edilmiştir⁴³.

WENA Hotels v. Egypt kararında milletlerarası koruma standartlarına vurgu yapan *ad hoc* komitenin yanı sıra, *Repsol YBF Ecuador, S.A. vs Empresa Estatal Petroleos del Ecuador* kararının iptali için teşekkül eden *ad hoc* komite de ICSID Sözleşmesi'nin İngilizce ve İspanyolca metinleri arasında tarafça iddia edilen bir anlam farklılığını 1969 tarihli Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi⁴⁴'nin "*İki veya daha fazla dilde tevsik edilmiş antlaşmaların yorumu*" başlıklı 33. maddesi uyarınca giderme çabasına girişmiştir. Kanaatimizce bu çaba ICSID'in konu bakımından sınırlı da olsa, milletlerarası bir yargılama makamı olduğunu ortaya koymaktadır.

Tarafların sundukları delillerin hakem veya hakemlerce etraflı bir biçimde değerlendirilmesi ilkesi ise "*Klöckner I*" kararında yetkili *ad hoc* komite tarafından, şu şekilde yorumlanmıştır:

"ICSID Sözleşmesi m. 52'de açıkça belirtilmemişse de delillerin hakemlerce etraflı bir biçimde değerlendirilmesi ihtiyacını, temel bir usûl kuralı olarak kabul etmek mümkündür. Bu değerlendirmenin taraflarca kolay anlaşılır ve aşikâr olmasının yanı sıra gerçek bir müzakere

⁴² WENA, p. 56. Ayrıca Bkz. MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. vs Republic of Chile, ICSID Case No ARB/01/07, Decision of Annulment, (21.03.2007), ("MTD"), p. 49; Petrochilos, s. 253. Yazar, temel usûl kuralları tabirinden, ICSID hakem heyetinin davanın yürütülmesine ilişkin asgârî standartlara riayet etmesinin, tarafların eşitliği ilkesinin ve hukukî dinlenilme hakkının anlaşılmasının kaçınılmaz bir çıkarım olduğunu ifade etmiştir. Yazara göre, bu kurallar ve onların temel kurallar olarak vasıflandırılmaları, birlikte değerlendirildiğinde iki şeye işaret etmektedir. Birincisi, ICSID Sözleşmesi ve ICSID Tahkim Kuralları'ndaki tüm kurallar "temel kurallar" olarak nitelendirilemez. İkincisi, davanın yürütülmesine ilişkin asgârî standartlara ilişkin kurallar, milletlerarası hukukun genel ilkelerinden alınmıştır. Yazara göre, her iki önerme de MINE davasında *ad hoc* komitenin verdiği karar ile teyit edilmiştir.

⁴³ Bottini, s. 723. Yazar aynı zamanda, yargılama diğer unsurları ile adil bir biçimde yürütülse dahi temel usûl kuralı olarak nitelendirilebilecek bir kuralın yargılama esnasında ihlâlinin, hakem kararının iptaline haklı bir gerekçe teşkil edeceğini ifade etmiştir.

⁴⁴ Sözleşme'nin metni için bkz. <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201155/volume-1155-I-18232-English.pdf>, E.T.: 18.01.2025.

sonucunda ortaya çıkması da önemlidir.”⁴⁵

Bunlara ek olarak tarafsızlık başlığının doğrudan, yargılamanın mâkul sürede sona erdirilmesi başlığının ise usûl ekonomisi ilkesi altında yer alması nedeniyle dolaylı olarak adil yargılanma hakkı kapsamında değerlendirilmesinin mümkün olduğu kanaatindeyiz.

Temel usûl kurallarından ciddî sapma hâlinin, bir hakem kararının iptaline sebebiyet verebilmesi için hem usûl kuralının temel olması hem de bu temel usûl kuralından sapmanın ciddiyet arz etmesi ve sonuca etkili olması gerekmektedir. Yukarıda da belirtildiği üzere⁴⁶, MINE kararında *ad hoc* komite, bu üç şartın nitelik ve nicelik açısından birlikte arandığı bir kriter ortaya koymuştur: Temel usûl kuralından ciddî sapma, önem arz etmeli ve taraflardan en az birini bu temel usûl kuralı ile sağlanması amaçlanan menfaat veya korumadan mahrum bırakmalıdır⁴⁷. Ayrıca temel usûl kurallarından ciddî sapma hâlinin hakem kararının iptaline sebebiyet verebilmesi için bu sapmanın önem arz etmesi ve tarafların yaşadığı mahrumiyetin, karar metnine yansması şarttır⁴⁸.

Burada *ad hoc* komite tarafından kullanılan nicelik kriterinden kastedilenin, söz konusu temel usûl kuralından ciddî sapma hâlinin taraflardan en az birisini etkilemesi olduğunu, nitelik kriterinden kastedilenin ise bu sapma hâlinin önem arz edecek boyutta tehlike arz etmesi olduğunu anlıyoruz.

⁴⁵ Klöckner I, p. 84.

⁴⁶ Bkz. Dn. 22.

⁴⁷ MINE, p. 5.05.

⁴⁸ Reed, Lucy/ Paulsson, Jan/ Blackaby, Nigel. *Guide to ICSID Arbitration*. 2nd Ed., Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2011, s. 164-165. Vivendi davasında, *ad hoc* komite, ICSID Sözleşmesi m. 52/I-d hükmünde usûl kuralı kavramı ile açıkça kastedilenin, kararın hüküm fıkrası bölümünde yer alan hususlar değil, hakem veya hakem heyetince yargılama esnasında, yargılamanın ilerleme biçimi olduğunu belirtmiştir. Bkz. Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/97/3, Decision on Annulment (July 3, 2002) (“Vivendi I”), p. 83. Vivendi davasında, iptal talebinde bulunan davacı, hakem heyetinin taraflara önceden haber vermeksizin karar verdiğini ve karar açıklanmadan önce iddia ve savunmalarını sunabilmek için yeterli imkân bulamadıklarını ve bu nedenle kararın iptal edilmesi gerektiğini ileri sürmüştür. *Ad hoc* komite, taraflara iddia ve savunmalarını sunabilmeleri için tam, adil ve eşit imkânların tanındığını, tahkikat aşamasının sona erdiğini, kararın tahkikatın tamamlanmasından sonra hangi zamanda verildiğinin hukukî dinlenilme hakkının ihlâline ve dolayısıyla iptale sebebiyet vermeyeceğini belirterek talebi reddetmiştir. *Ad hoc* komite, tarafların kararın duyurulmadan yahut beklenmeden verilmesi iddiasına ilişkin olarak, heyetin davanın birbiri ile çatışan unsurlarını bir arada değerlendirerek uyumsuzluğu ortadan kaldırmaya yönelik girişimlerinin, davanın taraflarına ya da bu taraflardan en az birine sürpriz olmaması gerektiği yaklaşımının doğru kabul edilebileceğini, ancak heyetin, halihazırda tüm iddia, savunma ve itirazları ve hatta duruşma dışı bildirimleri de dikkate alarak karar verdiğini, bu nedenle iptale yer olmadığına hükmetmiştir. Söz konusu karar, iptal talebinde bulunan taraf olan Vivendi’nin avukatlığını yürüten Stanimir ALEXANDROV tarafından, şu şekilde değerlendirilmiştir: “*Ad hoc komite, m. 52/I-d’de düzenlenen iptal gerekçesinin, geniş şekilde kullanılmasını dizginlemiş, başvurularda gerçek ve ciddî usûl hatalarına dayanmaları gerektiğini tembihlemiştir. Komite, hakem heyetinin ulaştığı sonuç her ne kadar beklenmese de davada gerçekleşen durumun tarafları dinlenilme haklarından mahrum bırakmadığını belirtmiştir.*” bkz. Alexandrov, Stanimir A.. “The Vivendi Annulment Decision and the Lessons for Future ICSID Arbitrations-The Applicant’s Perspective.”, *Annulment of ICSID Awards*, Eds. Gaillard, Emmanuel/ Banifatemi, Yas., Juris, New York, 2004, s. 118. Temel usûl kuralından ciddî sapma nedeniyle, hakem kararının iptal edilebilmesi için bu sapmanın karar üzerinde maddî bir etkiye (*material impact/effect*) sahip olması bir diğer deyişle ciddiyet arz eden, önemli ve sonuca etkili mahiyette olması gerektiği yönünde bkz. WENA, p. 58; Repsol, p. 81; CDC, p. 49; Fraport, p. 246.

Ancak hem doktrinde ileri sürülen görüşler hem de iptal taleplerini karara bağlayan *ad hoc* komitelerin yaptığı değerlendirmeler göz önüne alındığında, ICSID hakem kararlarının iptali için şartların nitelik ve nicelik bakımından bir arada bulunması gerekliliğini anlatmak için kullanılan “*nicelik ve nitelik kriteri*” tabirinin geçerli olsa da eksik olduğu kanaatini taşımaktayız. Zira, iptal için söz konusu şartların nitelik ve nicelik anlamında aranmasının yanı sıra, bu şartların birbirinden ayrılmaz şekilde birlikte gerçekleşmesi şartının da arandığı görülmektedir. Bu nedenle, bu birbirini tamamlama hâlini de belirtir şekilde, “*cumulative, quantitative and qualitative criteria*” yani “*birbirini tamamlar hâlde nicelik ve nitelik kriteri*” tabirinin daha yerinde olacağı kanaatindeyiz. Yine bununla birlikte, kararı veren hakem heyeti veya hakemin, riayet etmekle yükümlü olduğu hâlde ciddî şekilde saptığı iddia edilen temel usûl kuralının, daha önce de belirtildiği üzere, temel bir kural olarak değerlendirilmesi de önemlidir. Örneğin, bir tahkim yargılamasında, hukukî dinlenilme hakkının ihlâli olarak değerlendirilebilecek bir husus (tarafra delil sunma imkânının sağlanmaması) ile yargılama sonucuna etkisi olmayacak bir tebligat meselesi aynı şekilde değerlendirilemez⁴⁹. Kanaatimizce, tarafların hukukî dinlenilme haklarını ihlâl edecek hatalar doğal olarak, hakem kararının iptalini gerektirecektir. Ancak yukarıda da ifade edildiği üzere hem kuralın hem de bu kuralın ihlalinin ciddî olması gerekmektedir. Bununla birlikte iptal bakımından bir ilke daha özellikle göz önünde bulundurulmalıdır. Bu ise usûl ekonomisi ilkesidir. Zira, özellikle uyuşmazlık konusu malvarlığı veya yatırım değerlerinin büyüklüğü nedeniyle, tarafların da ciddî yargılama masrafları altına girdiği yatırım tahkiminde, nihaî kararın kesinleşmesinin gecikmesi, tüm taraflar açısından da geri dönülemeyecek sonuçlara yol açabilir.

II. TEMEL USÛL KURALINDAN CİDDÎ SAPMANIN HAKEM KARARININ İPTALİNİ GEREKTİRDİĞİ HÂLLER

A. Genel Olarak

ICSID hakem kararlarının, Sözleşme’nin m. 52/I-d hükmünde düzenlenen gerekçeyle iptal edilebilmesi, genel olarak adil yargılanma hakkı olarak ifade edebileceğimiz “*due process*” kavramı ile ilişkilidir. Bununla birlikte konunun anlaşılabilmesi için iptale neden olabilecek hâllerin, uygulamadaki örnekler ile ayrı ayrı tetkik edilmesi, *ad hoc* komitelerin konuya ilişkin yaklaşımları doğrultusunda, hangi kuralların temel usûl kuralı niteliği taşıdığının tespit edilmesi, hangi hâllerde bu kurallardan sapıldığının ortaya konması ve bu sapmanın hangi hâllerde iptale sebebiyet vereceğinin tespiti gereklidir. Bu anlamda, söz konusu kararların, *ad hoc* komitelerin kararlarına yansıma biçimi ve doktrindeki görüşler doğrultusunda yapılan tasnife uygun olarak, hakem veya heyetinin tarafsız davranmaması, delillerin etraflıca değerlendirilmesi ilkesinin ihlâli, tarafların ispat hakkına riayet edilmemesi ve yargılamanın makûl sürede sona erdirilmemesi başlıkları altında değerlendirilmesi yerinde olacaktır.

⁴⁹ Burada tebligat meselesinden kastedilen doğal olarak, tarafların hukukî dinlenilme haklarını kullanmalarına engel olabilecek usûlsüz tebligat hâlleri değil, örneğin yargılamayı yürüten heyete herhangi bir nedenle yeni bir hakemin dâhil olması ve taraflara bu durumun tebliğ edilmemiş olması gibi hâllerdir. Aynı yönde bkz. Fernandez-Armesto, Juan. “Different Systems for the Annulment of Investment Awards.” *ICSID Review- Foreign Investment Law Journal*, Vol. 26, Is. I, 2011, s. 138.

B. Hakem veya Hakem Heyetinin Tarafsız Davranmaması (*Impartiality*)

Milletlerarası tahkim hukukunda hakemlerin tarafsızlığı ve bağımsızlığı, tarafların adil bir yargılamaya ve nihayetinde karar vasıtasıyla objektif gerçekliğe erişimleri bakımından oldukça önemlidir. Zira, genel olarak milletlerarası yatırım tahkiminde ve özellikle de ICSID tahkim yargılamasında, taraflar için en önemli husus, tarafsızlıktır⁵⁰. Yatırımcıların, ev sahibi devletlerle yaşayabilecekleri muhtemel yatırım uyuşmazlıklarının çözümü için ev sahibi devlet mahkemelerine yahut ev sahibi devlet ülkesinin tahkim yeri (*seat of arbitration*) olarak belirlendiği bir tahkim yargılamasına güven duymaması da milletlerarası tahkime başvurulmasına, ICSID sisteminin ortaya çıkmasına ve ICSID'in yatırım tahkimi anlamında en önemli merkez hâline gelmesine sebebiyet vermiştir. Bu durum, yani, yatırımcıların başvurabileceği bir milletlerarası yatırım tahkimi merkezinin varlığı, aynı zamanda, yatırımcılar ve devletler arasında akdedilecek yatırım sözleşmelerinde ev sahibi devlete göre zayıf âkit olarak nitelendirilebilecek yatırımcılar için de kuvvetli bir koruma mekanizmasının da ortaya çıkmasına yardımcı olmuştur. Bununla birlikte ifade etmek gerekir ki, ICSID tahkim uygulamasında, davacı taraf her zaman yatırımcı olmamaktadır, zira bazen ev sahibi devletler de ICSID tahkim uygulamasında, davacı konumunda görülebilmektedir⁵¹. Ev sahibi devletlerin davacı olarak yer aldıkları yatırım uyuşmazlıklarına konu ettikleri zarar iddialarının, bu devletlerin vatandaşları açısından telafi edilmesi mecbur olan bir kamu alacağına ve dolayısıyla kamu yararına işaret ettiği de gözden kaçırılmamalıdır. Bu bakımdan, milletlerarası yatırım tahkiminde tarafsızlık, kanaatimizce, milletlerarası ticarî tahkimdeki anlamından daha büyük bir önem taşımaktadır⁵².

ICSID tahkiminde hakemin/hakem heyetinin tarafsızlığına veya başka bir deyişle tarafsızlık ilkesinin ihlâl edildiğine ilişkin itirazlara, iptal başvurularında yer verilmiş ve bu itirazlar yetkili *ad hoc* komitelerce değerlendirilmiştir⁵³.

ICSID tahkim yargılamasında, bir hakem kararının tarafsızlık ilkesinin ihlâli nedeniyle iptali ilk kez 1983 yılında istenmiştir⁵⁴. Söz konusu davada iptal talebinde bulunan davacı KLÖCKNER şirketi, tahkim yargılaması esnasında, hakem heyetinin kendisine karşı sistematik bir şekilde “*hasmane tutum*” sergilediğini, bu durumun “*açık bir tarafsızlık ihlâlini*” ortaya koyduğunu ve kararın bu nedenle iptal edilmesi gerektiğini ileri sürmüştür⁵⁵. *Ad hoc* komite, başvurucunun bu iddiasının özellikle heyete karşı yaptığı sözlü başvurularda ileri sürdüğü iddiaların kabul

⁵⁰ Redfern, Alan/ Hunter, Martin/ Blackaby, Nigel/ Partasides, Constantine. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. OUP, Oxford, 2009, s. 1; Kurkela / Turunen, s. 107; Born, s. 323; Kayalı, s. 27.

⁵¹ Bkz. Rumeli Telekom A.Ş. and Telsim Mobil Telekomünikasyon Hizmetleri A.Ş. v. Republic of Kazakhstan, ICSID Case No. ARB/05/16, Decision of the ad hoc Committee, (March 25, 2010) ("Rumeli").

⁵² Tarafsızlığın, milletlerarası tahkim yargılaması bakımından büyük önemi haiz olduğu ancak ICSID tahkim yargılaması bakımından da daha da önemli olduğu hususu, KLÖCKNER davasında *ad hoc* komite tarafından da ifade edilmiştir. İlgili iptal kararındaki değerlendirme şu şekildedir; “Hakemin tarafsızlığı temel ve olmazsa olmaz bir gereksinimdir. Bu konudaki herhangi bir eksiklik, tarafsızlığın ihlâline ilişkin herhangi bir işaret, ICSID Sözleşmesi m. 52/I-d hükmü gereğince, iptal sebebi olarak kabul edilmelidir. Bu husus, tüm tahkim yargılamaları bakımından geçerlidir, ancak özellikle ICSID tahkim yargılaması bakımından hayati bir önemi haizdir. Bkz. Klöckner I, p. 95.

⁵³ Bkz. Klöckner I, p. 95; WENA, p. 57; CDC, p. 51-55.

⁵⁴ Bkz. Klöckner I, p. 93.

⁵⁵ Klöckner I, p. 93.

edilmemesinden kaynaklandığını belirtmiştir⁵⁶. Bununla birlikte, *ad hoc* komite, heyetin değerlendirmelerinin tarafsızlığını ortaya koyduğunu ve başvurucunun iddialarının yersiz olduğunu değerlendirmiştir⁵⁷. Başvurucunun itirazının, hakem heyetinin ve dolayısıyla kararın itibarına gölge düşürmeye yönelik bir faaliyet olduğu değerlendirilmiş ve tarafsızlığın ihlali iddiasının ancak “*açık, şiddetli ve karara etkili*” bir biçimde gerçekleşmesi hâlinde, iptale sebebiyet vereceğini ifade etmiştir⁵⁸. Ancak *ad hoc* komite aynı zamanda, karara yönelik bir eleştiri de getirmiş, kararın anlatım biçiminin hatalı olduğu kanaatine ulaşmış, başvurucunun tarafsızlığa ilişkin düşünce ve şüphelerinin de bu anlatım biçiminden kaynaklandığı sonucuna varmıştır⁵⁹. Buna benzer bir durum, ilgili kararın başka iptal gerekçeleri (ICSID Sözleşmesi m. 52/I-e) ile iptal edilmesinin ardından uyuşmazlığı çözmek üzere görevlendirilen ikinci heyetin verdiği karara karşı davalı Kamerun Cumhuriyeti’nin açtığı iptal davasında da karşımıza çıkmaktadır⁶⁰. İkinci iptal davasında, başvuru Kamerun Cumhuriyeti, ilk tahkim yargılamasında, hakemlik yapan kişilerden birinin, iptal başvurusuna konu olan son yargılamada, KLÖCKNER şirketinin avukatlığını yürütmesinin, tarafsızlık ihlali olduğunu bu nedenle, temel usûl kurallarından ciddi sapmanın meydana geldiğini ileri sürmüştür. *Ad hoc* komite, bu talebin değerlendirilebilir olduğunu kabul etmekle birlikte, söz konusu hakemin, tarafsızlık ilkesini ihlâl edecek bir hareketine rastlanmadığı, Kamerun Cumhuriyeti’nin bu iddiasını somut vakıalarla ispatlayamadığı ve nihayetinde iddia edilen tarafsızlık ihlâlinin, kararın iptalini gerektirecek şekilde sonuca etkili olmadığı gerekçeleriyle bu iptal talebini reddetmiştir⁶¹.

ICSID bünyesinde görüşülen bir başka iptal davası olan *AMCO* davasındaki karara karşı ise başvuru Endonezya Cumhuriyeti tarafından itiraz edilmiş, hakem heyetinin, tahkim yargılaması esnasında tarafsız davranmadığı iddiası ileri sürülmüş, bu durumun temel bir usûl kuralından ciddi sapma meydana getirdiği için iptali gerektirdiği iddia edilmiştir⁶². *AMCO* davasında, davacı şirket olan AMCO, uyuşmazlık konusu yatırımın miktarına ilişkin öne sürdüğü iddiaları ispat edebilmek için davalı Endonezya Cumhuriyeti’nin belgelerine erişim izni istemiş, hakem heyeti bu talebi kabul etmiştir. Bunun üzerine, Endonezya Cumhuriyeti iptal davasında, “*hakem heyetinin bu uygulamasının, adeta ispat yükünün taraflar arasında paylaştırılması anlamına geldiğini, bu durumun ise hakem heyetinin tarafsızlığına gölge düşürdüğünü, bu nedenle de temel usûl kurallarından ciddi sapmanın meydana geldiğini*” ileri sürmüştür. *Ad hoc* komite, heyetin yargılama esnasında, yatırım miktarının tespitine ilişkin hesaplamalar yaparken bu konuyu etraflıca tartıştığını

⁵⁶ Schreuer/ Malintoppi/ Reinisch/ Sinclair, s. 984.

⁵⁷ Klöckner I, p. 111.

⁵⁸ Klöckner I, p. 95.

⁵⁹ *Ad hoc* komite, her ne kadar başvurucunun iptale ilişkin iddialarını iptal için yeterli görmese de kararın anlatım biçiminin hatalı oluşuna ilişkin, bir İngiliz atasözüne atıfta bulunmuş, sadece adaletin gerçekleşmesinin yetmeyeceğini, aynı zamanda bunun açıkça görülebilir bir şekilde gerçekleşmesinin gerektiğini (*It is not enough that justice done, it must be seen manifestly to be done*) belirtmiştir. Yine, aynı kararda, zaman sınırlaması tehdidi altında olmayan hakem heyetlerinin, kararın yazımında daha dikkatli olmaları gerektiği ve değerlendirmelerini daha titiz bir biçimde yapmaları gerektiği ifade edilmiştir. Bkz. Klöckner I, p. 112.

⁶⁰ Klöckner Industrie-Anlagen GmbH and others v. United Republic of Cameroon and Société Camerounaise des Engrais, ICSID Case No. ARB/81/2, Second *ad hoc* Committee Decision on Annulment (17.05.1990) (“Klöckner II”), p. 6.01.

⁶¹ Klöckner II, p. 6.40-6.41.

⁶² Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia, ICSID Case No. ARB/81/1, Decision on Annulment (16.05.1986) (“Amco I”).

ve tartışma konusu yapılan önemli miktarda mal varlığı değerini hariç tutarak hesaplama yaptığını, bu durumun ise Endonezya Cumhuriyeti'nin iddialarını çürüttüğünü belirterek, iptal talebini reddetmiştir⁶³. Burada karşımıza çıkan husus, aslında bir bakıma, karar verilirken temel usûl kuralından sapma meydana gelse bile, bu sapmanın karara etki eden bir yönünün bulunmaması hâlinde, yani sapmanın ciddiyet arz etmediği durumlarda, iptalin söz konusu olmadığıdır. Ancak bu karar, diğer bazı iptal sebepleri (ICSID Sözleşmesi m. 52/I-a ve m. 52/I-e) gerekçe gösterilerek iptal edilmiştir.

Endonezya Cumhuriyeti, iptal sonrasında, tahkim yargılamasını yürütmesi için oluşturulan ikinci hakem heyetinin de delilleri “*dengesiz bir üslupla ele alarak, temel sayılabilecek bir usûl kuralından yani tarafsızlık ilkesinden saptığını*” iddia etmiştir. Endonezya Cumhuriyeti'ne göre, ikinci heyet, Endonezya Cumhuriyeti'nin usûle riayet etmediği hususları özellikle vurgularken, AMCO şirketinin yargılamadaki hatalarını ve usûle aykırı davranışlarını dikkate almamış yahut bunlara az ilgi göstermiştir. İkinci kez iptal incelemesini yapmakla görevlendirilen *ad hoc* komite, bu iddiayı reddetmiştir. Komite, ret kararına gerekçe olarak, ikinci heyetin, delil değerlendirmesi ve yargılamayı kendisine tanınan yetkileri çerçevesinde, kısa ve öz bir biçimde ve hatta ince bir sanatçılık eseri şeklinde yaptığını belirtmiş, tarafça öne sürülen iptal gerekçesinin başka diğer sebeplerle açıklanması ve desteklenmesi hâlinde iptale sebep olabileceğini söylemiştir⁶⁴. Endonezya Cumhuriyeti'nin iptal başvurusuna konu ettiği bir diğer itirazı da AMCO şirketinin, ikinci heyetin verdiği nihai kararın ardından yaptığı ek karar başvurusu ile ilgilidir. Endonezya Cumhuriyeti, AMCO şirketinin ek karar talebi sonrasında, bu talebe karşı itirazlarını sunabilmek için kendisine tanınan zamanın uzatılmasını talep etmiş, ancak kendisine ek süre tanınmamıştır. Ayrıca Endonezya Cumhuriyeti, ikinci heyetin başhakemine gönderdiği 14.08.1990 tarihli mektupta, AMCO şirketinin ek karar talebinde yer alan hususların, heyetin yetkisi dışında olduğunu belirtmiştir⁶⁵. *Ad hoc* komite, ICSID Tahkim Kuralları'nın m. 49/IV hükmü gereğince, tarafların iddia ve savunmaları için ek süreye ihtiyaç duyduğu durumlarda, tarafa tanınan zamanın uzatılabileceğini, bu sürenin tanınmamasının, temel bir usûl kuralından ciddi sapmaya tekabül edeceğine hükmederek, söz konusu ek kararı iptal etmiştir. *Ad hoc* komite, ek karar bakımından, ICSID Tahkim Kuralları'nın m. 49/4 hükmünün emredici (*mandatory*) nitelikte bir kural olduğunu⁶⁶, bu kuralın ihlâlinin taraf eşitliği ilkesi ile bağdaşmayacağını, bu nedenle başvuruçunun bu kural ile temini amaçlanan koruma menfaatinden mahrum edildiği kanaatine ulaşmıştır⁶⁷.

“*CDC Group Plc vs Republic of the Seychelles*” davasında ise davalı Seyşeller Cumhuriyeti, yargılamayı yapan hakemin⁶⁸ hatalı ve yersiz uygulamalarda bulunduğunu, bu nedenle, tarafsız

⁶³ Amco I, p. 90.1. Ayrıca *ad hoc* komite, davacı AMCO şirketinin yatırımlarının kamulaştırıldığını, şirketin kamulaştırılan alandan kamu gücü ile çıkarıldığını ve kamulaştırılan alanda bulunan yatırıma ilişkin kayıtlarının zayi olma riskinin bulunduğunu belirtmiş, bu durumun ise Endonezya Cumhuriyeti'nin bu noktadaki itirazlarını anlamsız hâle getirdiği kanaatine ulaşmıştır.

⁶⁴ Amco II, p. 7.53.

⁶⁵ Amco II, p. 9.05.

⁶⁶ Amco II, p. 9.08.

⁶⁷ Amco II, p. 9.10.

⁶⁸ Söz konusu tahkim yargılamasında tarafların mutabakatı üzerine tek hakem görev yapmıştır, kararda da bu duruma binaen diğer kararlarda kullanılan “*tribunal*” kavramı yerine “*sole arbitrator*” kavramı kullanılmıştır.

olarak değerlendirilemeyeceğini, kararın da taraflı bir nitelik arz ettiğini, bu durumun aynı zamanda ICSID Sözleşmesi m. 52/I-a hükmünde düzenlenen, “*heyetin uygun bir şekilde oluşmaması*” hususu ile ilgili iptal sebebini de ortaya çıkardığını, kararın bu iki fıkra hükmü gereğince iptal edilebilir olduğunu iddia etmiştir. *Ad hoc* komite bu iddiaya karşılık olarak, yargılamaya ilişkin kayıtların tekrar gözden geçirildiğini belirterek hakemin önyargısız ve tarafsız bir şekilde yargılamayı yürüttüğü, hakemin uygulamalarının tamamen uygun olduğu ve uyuşmazlığın titizlikle incelenerek karara bağlandığı kanaatine ulaşmış, iptal talebini reddetmiştir⁶⁹. Ayrıca *ad hoc* komite, iptal talebinde bulunan tarafın, ICSID Sözleşmesi m. 57 ve ICSID Tahkim Kuralları m. 9 uyarınca, ön inceleme duruşmasından önce hakemin reddi müessesesine başvurmamış olmasını, bu iptal talebinin reddinde gerekçe olarak göstermiştir⁷⁰.

C. Delillerin Etraflıca Değerlendirilmesi İlkesinin İhlâli (*Deliberation*)

Milletlerarası tahkim yargılamasında, yargılamanın sağlıklı ve adilane bir biçimde yürütülebilmesi için taraflarca sunulan delillerin, hakem veya hakemlerce etraflıca değerlendirilmesi, sunulan her delilin üzerinde fikir yürütülerek, müspet ya da menfî etkisinin karara yansıtılması gerekmektedir. Delillerin etraflıca değerlendirilmesi bir diğer ifade ile delillerin ciddî şekilde müzakere edilerek karara yansıtılması, milletlerarası tahkim terminolojisinde, “*deliberation*” terimi ile ifade edilmektedir⁷¹. Yani bir delil karara esas teşkil etmese, delil olarak kabul edilmese dahi bu delilin neden kabul edilmediği, karara delili sunan taraf lehine neden bir etki yapmadığı açıkça belirtilmelidir. Bununla birlikte, eğer karar oy çokluğu ile alınmışsa, muhalefet şerhleri de karara eklenmeli, dava evrakı içerisine girmiş tüm delillerin, taraflarca ileri sürülmüş tüm iddia ve savunmaların ve hatta hakem veya hakem heyetinin re’sen tespit ettiği vakıaların da karar verilirken göz önünde bulundurulduğunu gösteren müzakereler kararda yer bulmalıdır.

ICSID tahkiminde delillerin hakem/hakem heyeti tarafından etraflıca değerlendirilmemiş olması nedeniyle hakem kararının usûle aykırı verildiği ve bu nedenle karar verilirken temel bir usûl kuralından ciddi anlamda sapıldığı yönündeki itirazlara iptal başvurularında yer verilmiş ve bu itirazlar yetkili *ad hoc* komitelerce değerlendirilmiştir⁷².

Milletlerarası ticarî tahkim uygulamasında ve ICSID Tahkim Kuralları m. 33 ve m. 34 hükümleri gereğince ICSID tahkim uygulamasında da delillerin değerlendirilmesi safhası,

⁶⁹ CDC Group plc v. Republic of the Seychelles, ICSID Case No. ARB/02/14, Decision of the ad hoc Committee on the Application for Annulment of the Republic of Seychelles (29.06.2005) (“CDC 2005”), p. 54.

⁷⁰ CDC 2005, p. 53.

⁷¹ Milletlerarası tahkim yargılamasında, taraflarca sunulan tüm delillerin kural olarak hakem veya hakem heyetince kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Bkz. Kaplan, s. 145. Ancak delillerin hakem veya hakem heyeti tarafından, hakem veya hakem heyetince bir iddia ya da savunmanın ispatında kullanıp kullanılamayacağı, yani caiz (geçerli) delil olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği tamamen başka bir konudur. Bu müessese, milletlerarası tahkim hukuku terminolojisinde “delillerin kabul edilebilirliği” (*admissibility*) terimi ile ifade edilmektedir. Bkz. Aygül, Musa. *Milletlerarası Ticarî Tahkimde Tahkim Usûlüne Uygulanacak Hukuk ve Deliller*. On İki Levha, İstanbul, 2014, s. 399-400.

⁷² Bkz. Daimler Financial Services A.G. v. Republic of Argentina, ICSID Case No. ARB/05/1, Decision on Annulment, (07.06.2015) (“Daimler”), p. 297-303; Total S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/04/1, Decision on Annulment (01.02.2016) (“Total”), p. 309, 314; Klöckner I, p. 84; Iberdrola, p. 105; Venoklim, p. 219.

yargılamanın en önemli safhalarından biridir⁷³. Zira, tahkim yargılamasında esas olarak, delillerin kabul edilebilirliği noktasında bir serbestî olduğu göz önünde bulundurulacak olursa, taraflarca ikame edilen ve hakem veya hakem heyetince kabul edilen delillerin nasıl bir usûlle değerlendirileceği, nasıl bir işlemten geçtikten sonra, kararın meşruiyetine ve hukukîliğine gerekçe teşkil edeceği, oldukça önem arz eden bir husustur. Bu anlamda, delillerin etraflıca değerlendirilmesinin yani hakem veya hakem heyetince yeterince müzakere edildikten sonra, karara gerekçe teşkil etmesinin hem maddî hem de manevî sonuçları olduğu söylenebilir. Bu sonuçlardan maddî olan tarafı, ortaya objektif gerçekliği çıkaran bir karar verilmesinde delillerin temel rol oynamasıdır. Manevî olan tarafı ise kararın meşruiyetini bu deliller ve onların etraflıca değerlendirilmesinden, esaslı bir şekilde müzakere edilmesinden almasıdır. Bu neden ve sonuçlar bir arada değerlendirildiğinde, delillerin hakem veya hakem heyetince etraflıca değerlendirilmesinin, deliller üzerinde esaslı müzakerenin, gerçek anlamda bir temel usûl kuralına tekabül ettiği rahatlıkla ifade edilebilir.

ICSID hakem kararlarının, delillerin etraflıca değerlendirilmemesi iddiasıyla temel usûl kuralından ciddi sapma başlığı altında iptal istemine konu olması ilk olarak “*KLÖCKNER vs. Cameroon*” davasında karşımıza çıkmaktadır. İptal talebinde bulunan davacı KLÖCKNER şirketi, hakem heyetinin delilleri yeterince değerlendirmedeğini, hakemlerin delillere ilişkin değerlendirmelerinin ve dolayısıyla muhalefet şerhlerinin, hakem kararına yansıtılmadığını, oy çokluğu ile verilen kararda, karar ile muhalefet şerhi arasında göz ardı edilemeyecek çapta büyük bir tutarsızlık olduğunu, bu durumun karar ile muhalefet şerhinin karşılaştırılması durumunda görülebileceğini ileri sürmüştür⁷⁴. *Ad hoc* komite, KLÖCKNER şirketinin, müzakerelerde ciddi eksikliğe ilişkin iddiasının önemli bir mesele olduğunu, hakemler arasında delillere ilişkin müzakerenin temel bir usûl kuralına işaret ettiğini ifade etmiştir. *Ad hoc* komite ayrıca bu müzakerelerin sadece görünürde değil, gerçek anlamda yapılması gerektiği hususunun üzerinde durmuştur. Ancak ICSID Tahkim Kuralları m. 15 hükmü gereğince, gizli yürütülmesi zorunlu olan müzakerelerin ciddiyetinin ve gerçekliğinin seviyesine ilişkin tespitin oldukça güç olduğu, eğer bu duruma ilişkin bir eksiklik olduğu iddia edilerek kararın iptali isteniyorsa, bu durumda ispat külfetinin iptal talebinde bulunan tarafa ait olduğu, davacı başvurusunun ise bu durumu etkili bir biçimde ispat edemediği kanaatine ulaşılmıştır. Bu nedenle, *ad hoc* komite, kararın bu yönüyle iptale elverişli olmadığına hükmetmiştir.

Delillerin etraflıca değerlendirilmediği ve ciddi müzakere eksikliği gerekçeleri ile iptal isteminin söz konusu olduğu bir diğer dava da CDC şirketi ve Seyşeller Cumhuriyeti arasında cereyan etmiştir. Seyşeller Cumhuriyeti, iptal talebinde “*yargılamayı yapan hakemin, delilleri etraflıca değerlendirmedeğini*”, “*uyuşmazlık konusu ile ilgisi az olan konuları değerlendirdiğini*” ve “*uyuşmazlıkla daha yakından ilgili olan konuları değerlendirmede başarısız olduğunu*”, bu nedenle kararın gerekçelerinde açık çelişkiler bulunduğunu ifade etmiştir. İlgili devlet bu durumun, hakemlere, “*heyete sunulan tüm olayları değerlendirme ve karara temel alınan gerekçeleri*” belirtme

⁷³ Aygül, s. 407-408. Yazar, milletlerarası tahkim uygulamasında, delillerin kabul edilebilirliği noktasında bağlayıcı kuralların bulunmamasından dolayı, hakemlerin tüm delilleri kabul etme eğilimi içinde olduğunu bu nedenle, delillerin kabul edilebilirliğinden (*admissibility of evidences*) ziyade, delillerin değerlendirilmesinin (*evaluation of evidences, deliberation*) daha büyük bir önem arz ettiğini ifade etmektedir.

⁷⁴ Klöckner I, p. 84.

görevi yükleyen ICSID Sözleşmesi m. 48/III hükmüne aykırılık teşkil ettiğini belirterek kararın iptal edilmesini talep etmiştir. Ayrıca Seyşeller Cumhuriyeti, hakemin kararı ile delillere ilişkin değerlendirmeleri arasında uyumsuzluk olduğunu, değerlendirmelerin karar ile çeliştiğini iddia etmiştir. *Ad hoc* komite, bu iddiaların ancak ICSID Sözleşmesi m. 52/I-e hükmünde düzenlenen “kararın dayandığı gerekçelerin belirtilmemesi” şeklindeki iptal sebebinin kapsamına girebileceğini, bu nedenle kararın delillerin etraflıca değerlendirilmemesi ve dolayısıyla temel usûl kuralında ciddi sapma nedeniyle iptaline yer olmadığına hükmetmiştir⁷⁵.

D. Tarafların İspat Hakkına Riayet Edilmemesi (*Evidence and proof*)

Tahkim yargılamasında tarafların ileri sürdükleri vakıalara ilişkin ispat hakkı, esasen yargılamanın iç meselesi olarak görülebilecek bir hak olmakla birlikte, yargılamanın belki de en önemli unsurunu teşkil etmektedir. Zira, hakem veya hakem heyetince taraflara eşitlik ilkesine göre muamele edilmesinin yolu, taraflara ispat hakkının eşit oranlarda tanınmasından ve tarafların gerçek anlamda eşit imkânlarla sahip olmasından geçmektedir⁷⁶. Yine, tarafların ispat hakkını usûlünce kullanmadığı bir tahkim yargılamasında, davaya ilişkin delillerin etraflıca değerlendirilebilmesi ve ciddi müzakere edilebilmesi de mümkün değildir. Bu bakımdan ispat hakkının tarafların eşitliği ilkesiyle de ilişkili olduğunu ifade etmek mümkündür. Anılan nedenlerle, tarafların ispat hakkı, ICSID Sözleşmesi m. 52/I-d kapsamında incelenen başlıklar arasında ayrı ve önemli bir yere sahiptir.

Bu hak ICSID kararlarında özellikle “*treatment of evidence*” ve “*burden of proof*” başlıkları altında anılmış ve birçok iptal yargılamasında değerlendirilmiştir⁷⁷. Hakkın bünyesinde tarafların hem varlığı uyumsuzluk konusu olan vakıalara ilişkin delil sunabilmesi (*present an evidence*) hem de taraflardan biri tarafından sunulan delilere karşı, diğer tarafın karşı delil ileri sürebilmesi (*rebuttal*) bulunmaktadır⁷⁸. Bu hakkın, taraflara tanınması ise doktrinde usûl hukukunun özü olarak değerlendirilmiştir⁷⁹.

ICSID tahkim yargılamasında, ispat hakkının temel bir usûl kuralı olduğundan hareketle, bu hakkın kullanımına ilişkin aykırılıkların iptal gerekçesi olarak ileri sürüldüğü muhtelif davalar olmuştur. Bunlardan ilki, KLÖCKNER şirketi ile Kamerun Cumhuriyeti arasındaki yatırım uyumsuzluğuna ilişkin verilen ilk hakem kararına karşı yapılan iptal başvurusunda karşımıza çıkmaktadır. Davacı KLÖCKNER şirketi, davalı Kamerun Cumhuriyeti’nin son duruşmada ciddi miktarda belgeyi dosyaya sunduğunu ve hakem heyeti tarafından “*kendisine bu belgeleri değerlendirip cevap verebilmesi için yeterince süre tanınmadığı*” iddiasında bulunmuş, kararın temel usûl kuralından ciddi sapma nedeniyle iptal edilmesini istemiştir. *Ad hoc* komite, kararın bu yönüyle iptal edilebilir bir nitelik arz edebileceğini kabul etmekle birlikte, “*davacıya yargılamanın her aşamasında iddia ve savunmalarını sunma imkânının tanındığı*” tespiti ile bu durumun temel bir usûl

⁷⁵ CDC 2005, p. 58.

⁷⁶ Amco I, p. 87-88; Iberdrola, p. 105; Total, p. 309, 314.

⁷⁷ Amco I, p. 90-91; Klöckner II, p. 6.80; Wena, p. 59-61; Iberdrola, p. 105; Total, p. 309, 314.

⁷⁸ O’malley, Nathan. *Rules of Evidence in International Arbitration: An Annotated Guide*. Routledge, London, 2012, s. 77.

⁷⁹ Özkes, s. 124, dn. 124. Milletlerarası ticarî tahkim uygulamasında, tarafların hukukî dinlenilme hakkı ve ispat hakkına ilişkin bkz. Aygül, s. 120 vd.

kuralından ciddî sapma nedeniyle hakem kararının iptali için yeterli olmadığını belirterek iptal talebini reddetmiştir⁸⁰. Ancak doktrinde⁸¹, karar her ne kadar iptal edilmese de davacının bu talebinin kabul edilebilir bulunduğu komite tarafından beyan edilmesi eleştirilmiştir. Bununla birlikte, iptal talebinde bulunan tarafın, diğer tarafın heyete bu belgeleri sunduğu esnada, herhangi bir itirazda bulunmaması ve bu durumu karar aleyhine çıktıktan sonra iptal davasında öne sürmek için beklemesi iyi niyetli bir davranış olarak yorumlanmamıştır.

FRAPORT şirketi ile Filipinler Cumhuriyeti arasındaki yatırım uyuşmazlığı nedeniyle görülen davada ise davalının, tahkikat aşamasının resmen tamamlanmasından sonra, davacının haberi olmaksızın hakem heyetine 1900 sayfalık bir belge sunması ve yargılamayı yapan heyetin kararını verirken bu belgeye yoğun şekilde dayanmış olması nedeniyle hakem kararı iptal edilmiştir. İptal kararında, taraflardan herhangi birinin iddialarını rahatlıkla sunabilmesinin, adil yargılama ilkesinin temel gereksinimlerinden biri olduğu, bu ilkenin unsurlarının da silahların eşitliği ilkesi ve tarafların yargılamaya usûle uygun bir biçimde ortak katılımı olduğu belirtilmiştir⁸².

ENRON şirketi ve Arjantin Cumhuriyeti arasındaki yatırım uyuşmazlığına ilişkin yapılan tahkim yargılaması sonucunda verilen kararda ise davalı ve iptal talebinde bulunan Arjantin Cumhuriyeti, tahkim yargılamasında, Arjantinli eski bir hükümet görevlisinin tanık olarak dinlenilmesinin, sır saklama yükümlülüğünün ihlâlüne sebebiyet verdiğini ve bu tanık ifadesinin delil olarak kabul edilmesinin, temel usûl kurallarından ciddî sapma teşkil ettiğini bu nedenle kararın iptal edilmesi gerektiğini iddia etmiştir. İptal talebi önüne gelen *ad hoc* komite, ciddî sapmanın temeli olarak gösterilen olayın, Arjantin mahkemelerinde yargılama konusu olduğunu ve yapılan yargılama neticesinde, tahkim yargılamasında tanıklık yapan eski hükümet görevlisinin sır saklama yükümlülüğünü ihlâl ettiğine dair herhangi bir karar verilmediğine ve heyetin tanık ifadesini bu mahkeme kararını da gözeterek delil olarak kabul ettiğine dikkat çekmiştir⁸³. Bununla birlikte *ad hoc* komite, Arjantin Cumhuriyeti'nin vatandaşı olan tanığın yurtdışına çıkmasını engelleyerek, duruşmalara katılma imkânı vermemesinin, ICSID Sözleşmesi m. 21 ve 22 hükümlerine aykırılık teşkil ettiğine hükmetmiştir⁸⁴. Ayrıca *ad hoc* komite, tanığın sonraki aşamada daha önce tanık ifadesi vermiş olmasına rağmen tanıklıktan çekilmiş olduğunu bildirmesi nedeniyle, söz konusu tanık ifadesinin karara etki eden bir tarafı bulunmadığını ifade etmiştir.

⁸⁰ Klöckner I, p. 87.

⁸¹ Reisman, W. Michael. "The Breakdown of the Control Mechanism in ICSID Arbitration." *Duke Law Journal*, Vol. 38, No. 4, 1989, s. 769-770. Aynı yönde bkz. Bishop/Marchili, s. 137.

⁸² Fraport, p. 133; O'malley, s. 197. Yazar, bu ilkenin emredici ve vazgeçilmesi mümkün olmayan bir hukukî ilkeye tekabül ettiğini ifade etmiş ve kararın haklı olduğunu ifade etmiştir.

⁸³ Doktrinde, tanıklık yapacak kişi ile taraflardan biri arasında çıkar çatışması bulunması durumunda, tarafın tanığın dinlenmemesi dinlense dahi ifadelerinin sahih nitelikte olmadığı yönündeki itirazlarının hakem heyetlerince kabul görmediği/görmeyeceği belirtilmiştir. Bu duruma örnek olarak da Libananco Holdings Co. Limited ve Türkiye Cumhuriyeti arasındaki yatırım uyuşmazlığına ilişkin verilen hakem kararında, heyetin buna benzer bir durumda verdiği karar gösterilmektedir. Bkz. Aygöl, s. 233, dn 526, O'malley, s. 108, dn. 8.

⁸⁴ Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/3, Decision on the Application for Annulment of the Argentine Republic (30.07.2010) ("Enron"), p. 174-177; Doktrinde, bir tarafın tanık deliline başvurusu ve diğer tarafın bu tanığın dinlenmesini engelleme faaliyetlerinin tespit edilmesi hâlinde, heyetin tanığın duruşmada dinlenmesini gerek görmeden, yazılı ifadesini dikkate alabileceği belirtilmiştir. Bkz. O'malley, s. 130-131.

ENRON davasında Arjantin Cumhuriyeti ayrıca layihalar safhası tamamlandıktan sonra, davacının bir uzman görüşü ibraz ettiğini, tahkim yargılamasının ilk aşamasında kararlaştırıldığı üzere tarafların delil ibrazına ilişkin anlaşıklarını, bu durumun temel usûl kuralından ciddî sapma hâlini meydana getirdiğini ileri sürmüştür. *Ad hoc* komite, tarafların ek delil sunmasının, bu delilden diğer tarafın haberinin olması kaydıyla mümkün olduğunu, ayrıca hakem heyetinin her zaman taraflardan mevcut delillerinin açıklanmasına yönelik olarak ek veya yeni deliller (*further evidence, additional evidence*) isteyebileceğini belirtmiştir⁸⁵. *Ad hoc* komite, taraflardan birinin sunduğu uzman görüşüne karşı, diğer tarafın bu görüşe ilişkin gözden geçirme ve yorum yapma hakkı bulunduğunu kabul etmekle birlikte, Arjantin Cumhuriyeti'nin bu rapordan haberdar olmasına rağmen, buna ilişkin herhangi bir itiraz öne sürmemesini yahut heyete başvurmamasını ya da bu başvuruyu yapmak için ek süreye ihtiyaç duyuyorsa bunu heyete bildirmemesini, temel usûl kuralından ciddî sapma hâlinin oluşmasının önündeki bir engel olarak değerlendirmiştir. *Ad hoc* komite, ayrıca bu işlemin, taraflar arasındaki anlaşmaya aykırılık teşkil etmediğini ifade etmiş, bu gerekçelerle ve işlemin herhangi şekilde temel usûl kuralından ciddî sapma hâline sebebiyet vermediğinden bahisle, iptal talebini reddetmiştir⁸⁶. Bu ret kararı, doktrinde taraf iradeleri ile meydana getirilen delil sözleşmesinin ihlâlinin hakem kararının iptalini gerektirmesine rağmen söz konusu usûle aykırılığın *ad hoc* komite tarafından gözetilmediği gerekçesi ile eleştirilmiştir⁸⁷.

CDC şirketi ile Seyşeller Cumhuriyeti ile arasındaki yatırım uyuşmazlığına ilişkin verilen hakem kararına karşı yapılan iptal başvurusunda da ispat hakkına riayet edilmediğinden bahisle temel usûl kuralından ciddî sapma iddiası gündeme getirilmiştir. İptal talebinde bulunan davalı Seyşeller Cumhuriyeti, yargılamayı yapan hakeme sunduğu tanık ifadelerine karşı, davacının herhangi bir tanık ifadesi sunmadığını, bu nedenle, hakemin, sunulan ifadelerin delil niteliğinin ve doğruluklarının kabulüne mecbur olduğunu iddia etmiştir. Seyşeller Cumhuriyeti, hakemin delillere ilişkin kuralları ihlâl ederek, temel usûl kurallarından ciddî anlamda saptığını, bu nedenle kararın iptal edilmesi gerektiğini savunmuştur. *Ad hoc* komite, başvuru Seyşeller Cumhuriyeti'nin, davacının tanıklara yaptığı çapraz sorguyu ve çapraz sorguya ilişkin tutanağı hakeme sunduğunu görmezden geldiğini ifade ederek, davacının davalının sunduğu tanık deliline (*testimonial evidence*) karşı aynı türden delil sunma yükümlülüğü bulunmadığını (*non-testimonial evidence*) belirtmiş, vakıanın temel usûl kuralından ciddî sapma nedeniyle iptal için yeterli olmadığı kanaatine vararak, talebi reddetmiştir⁸⁸.

E. Yargılamanın Makûl Sürede Sona Erdirilmemesi (*Time limits*)

ICSID tahkim yargılamasında, temel usûl kuralından ciddî sapma sayılabilecek bir diğer sebep

⁸⁵ Doktrinde, tahkim yargılamasını yürüten hakem heyetinin, şartların gerektirmesi hâlinde, diğer tarafa yeni bir delil sunma imkânı vermeksizin, tarafın daha önce sunduğu delillerde varsa müphem kalan noktaların aydınlatılabilmesi için bu delilin sahibi olan tarafa yeni bir delil sunma imkânı verebileceği kabul edilmektedir. Bkz. O'malley, s. 74.

⁸⁶ Enron, p. 192.

⁸⁷ Schreuer, Christoph. "From ICSID Annulment to Appeal- Half Way Down the Slippery Role", *The Law and Practise of International Courts and Tribunals*, Vol. 10, 2011, s. 221. Yazar, irade muhtariyeti (*party autonomy*) ilkesinin de temel bir usûl kuralı olduğunu, irade muhtariyeti ile meydana getirilen taraflar arasındaki delil sözleşmesinin ihlâlinin de temel usûl kuralından ciddî sapma hâlini ortaya çıkaracağını savunmaktadır.

⁸⁸ CDC 2005, p. 61.

de yargılamanın makûl süre içinde sona erdirilmemesi olarak gösterilmektedir⁸⁹. Ancak yargılamanın makûl süre içinde sona erdirilmemesinin, ICSID Sözleşmesi m. 52/I-d kapsamında, iptal sebebi olarak değerlendirilebilmesi için iptal talep eden tarafın, bu gecikmeden kaynaklanan zararını, *ad hoc* komiteye gösterebilmesi gerekmektedir. Yani, yukarıda da defaeten belirtildiği üzere, temel usûl kuralından ciddî sapmanın, sonuca etkili olması gerekmektedir.

ICSID Sözleşmesi'nde tahkim yargılamanın hangi süre içerisinde tamamlanması gerektiği ve hakem kararının ne zaman taraflara tebliğ edileceğine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak ICSID Tahkim Kuralları'nın "*Kararın Hazırlanması*" başlıklı m. 46 hükmü ile hakem kararının tahkikatın tamamlanmasından sonra 120 gün içerisinde, şahsi görüşler ve muhalefet şerhini de içerir şekilde yazılacağı ve imzalanacağı kabul edilmiştir. Yine, bu hüküm ile hakeme veya hakem heyetine, kararın yazımı için 60 günlük bir ek süre kullanma hakkı tanınmıştır.

ICSID hakem kararlarının, yargılamanın makûl süre içinde sona erdirilmemesi nedeniyle iptali, diğer başlıklara göre nadiren başvurulmuş bir başlıktır. Bugüne kadar sadece, iki⁹⁰ iptal davasında bu sebebe dayanılmış, ancak kararların hiç birisinde bu gerekçe kabul görmemiştir. "*CDC Group Plc vs Republic of the Seychelles*"⁹¹ davasında, davalı Seyşeller Cumhuriyeti, hakem kararının süresi içinde verilmediğinden bahisle, temel bir usûl kuralından ciddî sapmanın meydana geldiğini ileri sürmüştür. Davalı Seyşeller Cumhuriyeti, hakem kararının normalde tahkikat aşamasının tamamlanmasından itibaren 120 gün içerisinde açıklanması gerektiğini fakat kararın, 23.07.2003 tarihinde tamamlanan tahkikat aşamasından 147 gün sonra, yani 17.12.2003 tarihinde açıklandığını, süre aşımının gerçekleştiğini, bu nedenle iptalin gerektiğini savunmuştur. *Ad hoc* komite, davalının bu talebini değerlendirirken, ICSID Tahkim Kuralları m. 46 ile hakeme tanınan 60 günlük ek süre kullanma hakkına değinmiş, bununla birlikte tarafların tahkikatın tamamlanmasından sonraki süreçte 2003 yılının Ekim ayına kadar geçen zaman diliminde hakem ile resmî yazışmalar yaptıklarını, tahkikat aşamasının fiilen bu tarihte tamamlandığını, bu nedenle iptal sebebinin yerinde olmadığına hükmederek, iptal talebini reddetmiştir. Bununla birlikte, *ad hoc* komite, bir an için davalının süreye ilişkin itirazı kabul edilseydi dahi kararın iptal edilmeyeceğini belirtmiştir. Zira, davalı, iddia ettiği gecikmeden ötürü nasıl bir zarara uğradığını gösteren herhangi bir delili *ad hoc* komiteye sunamamıştır. Yani, *ad hoc* komitenin karardan anlaşılacağı üzere, ICSID tahkim yargılamasında hakem veya hakem heyetinin, ICSID Tahkim Kuralları m. 46 ile kendisine tanınan 60 günlük ek süre dâhil toplam 180 günlük süre geçtikten sonra kararını vermesi hâlinde dahi bu durum doğrudan iptale sebebiyet veremeyecektir. Ancak bu sürenin her halükârda, kabul edilemez gecikme seviyesine ulaşmaması gerekir⁹².

SONUÇ

Milletlerarası yatırım tahkiminde ve çalışmanın konusu olması hasebiyle ICSID tahkiminde, taraflara, adil bir yargılamayı taahhüt edebilmek amacıyla, ihdas edilen iptal sebepleri, sadece bu

⁸⁹ Schreuer/ Malintoppi/ Reinisch/ Sinclair, s. 994.

⁹⁰ CDC 2005, Libananco (Kararın söz konusu kısımları yayınlanmamıştır.)

⁹¹ CDC 2005, p. 62-65.

⁹² Bishop/Marchili, s. 143.

alandan değil, milletlerarası ticarî tahkim uygulamasında da kabul görmüş, Milletler Cemiyeti tarafından hazırlanan 1930 tasarısından bu yana milletlerarası tahkim hukukunun ayrılmaz bir parçası hâline gelmiştir. Ancak milletlerarası ticarî tahkim yargılamasında, tahkimin her halükârda millî bir hukuk sistemine (*lex arbitri*) ihtiyaç duyması ve bu millî hukuk sistemlerinin hakem kararları için birbirine benzer olsa da sonuç olarak birbirinden farklı iptal sebepleri ihtiva etmesi nedeniyle, tüm dünya çapında yeknesaklaşmış bir iptal başvurusu değerlendirme sisteminin oluştuğunu söylemek mümkün değildir⁹³. Milletlerarası ticarî tahkim hukukunun bu durumu karşısında, ICSID tahkimi açısından kabul edilen belirli ve yeknesak iptal sebeplerinin, ICSID tahkimi açısından önemli bir üstünlük ortaya çıkardığı kanaatindeyiz.

Özel olarak bakıldığında ise ICSID Sözleşmesi'nde m. 52/I-d hükmü ile temel usûl kurallarından ciddi sapma nedeniyle hakem kararının iptalinin düzenlenmiş olması, ICSID tahkim uygulamasının adillğine ve güvenilirliğine vurgu yapan bir unsur olarak karşımıza çıkmaktadır. Tarafların hakem veya hakem heyetince eşit muameleye tâbi tutulması, hakem veya heyetlerinin tarafların delil ve karşı delil ikame etme haklarına riayet etmesi, taraflarca sunulan delillerin hakem veya hakem heyetlerince üzerinde etraflıca müzakere edildikten sonra karara esas teşkil etmesi ve yargılamanın makûl bir süre içinde tamamlanması, hukukî dinlenilme hakkı ve dolayısıyla adil yargılanma hakkının teminat altına alınması anlamına gelmektedir.

Söz konusu ilkelerin, iptal başvurularını karara bağlamak için görevlendirilmiş *ad hoc* komitelerce, üzerinde ittifak edildiği üzere, kolay olarak nitelendirilebilecek iptalleri engelleyecek biçimde değerlendirilmesi, nitelik ve nicelik anlamında tamamlayıcı şartlara tâbi tutulması da hem iptal talebinde bulunan tarafın hem de diğer tarafın menfaatlerini koruyacak nitelikte, yüksek bir koruma eşiğinin tesis edilmesine hizmet etmiştir. Yine, bu ilkelerin, herhangi bir millî hukuk sistemine göre yapılmış vasıflandırmalara tâbi tutulmaksızın, milletlerarası hukukun genel ilkeleri kapsamında değerlendirilmesi de ICSID'in gerçek anlamda bir milletlerarası yargı makamı olarak kabul edilmesine yardımcı olacak niteliktedir. Bununla birlikte, *ad hoc* komitelerin, aksi kararlaştırılmadığı müddetçe usûle uygulamakla yükümlü oldukları ICSID Tahkim Kuralları'ndaki usûlî hükümlerin dahi genel ve toptancı bir bakışla, temel usûl kuralı olarak nitelendirilemeyeceğine ilişkin görüşleri de temel usûl kuralı kavramının her olay bakımından ayrı ayrı değerlendirilmeye muhtaç bir kavram olduğunu ortaya koymaktadır.

Tüm bu gerekçelerle, ICSID Sözleşmesi m. 52/I-d hükmü ile kabul edilen iptal sebebinin, ICSID Sözleşmesi m. 52/I hükmünde yer alan diğer iptal sebepleri ile birlikte, ICSID tahkiminin meşruiyetine hizmet eden en önemli müessese olduğunu ifade etmenin yerinde olacağı kanaatine ulaşmış bulunmaktayız.

⁹³ Bugün her ne kadar, birçok devletin milletlerarası tahkim mevzuatı için Milletlerarası Ticarî Tahkime İlişkin UNCITRAL Model Kanunu'nu esas aldığı ve bu Model Kanun'daki hükümleri iktibas ederek kendi mevzuatlarına dercettikleri yadsınamaz bir gerçek olsa da söz konusu düzenlemenin, bir Dünya Milletlerarası Tahkim Kanunu niteliğinde olduğunu söylemek henüz mümkün değildir.

KAYNAKÇA

- Akıncı, Ziya. *Milletlerarası Tahkim*. 6. B., Vedat, İstanbul, 2021.
- Alexandrov, Stanimir A.. “The Vivendi Annulment Decision and the Lessons for Future ICSID Arbitrations-The Applicant’s Perspective.” *Annulment of ICSID Awards*, Eds. Gaillard, Emmanuel/ Banifatemi, Yas., Juris, New York, 2004
- Aronson, Benjamin. “A New Framework for ICSID Annulment Jurisprudence: Rethinking the ‘Three Generations’.” *Vienna Journal on International Constitutional Law*, Vol. 6, Is. 3, 2012, s. 3-40.
- Ataman-Figanmeşe, İnci. “Milletlerarası Ticari Tahkim ile Yatırım Tahkimi Arasındaki Farklar.” *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, C. 31, S. 1, 2012, s. 91-152.
- Aygül, Musa. *Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkim Usûlüne Uygulanacak Hukuk ve Deliller*. On İki Levha, İstanbul, 2014.
- Ayhan İzmirli, Lâle. "Uluslararası Yatırım Hukukunda ‘Yatırım’ Kavramı", Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 8, S. 2, 2018, s. 89-131.
- Background Paper on Annulment For the Administrative Council of ICSID, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, Vol. 27, Is. 2, 2012.
- Başar, Ömer. “ICSID Hakem Kararlarının İptali.” *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, C. 39, S. 2, 2019, s. 585-607.
- Bishop, R. Doak/ Marchili, Silvia M.. *Annulment Under The ICSID Convention*. OUP, Oxford, 2012.
- Born, Gary B.. *International Arbitration Law: Law and Practise*. Wolters Kluwer, New York, 2012.
- Bottini, Gabriel. “Present and Future of ICSID Annulment: The Path to an Appellate Body?.” *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, Vol. 31, Is. 3, 2016, s. 717-727.
- Caron, David. “Reputation and Reality in the ICSID Annulment Process: Understanding the Distinction Between Annulment and Appeal.” *ICSID Review- Foreign Investment Law Journal*, Vol. 7, Is. 1, 1992, s. 21-56.
- Commentary on the Draft Convention on Arbitral Procedure Adopted by the International Law Commission at Fifth Session, New York 1955.
- Diehl, Alexandra. *The Core Standard of International Investment Protection*. Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2012.
- Ener, Mustafa Alper. *Uluslararası Yatırım Hukuku*. 2. B., Seçkin, Ankara, 2024.
- Erkan, Mustafa. *Milletlerarası Tahkimde Yetki Sorunları*. Yetkin, Ankara, 2013.
- Erten, Rifat. “ICSID Tahkimi”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C. 19, S. 4, 1998, s. 205-228.

- Erten, Rifat. *Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanununun Türk Yabancılar Hukuku Sistemi İçindeki Yeri ve Rolü*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2005
- Fernandez-Armesto, Juan. “Different Systems for the Annulment of Investment Awards.” *ICSID Review- Foreign Investment Law Journal*, Vol. 26, Is. 1, 2011, s. 128-146.
- History of ICSID Convention, Vol. II-1, “Summary Record of Proceedings, Bangkok Consultative Meetings of Legal Experts, April 27- May 1 1964”, Washington 2009.
- Kaplan, Yavuz. *Milletlerarası Tahkimde Usule Aykırılık*. Seçkin, Ankara, 2002.
- Karayalçın, Yaşar. “Milletlerarası Tahkimde Muhakeme Usulü (Kavramlara ve Problemlere Genel Bir Bakış).” *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C. 19, S. 3, 1997-1998, s. 3-52.
- Kayalı, Didem. *Milletlerarası Ticarî Tahkimde Hakemlerin Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı*. Seçkin, Ankara, 2015.
- Kim, Dohyun. “The Annulment Committee’s Role in Multiplying Inconsistency in ICSID Arbitration: The Need to Move Away From an Annulment-Based System.” *New York University Law Review*, Vol. 86, No. 1, 2011, s. 242-279.
- Kotuby Jr, Charles T.. “General Principles of Law, International Due Process, and the Modern Role of Private International Law.” *Duke Journal of Comparative and International Law*, Vol. 23, No. 3, 2013, s. 411-443.
- Kurkela, Matti S. / Turunen, Santtu. *Due Process in International Commercial Arbitration*. 2nd Ed., OUP, Oxford, 2010.
- Lynch, Stephen T.. “International Centre for the Settlement of Investment Disputes: Selected Case Studies.” *Maryland Journal of International Law*, Vol. 7, No. 2, 1982, s. 306-326.
- Nadakavukaren Schefer, Krista. *International Investment Law*. Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2013.
- O’malley, Nathan. *Rules of Evidence in International Arbitration: An Annotated Guide*. Routledge, London, 2012.
- Özekes, Muhammet. *Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı*. Yetkin, Ankara, 2003.
- Pekcanıtez, Hakan/ Atalay, Oğuz/ Özekes, Muhammet. *Medenî Usûl Hukuku*. 12. B., Yetkin, Ankara, 2024.
- Petrochilos, Georgios. *Procedural Law on International Arbitration*. OUP, Oxford, 2010.
- Pinsolle, Philip. “The Annulment of ICSID Arbitral Awards.” *The Journal of World Investment and Trade*, Vol. 1, Is.1, 2000, s. 243-257.

- Redfern, Alan/ Hunter, Martin/ Blackaby, Nigel/ Partasides, Constantine. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. OUP, Oxford, 2009.
- Reed, Lucy/ Paulsson, Jan/ Blackaby, Nigel. *Guide to ICSID Arbitration*. 2nd Ed., Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2011.
- Reisman, W. Michael. "Repairing ICSID's Control System: Some Comments on Aron Broches (Observation on the Finality of ICSID Awards)." *ICSID Review- Foreign Investment Law Journal*, Vol. 7, Is. 1, 1992, s. 196-211.
- Reisman, W. Michael. "The Breakdown of the Control Mechanism in ICSID Arbitration." *Duke Law Journal*, Vol. 38, No. 4, 1989, s. 739-807.
- Scelle, Georges. "Draft on Arbitral Procedure Adopted by Commission at Fifth Session Report." *Yearbook of the International Law Commission*, Vol. II, United Nations, New York 1958
- Schreuer, Christoph H./ Malintoppi, Loretta / Reinisch, August/ Sinclair, Anthony. *The ICSID Convention: A Commentary*. 2nd Edition, Cambridge University Press, Cambridge, 2009.
- Schreuer, Christoph. "From ICSID Annulment to Appeal- Half Way Down the Slippery Role." *The Law and Practise of International Courts and Tribunals*, Vol. 10, 2011, s. 211-225.
- Şanlı, Cemal. *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*. 6. B., Beta, İstanbul, 2016.
- Tanrıver, Süha. *Medenî Usûl Hukuku*. C. 1, 6. B., Yetkin, Ankara, 2024.
- Tiryakioğlu, Bilgin. *Doğrudan Yatırımların Uluslararası Hukukta Korunması*, Dayınlarlı, Ankara, 2003.
- Torun, Yalçın. *Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözüm Merkezi (ICSID) Hakem Kararlarına Karşı Hukuki Başvuru Yolları*. Seçkin, Ankara, 2011.
- van den Berg, Albert Jan. "Should the Setting Aside of the Arbitral Award be Abolished?." *ICSID Review- Foreign Investment Law Journal*, Vol. 29, Is. 2, 2014, s. 263-288.
- Verhoosel, Gâetan. "Annulment and Enforcement Review of Treaty Awards: To ICSID or Not to ICSID." *ICSID Review- Foreign Investment Law Journal*, Vol. 23, Is. 1, 2008, s. 119-154.

‘Kamu Yararı Anayasacılık’ ve Türkiye’de Anayasa

Abdulkadir YILDIZ^{1*} 

¹Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye

Makale Bilgisi

Makale Geçmişi

Geliş: 27.01.2025

Kabul: 27.03.2025

Yayın: 20.06.2025

Anahtar Kelimeleri:

Kamu Yararı

Anayasacılık, Anayasal

Değişim, Liberal

Anayasacılık, Türkiye’de

Anayasa Siyaseti.

ÖZET

Kamu yararı anayasacılık, klasik hukuk geleneğine dayanan bir anayasa hukuku teorisidir. Klasik hukuk geleneği, kamu yararı anayasacılığı hem felsefi hem de hukuki yönleriyle etkilemiştir. Buna göre hukuk üretimi (kanun yapımı ve yorumu) ortak yararı dikkate almalıdır. Bu bağlamda anayasal yorumun veya anayasal değişimin toplumun refahını ve kamu düzenini sağlama yönünde planlanması ve yürütülmesi gerekir.

Liberal anayasacılığın temel kurumlarıyla çatışma içerdiğinden kamu yararı anayasacılığın otoriter rejimlere yol açacağı savunulmuştur. Zira kamusal faaliyetlerin amacı bireyin özgürlüğü üzerinden değil, kamunun yararı üzerinden tespit edilmektedir. Kamu yararı ise klasik hukuk geleneğine dayandırılmakta ve kürtaj, eşcinsel birliktelikler gibi liberal öğretinin özgürlük kapsamına alma eğilimindeki başlıklara karşı çıkmaktadır. Öte yandan liberal demokrasilerin dünya genelinde gerilediği, popülist ve güvenlikçi politikaların rağbet gördüğü bilinen bir gerçektir. Bu aşamada liberal anayasacılığın modern sorunlarla baş edemediği, bu sebeple anayasa siyasetinin yeniden yorumlanması gerektiği savunulabilir. Anayasa, Türkiye’de de öteden beri tartışılan konuların başında geliyor. Bu tartışmalarda kamu yararı anayasacılık bir perspektif sunabilir.

‘Common Good Constitutionalism’ and Constitution in Türkiye

Article Info

Article History

Received: 27.01.2025

Accepted: 27.03.2025

Published: 20.06.2025

Keywords:

Common Good

Constitutionalism,

Constitutional Change,

Liberal

Constitutionalism,

Constitution Politics in

Türkiye.

ABSTRACT

The theory of common good constitutionalism is based on the classical legal tradition, which has influenced common good constitutionalism both philosophically and legally. According to this theory, lawmaking (including the creation and interpretation of laws) should be considered the common good. In this context, constitutional interpretation or constitutional reform should aim to ensure societal well-being and maintain public order.

Since it conflicts with the core institutions of liberal constitutionalism, some argue that common good constitutionalism could lead to authoritarian regimes. This is because the purpose of public activities is determined not by individual freedom but by the public good. Moreover, this approach draws upon traditional legal theory and opposes issues like abortion and same-sex partnerships, which liberalism tends



This article is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License (CC BY-NC 4.0)

to support as part of individual freedom. On the other hand, it is a known fact that liberal democracies are in decline globally, while populist and security-oriented policies are gaining popularity. At this stage, one might argue that liberal constitutionalism struggles to address modern issues, and thus, constitution politics need to be reinterpreted. In Türkiye, the constitution has long been a topic of debate. A perspective can be provided by common good constitutionalism on constitutional issues.

To cite this article:

Yıldız, A. (2025). “‘Kamu Yararı Anayasacılık’ ve Türkiye’de Anayasa”, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 8(1), s. 50-70. <https://doi.org/10.51120/NEUHFD.2025.146>

***Sorumlu Yazar:** Abdulkadir Yıldız, akadiryildiz@erbakan.edu.tr.

GİRİŞ

Anayasacılık; hukuk devleti, insan hakları ve çoğulcu demokrasi amaçlarıyla kendi kendini yaşatan bir sistem midir? 21. yüzyılda küresel riskler, güvenlik algısı, popülizm ve insan hakları ihlalleri birbiriyle yarışır şekilde anayasacılığın da yeniden sorgulanmasını gerektirdi. Öte yandan bir değerler sistemi olarak liberal anayasacılığın rasyonel toplum ve özgür birey vaadi/dayatması da ne kendi içinde Batı’da ne de Batı’nın ötekiyle ilişkisinde barış ve refah getirebildi¹. Bahsedilen çelişkiler anayasal idea ile anayasal realitenin ya da anayasa metni ile anayasa pratiği arasındaki farkın da açılmasına sebep oldu. O zaman ya realiteyi anayasaya aktararak anayasacılığı doğuran koşullardan büsbütün uzaklaşmak, ya da ortaya çıkış amacına uygun yeni bir yorumuyla anayasacılığı yaşatmak gerekir. Anayasacılıkla ilgili benzer tartışma, Türkiye’de de farklı yönleriyle yapılıyor. Bunların bir kısmı anayasal istikrar, yeni anayasa ve sivil anayasa gibi başlıklarda şekli anayasa kavramsallaştırması üzerinden, diğer kısmı ise denge-denetim, güçler ayrılığı, temel hak ve özgürlükler ve anayasal yozlaşma/dejenerasyon/erozyon olgusu yani maddi anayasa yaklaşımı üzerinden temellendiriliyor².

Geçmişte *sivil bir din*³ veya *sivil bir kutsal kitap*⁴ gibi görülen anayasanın din, ırk, renk gibi ayrımlar üzerindeki birleştiriciliği yani liberal/ulus devlet konsepti modern toplumun sosyoekonomik, teknolojik/bilimsel (internet çağı, yapay zekâ vs.) farklılaşması/katmanlaşması karşısında yetersiz kaldı. Bu sebeple anayasacılığın ve sosyal sözleşme fenomeninin yeniden yorumlanması gerekiyor. Aleksander Somek’in *kozmopolitan anayasa* şeklinde yaptığı, doktrinde de

¹ Kalın, İbrahim. *İslam Aydınlanma ve Gelecek*. İnsan, 2024, s. 11.

² Landau David / Dixon, Rosalind. “Abusive Judicial Review: Courts Against Democracy.” *Davis Law Review*, C. 53, S. 3, s. 1315. Ginsburg, Tom / Huq Aziz Z. *How To Save a Constitutional Democracy*. The University of Chicago Press, Chicago, 2018, s. 26. Özkan Güneş, Zeynep / Uzunpınar Çiğdem Serra “Hukukun Araçsallaştırılması Yoluyla Hukuk Devleti İlkesinde Aşınma, Avrupa Konseyi Ülkelerinden Deneyimler.” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 71, S. 2, 2022, s. 621.

³ Loughlin, Martin. *Against Constitutionalism*. Harvard University Press, 2022, s. 112.

⁴ Valguarnera, Filippo. “Judicial Policymaking in Sweden: A Comparative Perspective.” *Scandinavian studies in law*, C. 61, 2015, s. 188.

örneğin *sembolik anayasacılık* gibi farklı başlıklardaki kavramsallaştırmalar, normların siyasi birliği sağlayacak yönde yorumunu ifade etmek için kullanılıyor⁵. Kozmopolitan/sembolik anayasa(cılık) ile anayasacılığın geleneksel yorumu ve 21. yüzyılda modern toplumun siyasi birliğinin devamı için gerekli olan yorumun harmanlanması amaçlanıyor⁶. Türkiye’deki kazuistik anayasa ile benzer bir kavram da ‘anayasal mikroyönetim,’ (constitutional micromanagement) tanımıdır. Anayasal mikroyönetim, modern anayasaların sosyoekonomik haklara ve spesifik siyasa hükümlerine çokça yer vermelerini ifade ediyor⁷. Benzer bir konsept, Adrian Vermeule tarafından tanıtılan ‘kamu yararı anayasacılık’tır.

2020 yılındaki makalesinden sonra 2022 yılında kitap olarak da konuyu tartışan Vermeule’nin bu konsepti, kısa süre içinde doktrinde üzerinde yoğun tartışmaların yaşandığı bir alan olmuştur. Konuyla ilgili çok sayıda çalışma yapıldığı görülüyor. Türkiye’de ise konunun aynı düzeyde tartışıldığı söylenemez. Anayasa siyasetinin amacıyla ilgili olan kavramın Türkiye’de de anayasa bağlamındaki tartışmalarda bir perspektif sunabileceği değerlendirilmiştir. Bu bağlamda çalışmada ilk olarak kamu yararı anayasacılık kavramı tanımlanıyor. İkinci olarak anayasacılığın işlevleri açısından kamu yararı anayasacılık tartışılıyor. Üçüncü olarak Türkiye’de anayasa tartışmalarıyla bu yaklaşımın ilgisi kurularak kamu yararı anayasacılığın Türkiye’deki anayasa tartışmalarına ne ölçüde katkı sunabileceği değerlendiriliyor. Burada tarihsel bir perspektif vermekten öte anayasa değişikliğini mümkün kılan bir konjonktürün var olup olmadığı ve anayasa değişikliğinin içeriğinin yani maddi boyutunun ne yönde olabileceği tartışılıyor. Başka bir deyimle tarihi olguların derlenmesi değil; halihazırdaki siyasi konjonktürün değişikliğe ne ölçüde zemin verdiği ve bu zeminde gerçekleşecek değişikliğin anayasacılık anlamında nerede duracağı ihtimali değerlendiriliyor. Bu değerlendirme kuşkusuz soyut ve bağlamsız değil; hem Türkiye’nin içinde bulunduğu koşullar hem de karşılaştırmalı hukuk verilerinden yararlanılarak tespit edilen trend üzerinden yapılıyor. Çalışmanın sonuç kısmında, varılan sonuçlar ortaya konuluyor.

I. KAMU YARARI ANAYASACILIK KONSEPTİ

Kamu yararı anayasacılık yeni bir konsept mi? Liberal anayasacılıkla bağdaşmamakla birlikte kabul edilebilir yeni değerleri mi hukukileştiriyor? Yoksa liberal anayasacılığın bir kısım kurumlarını kullanmakla birlikte bu kurumları yozlaştırmakta mıdır? Bu tansiyonlu ilişkide kamu yararı anayasacılığın avantajlı görülen yönleri yanında birçok açıdan konseptin eleştirildiği de söylenebilir⁸.

Kamu yararı anayasacılık liberal anayasacılıktan amaçsal yönüyle ayrılmaktadır. Liberal anayasacılığın temel unsurları güçler ayrılığı, milli egemenlik, bireycilik, liberal demokrasi ve liberal ekonomidir⁹. Bu unsurların tamamı, birey özgürlüğünün korunması amacına hizmet eder. Buna karşılık Adrian Vermeule’nin alternatif önerisine göre mahkemeler ve diğer kurumsal aktörler

⁵ Duke, George. “Constitutional Symbolism in the Shadow of the Common Good.” *German Law Journal*, C. 25 S.3, 2024, s. 383.

⁶ Duke, s. 378.

⁷ Versteeg, Mila / Zackin, Emily. “Constitutions Unentrenched: Toward an Alternative Theory of Constitutional Design.” *American Political Science Review*, C. 110 S. 4, 2016, s. 658.

⁸ Leiter, Brian. “Politics by Other Means: The Jurisprudence of “Common Good Constitutionalism.” *University of Chicago Law Review*: C. 90, S. 6, 2023, s. 1687 vd.

⁹ Eren, Abdurrahman. *Anayasa Hukuku Dersleri*. 5. Baskı, Seçkin, Ankara, 2024, s. 112.

anayasayı, kanunları ve diğer düzenleyici işlemleri bireysel çıkarlar ve bireycilik doğrultusunda değil; kamu yararına yönelik yorumlamalıdır¹⁰.

'Kamu yararı anayasacılık' (*common good constitutionalism*) öncü teorisyeni Adrian Vermeule tarafından 'The Atlantic'te yayınlanan makalesinde, anayasal düzenin nihai ve temel amacının özgürlüğü korumak değil; iyi yönetim olduğu şeklinde tanımlanmıştır¹¹. Buna göre, norm (anayasal ilkeler) doğal hukuk ilkelerine başvurarak klasik hukuk geleneğini yeniden canlandırmak ve geliştirmek yönünde yorumlanmalıdır. Toplumun gelişmesini sağlayacak bu yorum 'barış, adalet, refah' ve bunların bütünleyicisi olan 'sağlık, güvenlik ve çevreyle sağlıklı bir iletişim hakkı' doğrultusundadır¹². Kamu yararı anayasacılığın temel amacı bireysel otonominin geliştirilmesi ve gücün kötüye kullanılmasının minimize edilmesi değildir. Zira tutarsız olan amacın herhangi bir kimse veya topluluk, özel veya kamusal aktörler tarafından ihlal edilmesi riski vardır. Buna karşılık amacın iyi yönetim olarak belirlenmesi durumunda bu riskler bertaraf edilmiş olur¹³.

Kamu yararı bireysel çıkarların değil; ortak çıkarın kamusal faaliyetlerin amacı olmasıdır. Toplumun genel yararının ya da ortak menfaatinin bireysel veya toplumun belli bir kesiminin menfaatine göre öncelikli olmasıdır. Bununla birlikte bu yararın bölünür olup olmaması gibi yönleriyle tek bir açıdan belirlenmediği, ahlak felsefesinin ve din felsefesinin konuya farklı şekillerde yaklaştığı görülüyor¹⁴. Aristotelesçi-Aquinasçı klasik hukuk geleneğinde kamu yararı, doğası gereği sosyal bir varlık olan insanın ancak toplum içinde gelişimini tamamlayabileceğini öngörüyor. Bu yönde kamu yararına barış, anlaşma, düzen, adil paylaşım, erdemin teşviki, manevi ve kültürel iyiliklerin yüceltilmesi ile ulaşılır. Siyasi iktidarın bireyi, aileyi ve toplumu kamu yararına yönelik yönlendirmesi olmaksızın bu amaca varılamaz¹⁵. Bu sebeple liberal teoride olduğu gibi yasaların içeriğinin veya hükümet politikalarının tarafsız bir içerikte belirlenmesi kamu yararını sağlamaz¹⁶. Usul olarak, kamunun bütün olarak iyi gördüğünün öncelenmesi gerekir. Zira siyasi toplum için iyi olan birey için de iyi olandır. Bu iyilik ise sağlık, güvenlik ve ekonomik güvenceler/istikrardır¹⁷.

Klasik hukuk geleneğinde hukuk, siyasi otoritenin akli normu kamu yararına yönelik olarak ilan etmesidir¹⁸. Antik Yunan ve çağdaş siyaset felsefesinde kamu yararının, güvenlik ve adalet gibi belli yararların ancak toplumun politikaya ve kamu hizmetine aktif katılımıyla mümkün olacağı

¹⁰ Vermeule, Adrian. *Common Good Constitutionalism: Recovering The Classical Legal Tradition*. Polity, Cambridge, 2022, s. 44.

¹¹ Vermeule, Adrian. "Beyond Originalism." [Common-Good Constitutionalism - The Atlantic](#), (ET: 26.9.2024). Benzer şekilde tanım için ayrıca Vermeule, 2022, s. 37.

¹² Vermeule, 2022, s. 36.

¹³ Vermeule, 2022, s. 37.

¹⁴ Solum, Lawrence B. "Flourishing, Virtue, and Common Good Constitutionalism." *Harvard Journal of Law & Public Policy*, C. 46, 2023, s. 1151.

¹⁵ Casey, Conor. "Common Good Constitutionalism: An Introduction." *Elgar Concise Encyclopedia of Legal Theory And Philosophy*, 2024, s. 2.

¹⁶ Casey, s. 3.

¹⁷ Vermeule, 2022, s. 26-27.

¹⁸ Casey, Conor / Vermeule, Adrian. "Myths of Common Good Constitutionalism." *Harvard Journal of Law and Public Policy*, C. 45, S. 1 2022, s. 108.

savunulur¹⁹. Dahası bireyin atomik parçalar halinde birbirinden izole olarak yaşayamayacağı tam tersine, sosyal ilişkilerle topluma tam olarak entegre olmuş, bütünün bir parçası olarak anlaşılması gerekir²⁰. Benzer şekilde Vermeule'nin yaklaşımında kamu yararı, parçadan (bireylerden veya aile gibi özerk birimlerden) bütüne yayılan anlamında değil; soyut olarak bütünün (kamu) mutluluğunun (yararının) parçaların mutluluğunu da sağlayacağıdır²¹. Başka bir deyimle kamu yararı bölünemez içerikte sunulmaktadır. Bunu ilgili makalesinde Solum, ince kamu yararı (*thin common good*) olarak Vermeule'nin yaklaşımıyla bağdaştırıyor²². Öte yandan, rasyonel ve sosyal bir varlık olması sebebiyle insanın gelişimi erdem merkezli olduğunda kamusal yararın olabileceğinin savunulması, Vermeule'nin yaklaşımını kalın kamu yararıyla (*thick common good*) da bağdaştırır²³.

İçinde bulunduğumuz zamanda liberal anayasacılığın krizde olduğu ileri sürülebilir. Bu kriz liberal anayasacılığın yozlaşması yönüyle tartışılabilir. Örneğin yargısal denetimin zayıflaması, güçler ayrılığının aşındırılması, yürütmenin güçlendirilmesi, temel hakların illeberal sınırlandırılması ve popülist politikalar ön plana çıkmıştır²⁴. Öte yandan bahsedilen yozlaşmanın liberal anayasacılığın ve kurumlarının modern toplumsal hayatın ihtiyaçlarına cevap verememesinden, kendi içinde çelişkiler barındırmasından, liberal demokrasiyi dayatmasından kaynaklandığı gibi aslında daha önce de özellikle sosyalist ve İslami anayasacılık tarafından yöneltlen eleştirilerle ilişkilendirilmesi mümkündür. Zira liberal anayasacılığın güçler ayrılığına yer vermeyen, bireysel özgürlükleri güvence altına almayan anayasaları sözde anayasa, popülist anayasa gibi kavramlar üzerinden gerçek anlamda bir anayasa olmadıkları şeklinde nitelendirilmesi liberal ilkelerin dayatılması olarak anlaşılabilir²⁵.

Sonuç olarak anayasa siyasetinin (anayasa yapımı ve anayasal yorum) hem ihtiyaca cevap verecek şekilde hem de yöneltlen eleştirileri yanıtlayacak içerikte oluşturulması önem gösteriyor. Fakat bir taraftan, söylenen şeyin yeni olmasının, ihtiyaca cevap vermesinin yanında anayasanın geleneksel rolünü ihmal etmemesi gerekir. Çünkü bu, insanlık tecrübesinin ürünü, ortak bir kazanımdır. Anayasacılığın geleneksel rolü, iktidarın keyfilğini sınırlandırmasıdır. Günümüzde anayasacılığın bu hedefinin ötesine geçilmesi; 'ekonomik istikrar, bilgiye dayalı demokratik kontrol ve benzeri siyasi hedefleri' taşıması gerektiği böylelikle 'iyi toplum' oluşturma fonksiyonuna sahip olacağı yönleriyle ortaya konulmaktadır²⁶. Anayasacılığın bu yöndeki evrimi 'yeni anayasacılık' olarak adlandırılmaktadır²⁷. Bu bağlamdaki yeni anayasacılık içerikle ilgilidir. Bu yönüyle kamu

¹⁹ Platon'un kamusallaştırması ve kamusal yararı belirlemesi yönünde bkz. Değirmencioğlu, Burcu / Gürsel Düğmeci, Esin. "Platon'un "Devlet (Politeia)" inde Totalitarizmin İzleri." *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 7, S. 3, 2024, s. 532.

²⁰ Britannica. "[Common good | Philosophy, Ethics & Morality | Britannica](#)." (ET: 15.11.2024).

²¹ Vermeule, 2022, s. 26-27.

²² Solum, s. 1152.

²³ Solum, s. 1156.

²⁴ Yıldız, Abdulkadir. "Anayasal Değişimin Suistimali ve Otoriterleşme: Anayasa Mahkemesi Üzerinden Bir Okuma." *İnsan ve Toplum Dergisi*. Erken Baskı, 2025, s. 1-29.

²⁵ Eren, s. 103.

²⁶ Soltan, Karol Edward. "What Is the New Constitutionalism." *A New Constitutionalism: Designing Political Institutions for a Good Society*, Editörler Stephen L. Elkin ve Karol Edward Soltan, The University of Chicago Press, Chicago, 1993, s. 4.

²⁷ Soltan, s. 14. Bakır Çağlar ise yeni anayasacılığı üst norm olarak anayasa biliminin özerkleşmesi ve hukukileşmesi ile açıklıyor. Bkz. Çağlar, Bakır. "Yeni Anayasacılık Üzerine Notlar." *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, S. 1-3, 1985, s. 36-

yararı anayasacılık ile amaçsal bağlantıyı içerir. Yeni anayasacılık bağlamında literatürde tartışılan diğer bir bağlam ise anayasaların içeriğinden çok, yapım yöntemine odaklanmaktadır. Buna göre ‘eski anayasacılık’ olağanüstü koşullar sırasında veya sonrasında, üzerinde uzlaşılan değerlerin siyasi elitler tarafından kodifikasyonu iken; ‘yeni anayasacılık’ özellikle bölünmüş toplumlarda yaşanan devrim, iç savaş gibi olaylardan sonra ortak değerler yaratma sürecinin bir parçası olmaktadır²⁸. Bosna-Hersek ve Lübnan anayasaları ile 2024 yılında Baas rejiminin yıkılmasından sonra yeniden inşa edilecek Suriye’de yapılacak anayasa buna örnek gösterilebilir.

Bir tür maddi ahlaki anayasacılık olarak kamu yararı anayasacılık, hem anayasanın orijinal anlamıyla sınırlandırılmış yorumundan hem de sol-liberallerin yarı-dini kavrayışla sarıldıkları bireysel otonomi/bireycilik anlayışlarından uzaktır²⁹. Bu sebeple özellikle ABD’de yaygın şekilde tartışılan orijinalizm (*originalism*) ve yaşayan anayasa (*living constitution/progressivism*) teorilerinin her ikisi de kamu yararı anayasacılıkla bağdaşmaz³⁰. Vermeule, illüzyon olarak nitelediği orijinalizmin düşünülen aksine, Amerika’da kuruluş döneminde anayasanın yorumunda çok da özgürlükçü yorumlar doğurmadığını belirtiyor³¹. Benzer şekilde yaşayan anayasa anlayışı ise yorumun sürekli değişkenliği sebebiyle hukukun araçsallaştırılmasıdır. Bu sebeple her iki yorum yöntemiyle de bağdaşmayan kamu yararı anayasacılık sabit ilkeler etrafındaki gelişimi, ‘değişkenliğe rağmen aynı kalmayı’ ifade ediyor³².

‘Yöneticilere itaat, toplumsal fonksiyonların işlevselliği için gerekli olan hiyerarşiye saygı duyulması; sosyal gruplara, aile, işçi, ticaret ve meslek gruplarına destek olunması, hukuki düzenlemelerin ahlaki değerleri temel alması’ alternatif ilkelerdir³³. Bu ilkeler sayesinde ortak iyi (kamu yararı) yükseltilerek toplum iyi yönde dizayn edilmiş olur³⁴. Vermeule, Dworkin ile benzer şekilde anayasanın ahlaki ilkeler çerçevesinde okunması ve fakat bu ahlaki ilkelerin Dworkin’in belirlediği klasik liberal-sol ilkelerden farklı olduğunu ileri sürüyor³⁵. Buna göre genel refah ve huzur toplumun birliğini sağlamak ve adalet yönünde, anayasal özgürlük ve serbestlik liberal çerçevede değil; insan cinsinin yetenek, kapasite ve mantıkla örülü ahlakiliği çerçevesinde yorumlanmalıdır³⁶. Bunlar devletin varlık amacı ile ilgili konulardır. Örneğin Aristo, devleti sadece yaşamayı değil;

39. Bakır Çağlar diğer bir çalışmada da yeni anayasacılığı benzer şekilde hukukileşme ve üst norm olma ile ilişkilendirerek ‘yeni anayasa hukuku’ gelişmesi olarak belirtiyor. Bkz. Çağlar, Bakır. *Anayasa Bilimi*. 1. Basım, BFS Yayınları, İstanbul, 1989, s. 77.

28 Öngel, Mehmet Murat. *Demokratik Anayasa Yapım Süreci*. Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2014, s. 18.

29 Vermeule, 2022, s. 37.

30 Orijinalizm, anayasanın anayasa yapıcılarının orijinal niyet ve anlamlandırmaları çerçevesinde yorumlanması gerektiğini savunur. Buna karşılık yaşayan anayasa yaklaşımı, anayasanın dinamik bir anlamının olduğunu, metni değişmese bile anayasanın toplumsal dönüşümleri ve adaptasyonu içerecek çerçevede yorumlanması gerektiğini savunur.

31 Vermeule, 2022, s. 92-93.

32 Vermeule, 2022, s. 118.

33 Vermeule, 2022, s. 37. Hukuk ve ahlak arasındaki ilişkinin pozitif hukuk ve tabii hukuk ilişkisi üzerinden bir incelemesi için bkz. Zabunoğlu, Hamdi G / Altunsu, Onur. “Hart-Bodenheimer Tartışması Üzerinden Analitik Hukuk Bilimi Okuması”, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 6 S. 1, 2023, s. 25-42.

34 Vermeule, 2020.

35 Vermeule, 2020.

36 Vermeule, 2020.

iyi yaşamayı amaçlayan insanların kurduğu bir birlik olarak belirtiyor³⁷: Ortak yarara yönelen yönetim iyi anayasadır³⁸. Kamu yararı anayasacılık ile Aristo'nun yasanın amacı (*to koine[i] sumpheron*), Cicero'nun en üst norm (*salus populi suprema lex esto*) olarak belirlediği yaklaşım yineleniyor³⁹. Günümüzün pandemi, iklim değişikliği gibi modern ve küresel tehditleriyle ancak bu amaçları hedef alan güçlü bir iktidar mücadele edebilir⁴⁰. Adaletle yönelen bu iktidarın özgürlükler için tehdit olarak değil; ortak yarar için en ciddi gereklilik olarak anlaşılması gerekir⁴¹.

Tabii bu belirlemeler karşı yönden bir tartışmayı da gündeme getirir. Zira anayasaların birey hak ve özgürlüklerini amaçlaması, anayasa yapıcılığının istikrarı ve iyi yönetimi dışladığı şeklinde anlaşılamaz⁴². Bu taraftan bakıldığında liberal anayasacılık içinde otorite ve güvenliğin dışlanmadığı söylenmelidir. Toplum insanlardan oluşur ve insanın gelişmesi bulunduğu toplumun gelişmesine bağlıdır. Tersine de geçerli, yani toplumun gelişmesi bireyin gelişme imkanları ile koşuttur⁴³.

Bireycilik ile kamu yararı yönünde yorumun mutlaka birbiriyle çeliştiği söylenemez. Esasında liberal anayasacılık birey özgürlüğü ile kamu otoritesi/yararı/güvenliği arasında bir dengenin kurulmasını amaçlar. Zaten özgürlüklerin ihlal edilip edilmediğiyle ilgili denetimde devletin bu dengeyi ne ölçüde kurduğu araştırılır. Fakat yukarıda belirtildiği gibi böyle bir dengenin araştırılması, birey özgürlüğünün amaç olmasını engellemez. Zira liberal anayasacılığa göre devlet ve hukuk düzeninin varlığı birey özgürlüğü için kaçınılmaz olduğundan yani özgürlükler sınırsız olamayacağından otorite ile bir denge arayışı vardır.

Kamu yararı anayasacılık tabii (doğal) hukuku reddeden hukuki pozitivizm ile bağdaşmaz. Bunun yerine evrensel hukuk ilkeleri, örf ve âdet, doğal ahlak ilkeleri ve ahlaki ilkelere yönelmiş hukuk (hukukun ahlakılığı) kamu yararı anayasacılığıdır⁴⁴. Başka bir deyimle kamu yararı anayasacılığında anayasal yorum, Dworkin ile bağdaşır şekilde hukuki pozitivizme karşı anayasanın alternatif 'ahlaki bir okumasının'⁴⁵ yapılmasını gerektirir⁴⁶. Bununla birlikte bu okuma *eşitlik*, *özgürlük* gibi soyut ve geniş kavramların somutlaştırılmasının bütününe yararına olacak şekilde yapılmasıdır. Bu yönüyle bakıldığında kamu yararı anayasacılık pozitif anayasacılık (*positive constitutionalism*) içinde konumlandırılabilir⁴⁷. Bu durum artan popülizm karşısında yenilgiye uğrayan (dejenere olan) liberal anayasacılığın negatif boyutunun pozitif anayasacılık yönünde dönüştürülmesidir. Buna göre devlet bireysel özgürlükleri ihlal etmeme konumlandırılmasında değil;

³⁷ Aristo. Politika. Çev. Furkan Akderin, 3. Baskı, Say, 2017, s. 101.

³⁸ Aristo, s. 99.

³⁹ Duke, s. 379.

⁴⁰ Vermeule, 2022, s. 42.

⁴¹ Vermeule, 2020.

⁴² Turhan, Mehmet. "Anayasa ve Anayasacılık." *Amme İdaresi Dergisi*, C. 27 S. 3, 1994, s. 11.

⁴³ Onar, Sıddık Sami. *İdare Hukukunun Umumi Esasları C.I*. 3. Baskı, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966, s. 262.

⁴⁴ Vermeule, 2020.

⁴⁵ Ronald Dworkin'e ait terim için bkz. Dworkin, Ronald. *Freedom's Law: The Moral Reading Of The American Constitution*. Harvard University Press, 1997.

⁴⁶ McClain, Linda C. / Fleming, James E. "Toward a Liberal Common Good Constitutionalism For Polarized Times." *Harvard Journal of Law & Public Policy*. C. 46, 2023, s. 1128.

⁴⁷ McClain / Fleming, s. 1129.

aktif hareketle hakları yeniden üretme pozisyonunda olmalıdır⁴⁸. Ayrıca, liberal anayasacılık içinde bireysel özgürlükler çoğunlukla bireysel çıkarlara veya parti çıkarlarına hizmet eden araçlara dönüşebiliyor⁴⁹. Kamu yararı anayasacılık kamu yararını temel aldığından bu riske karşı da koruma sağlayabilir. Śledzińska-Simon, devletin bu aktif konumunu pozitif yükümlülükler doktrini ile ilişkilendirerek bireysel hak ve özgürlüklerin korunabilmesinin devletin aktif tutumunu gerektirdiğini, bunun bütün olarak pozitif anayasacılık olduğunu belirtiyor⁵⁰. Esasında pozitif yükümlülük doktrini liberal anayasacılıkta var olan bir konudur. Bu sebeple kanaatimizce, devletin bireysel hakları korumadaki pozitif yükümlülüğü devletin yetki alanını genişleten bir yaklaşımı ifade etmediğinden kamu yararı anayasacılıkla bir kesişme olduğundan söz edilemez.

Kamu yararı anayasacılık özgürlükçülük veya hukuki liberalizm de değildir. Başka bir deyimle, kamu yararı anayasacılığın amacı bireysel özgürlükleri/otonomiyi artırmak, gücün kötüye kullanımını minimize etmek değil; yöneticinin yönetebilmek için ihtiyaç duyduğu yetkileri ona tanımasıdır. Anayasal düzenin adanmışlığı bireysel özgürlüğe yönelik olmamalıdır. İyi yönetim zaten hakkaniyet ve adaleti sağlamak adına doğal insan haklarına temel bir koruma sağlayacaktır⁵¹. Liberal öğretide iktidarın kötüye kullanılabilmesi temel risk iken kamu yararı anayasacılık bu ön kabulden hareket etmiyor. Bu sebeple, liberal anayasacılığın iktidarın sınırlı kullanımını iktidarın inisiyatifine bırakmamak adına gerekli olan katı anayasa, güçler ayrılığı, anayasa yargısı gibi kurumları kamu yararı anayasacılığın zorunlu gördüğü kurumlar değildir⁵². Halbuki, anayasaların değişmezliği birey özgürlüklerinin gelecek jenerasyonlar tarafından durdurulamaması veya ötelenememesi için anayasacılığın temel araçları arasında görülmektedir⁵³. Tam tersine kamu yararı anayasacılık iktidarın doğasının iyi olduğundan hareket ediyor. Kamu yararına ulaşmak adına yönetici ihtiyaç duyduğu yetkilere sahip olmalıdır⁵⁴. İktidar genel olarak kamu yararına yönelik faaliyet yürütür, aksi düşünce bir illüzyondan ibarettir⁵⁵.

Liberal anayasacılığın aksine kamu yararı anayasacılık birey özgürlüğü ile kamusal düzen arasında bir denge arayışında değildir. Aksine kamu düzeni/yararı yönünde doğrudan bir tercih vardır. Bu yaklaşım, kilise öğretisi veya Orta Çağ'ın insan haklarını dini temelde açıklayan klasik tabii hukuk öğretisiyle örtüşür. Buna göre hukuk ve ahlak birbirinden ayrı olan domainler değil; birbirini tamamlar nitelikte görülür. Buna göre hukuk, mahkemeler ve diğer hukuk uygulayıcıları/aktörleri tarafından kamu yararına dönük yorumuyla ahlaki zemine oturur.

Öte yandan barış, sağlık ve refah doğrultusunda belirlenen kamusal yarar doğal olarak bir değer tercihinde bulunmaktadır. Zira aynen adalet kavramında olduğu gibi barış, sağlık ve refah konusunda da yasaların hangi yönde yapıldığı/yorumlandığı takdirde bu hedeflere katkı sunacağı

⁴⁸ Śledzińska-Simon, s. 893.

⁴⁹ Casey, s. 6.

⁵⁰ Śledzińska-Simon, s. 902.

⁵¹ Vermeule, 2020.

⁵² Vermeule, 2022, s. 10-12.

⁵³ Versteeg / Zackin, s. 657-658.

⁵⁴ Vermeule, 2022, s. 37.

⁵⁵ Vermeule, 2022, s. 37.

konusunda farklı yönelimler vardır⁵⁶. Fakat bu soyut yarar belirlemesinin kurumsallaşmayı engelleme ve iktidarı kişiselleştirme riski vardır. Halbuki klasik anayasacılıkta güvenceler, denge-denetim mekanizmaları, güçlerin düzenlenmesi/ayrılması özellikleriyle kurumlara istikrar kazandırma ve keyfiliği önleme amaçları vardır. Böylelikle liderin kişisel özelliklerine göre çok iyi ile çok kötü arasında değişen hükümetlerden ziyade asgari bir standardın daha iyi/güvenceli olacağı düşünülür.

Kamu yararı anayasacılığın klasik liberal anayasacılığın çok temel ilkesi olan birey yerine kamu yararını koyması bir ölçüde sosyalist anayasacılıkla kesişmesini ve sosyalist anayasacılığın olduğu ülkelerle benzer şekilde otoriterleşmeyi içereceği savunulmuştur⁵⁷. Özellikle dine hakaretin cezalandırılmasının, homoseksüellerin ve kürtajcılarının denetiminin kamu yararı içinde görülmesi bu kapsamdadır⁵⁸. Gerçekten sosyalistler, gerçek özgürlüğün iş birliği ile sağlanacağını, bunun ise bireyciliğin aksine, bireyselliğin ve bireysel özerkliğin reddedilmesi anlamına gelmediğini belirtir⁵⁹. Meselenin pratik boyutu tartışılır. Her şeye rağmen sosyalizm, zorlama ve otoriterleşme ile yaftalanmıştır⁶⁰.

Kamu yararı anayasacılığın hangi türden ifadelerin denetlenmesi gerektiğini detaylı şekilde ortaya koymaması, sağlık gerekçesiyle zorunlu aşı gibi uygulamalarda birey iradesini bütünüyle dışlaması, ölüm cezası gibi konularda herhangi bir görüş belirtmemesi otoriterleşme bağlamında görülmüştür⁶¹. Dahası kamu için neyin yararlı olduğu konusunda dönüşümün yaşanabileceği, buna karşılık Vermeule'nin kitabında bu tartışmalara girmediği ve öğretisinin klasik Katolik dini anlayışın bir yansıması olduğu ileri sürülüyor⁶². Gerçekten klasik hukuk okulunun 'kişi haysiyeti ve insanın devredilmez hakları' kavramsallaştırması, Katolikliğin modern anayasacılıkla anakronizme girme pahasına geliştirdiği kavramlardır⁶³.

Kamu yararı anayasacılık, iktidarı sınırlandıracak şekilde okunarak liberal anayasacılıkla bir kesişme sağlanabilir mi? Aslında liberal anayasacılığa hem Yunan/Roma uygarlıklarının hem de Orta Çağ'da Avrupa'nın özellikle tabii hukuk düşüncesinin katkısı yadsınamaz⁶⁴. Vermeule'ye göre kamu gücü üzerinde ancak kamu yararı amacıyla yapılacak sınırlama meşrudur⁶⁵. Fakat bu sınırlılık anayasacılığın kurumsallaştırdığı içerikte değildir. Çünkü Vermeule, kamu yararının her durumda neden bireysel yarardan üstün olduğunu açıklamaya girişmiyor. Sadece sonuç odaklı 'takımın kazanmasının' her açıdan bir değer olduğu üzerinden hareket ediyor⁶⁶.

⁵⁶ Solum, s. 1164.

⁵⁷ Wilkinson, 2024.

⁵⁸ Vermeule, 2022, s. 167-174.

⁵⁹ Şirin, Tolga. *Türkiye'de Düşüncenin Tutsaklığı-1*. Tekin Yayınevi, İstanbul, 2020, s.30.

⁶⁰ Şirin, 30.

⁶¹ Kelly, Martin David. "Challenging common good constitutionalism: Common Good Constitutionalism: Recovering the Classical Legal Tradition by Adrian Vermeule, Polity Press, 2022, 270 pp." *Jurisprudence*, C. 15 S. 3, 2024, s. 425-427.

⁶² Kelly, s. 428.

⁶³ Kalın, s. 53.

⁶⁴ Loughlin, s. 27-28; Patterson, C. Perry, "The Evolution of Constitutionalism." *Minnesota Law Review*. C. 32. S. 5, 1948, s. 428-432.

⁶⁵ Vermeule, 2022, s. 38.

⁶⁶ Kelly, s. 432.

Kamu yararı anayasacılığın modern devletin otorite ve özgürlük çıkmazına yeni bir yaklaşım sunup sunmadığı diğer bir soru olabilir. Modern devlette artan güvenlik riskleri, anayasal özgürlüklerin sınırlandırılması sebeplerini artırabilir. Dahası, sınırlamada devletin takdir payı artan içerikte yorumlanabilir. Öte yandan kamunun hakları (özgürlükleri) söylemiyle bireysel haklar ve azınlık hakları ihlal edilerek popülist anayasacılık araçsallaştırılabilir⁶⁷. Her ne kadar kamu yararı anayasacılığın birey, aile ve birliklerin ekonomik paylaşım, evlenme, yasa yapımı, uyuşmazlıkların önceden belirlenmiş kanuna göre çözümü, eşitlik gibi konularda siyasi çoğulculuğu içerdiği savunulsa da çoğulculuğun sınırları klasik hukuk geleneğinde kamu yararı olarak belirleniyor.

Kamu yararı anayasacılığın liberal demokrasiye yaklaşımı liberal hak anlayışına yaklaşımıyla da benzerdir. Siyasi otorite ve kanunlar, meşruluğunu kamu yararına hizmet etmesine borçludur⁶⁸. Hatta siyasi otoritenin meşruluğu çoğunluk iradesi ile bağdaşmasından değil; kamu yararını sağlamasından kaynaklanır. Kamu yararı doğrultusunda hareket ettiği sürece hükümet sınırsızdır. Dolayısıyla seçimler, hükümetin belirlenmesi gibi süreçlere katılım kamu yararının belirlenmesine hizmet ettiği ölçüde kamu yararı anayasacılığın kayıtsız kaldığı kurumlar değildir⁶⁹. Dikkat edileceği üzere amaçsal belirleme liberal anayasacılıkla kamu yararı anayasacılığın farkını oluşturuyor.

II. LİBERAL ANAYASACILIĞIN İŞLEVLERİ VE KAMU YARARI ANAYASACILIK

Anayasacılık hem kavram hem de kullanımı yönleriyle birtakım belirsizlikler içeriyor⁷⁰. Bununla birlikte, modern toplumun anayasa ile inşa edildiği konusunda hemen hemen bir görüş birliği bulunur⁷¹. Anayasalar vatandaş için anlamlı olan inançları ve normları düzenler. Bunun amacı vatandaşları bu inanç ve normlar etrafında koordine etmektir⁷².

Liberal anayasacılıkta anayasa, üst norm olarak, hangi politik aktörlerin yöneteceğini belirler. Anayasaya bu pozisyonunu egemen halkın iradesi olması vermektedir⁷³. En azından orijinalistler anayasal kanunu bu yönüyle açıklıyor. Bu yöneten (politik aktörler) ile yönetilenlerin (birey) ilişkisidir. Politik aktörler, siyasa ve kurumları oluşturmakla kalmaz, bunların nasıl yürütüleceğini de belirler. Anayasa ise hem koordinasyonu hem de sınırları açısından politik aktörlerin yönetimini sağlar⁷⁴. Başka bir deyimle, kamusal yetkilerin kaynağı politik aktörlerin kendileri değil; bizatihi anayasadır. Anayasanın bu yetkileri düzenlemesi, hukuki rejimin bir statüye bağlanması ve bununla

⁶⁷ Śledzińska-Simon, Anna. "Learning Lessons from the Populist Defeats: From Negative to Positive Constitutionalism." *Social & Legal Studies*, C. 32, S. 6, 2023, s. 896.

⁶⁸ Casey, s. 3.

⁶⁹ Casey, s. 7.

⁷⁰ Loughlin, s. 1.

⁷¹ Butleritchie, David T. "The Confines of Modern Constitutionalism." *Pierce Law Review*, C. 3, S. 1, 2004, s. 1.

⁷² Callais / Young, s. 430.

⁷³ Coan, Andrew. "The Dead Hand Revisited." *Emory Law Journal*, C. 70, 2020, s. 2. Egemenlik ve siyasi iktidar ilişkisi için bkz. Türcan, Talip. "Sovereignty-Political Power Distinction as the Theoretical Basis of the Concept of the State of Law-A Comparative Study in the Context of Islamic and Western Legal Thought", *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi: Cumhuriyet'in 100'üncü Yılı Armağanı*, 2024, C. 7, S. 2, s. 342-344.

⁷⁴ Callais, Justin T. / Young, Andrew T. "Revolutionary Constitutions: are they revolutionary in terms of constitutional design?" *Public Choice*, 2024, C. 200, s. 425.

sınırlandırılması anlamına gelir⁷⁵. Zira aksi durum, anayasal yönetimin yerini despotik/keyfi yönetimin almasıdır⁷⁶.

Anayasacılığın en birincil sorunu hükümeti kurmak ve buna koşut bu hükümeti sınırlandırmaktır. James Madison’ın Federalist Yazılar’da (No.51) belirttiği gibi ‘ilk olarak halkı yönetecek hükümeti ihdas etmek ve sonra onun kendini kontrol etmesini sağlamak gerekir’⁷⁷. Ulysses’in kendini gemi direğine bağlaması metaforu, anayasacılığın otolimitasyon yönüdür. Bakır Çağlar, anayasanın devleti düzenleme yönünü ifade etmek üzere *statü anayasa* veya *mekanik anayasa*; yönetimi sınırlandırma yönü için ise *değerler sistemi anayasa* ifadelerini kullanıyor⁷⁸. Değerler sistemi anayasa ifadesi kullanması, hak ve özgürlüklerin yönetimi sınırlandırması ilkesinin yansımasıdır⁷⁹.

Bakır Çağlar, anayasaların kaynağında çoğunlukla kriz olduğundan söz ediyor⁸⁰. Devrimleri genel olarak ‘anayasal an’ izler ve bu anayasanın ilanı ile sonuçlanır⁸¹. Devrimler tabandan gelen ‘halk devrimi’ ile yukarıdan gelen ‘elit devrimi’ şeklinde ayrılmaktadır⁸². Halk devrimi yöneticilerin değiştirilmesinin yanında kurumların, politik ve sosyal düzenin de değişmesi ile sonuçlanırken elit devriminde çok daha sınırlı, genelde yöneticilerle sınırlı bir değişiklik olur⁸³. Dolayısıyla devrimsel anayasanın içeriği de devrimin bu niteliğiyle yakından ilişkilidir. Devrimin aktörleri, anayasa yapım sürecine dahil olarak motivasyonlarını anayasanın içeriğine dahil etmek ister⁸⁴. Ackerman ise kamu yararı için devrim liderliğinin kurucu meclise dahil olduğundan söz ediyor⁸⁵. Öte yandan halk adına konuşsa bile politik elitlerin anayasal sistemi inşasında, halkın katılımı sınırlı kalabilmektedir⁸⁶.

İster halk kaynaklı olsun ister elit devrimi niteliğinde olsun, demokratik anayasa yapımı, kurucu iradenin asıl sahibi olan halkın sürece katılımını gerektirir. Halkın anayasa yapım sürecine gerçek anlamda katılımı, siyasi elitlerin uzlaşısı anlamına gelen eski anayasacılık (dayatma anayasacılığı) ile halkın belirleyici olduğu yeni anayasacılık arasındaki farktır⁸⁷. Halkın sürece katılımını sağlayan araçlardan ilki kuşkusuz referandumdur. Hem kurucu meclisin belirlenmesi hem de taslağın ortaya çıkışı ve onayı süreçlerinde referanduma gidilmesi, hukuki işlevlerinin yanında sembolik ve siyasi işlevlere de sahiptir⁸⁸. Halkın doğrudan katılımının sağlanmasında sivil toplum

⁷⁵ Atay, Ender Ethem. “Anayasa Kavramının Tanımı, Hazırlanması ve Değiştirilmesi Arasındaki İlişki.” *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 12, S. 1, 2008, s. 506-507.

⁷⁶ Loughlin, s. 1.

⁷⁷ Versteeg / Zackin, s. 657.

⁷⁸ Çağlar, Anayasa Bilimi, s. 77.

⁷⁹ Çağlar, Anayasa Bilimi, s. 77.

⁸⁰ Çağlar, Anayasa Bilimi, s. 76.

⁸¹ Arendt, Hannah. *On Revolution*. Penguin Books, 1990, s. 142.

⁸² Ackerman, Bruce. *Revolutionary Constitutions: Charismatic Leadership and the Rule of Law*. Harvard University Press, 2019, s. 6.

⁸³ Callais / Young, s. 429.

⁸⁴ Callais / Young, s. 430.

⁸⁵ Ackerman, s. 40.

⁸⁶ Ackerman, s. 6.

⁸⁷ Kontacı, Ersoy. “Demokratik Anayasa Yapımı Teorisinin Krizi: Şili Deneyimi ve Düşündürdükleri.” *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 13, S. 1, 2023, s. 22.

⁸⁸ Kontacı, s. 24.

kuruluşlarının, medyanın, azınlıkların da sürece dahil edilmesi, şeffaflığı sağlamasının yanında anayasa yapımının katılımcı demokrasinin unsurlarıyla bağdaşmasını sağlayarak meşruluğuna hizmet edecek unsurlardandır. Bundan başka süreci asıl olarak yürütecek olan kurucu meclisin olabildiğince geniş bir temsili içermesi, anayasanın meşruiyeti açısından en belirgin yöndür⁸⁹.

Bununla birlikte, anayasa yapımının eski anayasacılık veya yeni anayasacılık çerçevesinde gerçekleşmesi ile sürecin başarısını birbirinden ayırt etmek gerekir⁹⁰. Özellikle halkın katılımının demokratiklik açısından gerekliliği karşısında, halkın manipülesinin kolaylığı ve oydaşmanın zorluğu gibi riskler karşısında anayasa yapımının dayatmacılığı ile kabulü arasında doğrusal bir orantı da tespit edilebilir. En azından demokratiklik ve anayasanın onayı (meşruiyet) doğrusal bir çizgide değildir⁹¹.

Anayasa yapımı ile hukukileşen kurucu felsefe, değiştirilemeyen maddeler (veya anayasal normlar arasında yaratılan hiyerarşi, anayasaya aykırı anayasa değişiklikleri doktrini - *unconstitutional constitutional amendments*-) nitelikli çoğunluk ve/veya azınlıkların katılımı gibi birtakım katı anayasaya ilişkin unsurlar sayesinde geçici çoğunluğun veya kısa vadeli hesapların anayasa siyasetine dönüşmesini engelleyebilir. Fakat bu durum, anayasanın metni değişmeden, kurucu iktidar dışındaki aktörler tarafından yorumlanarak değişmesi (*informal constitutional change*) sonucunu doğurabilir⁹². Yorum yoluyla ortaya çıkan değişim kimi durumda liberal anayasacılıkla bağdaşabilirken kimi durumda bağdaşmayabilir. Örneğin ABD'de Yüksek Mahkeme yargıçlarının kişisel anlayışları yönünde yorum yapmaları demokrasi ilkesiyle bir tür çatışma olarak yorumlanabilir⁹³. Katı anayasa ile ilgili diğer bir sorun ise siyasi elitlerin kendilerine ayrıcalıklı bir pozisyon elde etmesidir⁹⁴. Örnek olarak 1961 Anayasası'na göre Milli Birlik Komitesi üyelerinin Anayasa'nın yürürlüğe girdiği tarihte ve süre ile sınırlı olmaksızın (tabii üyeler olarak) Cumhuriyet Senatosu üyesi haline gelmesi gösterilebilir. Buna demokratik çoğunluğa karşı pozisyonlarını kaybetmemek yönünde siyasi elitlerin vesayet kurumları öngörmeleri de eklenebilir. Bu durum, 1961 Anayasası'nda iki meclisli yapının, cumhurbaşkanlığının ve Anayasa Mahkemesi'nin düzenlenmesinde görülebilir. Aynı şekilde 1982 Anayasası döneminde de 2010'lu yılların başına kadar AYM'nin benzer bir rol üstlendiği ve Anayasayı ideoloji temelli yorumladığı söylenebilir.

Callais / Young, devrimden sonra yapılan anayasaların diğer şekillerde ortaya çıkan anayasalardan farkını ölçümlemekte (1) anayasaların uzunluğu, (2) başlangıcın uzunluğu, (3) katılık, (4) hakların düzenlenmesi, (5) demokrasiye referans olarak beş farklı unsur belirlemiştir⁹⁵. Bunlar özellikle 1961 Anayasası ve 1982 Anayasası karşılaştırmasında da başvurulabilecek unsurlardır. Önceki anayasanın eksiklikleri yeni anayasa ile giderilmek istenir. Tepki anayasası ifadesi bu yönde anlamlıdır⁹⁶. Yeni anayasanın tarihsel yorumu da önceki tikanıklığa verilen tepkiyi anlamaya

⁸⁹ Kontacı, s. 25.

⁹⁰ Kontacı, s. 38.

⁹¹ Bu yönde 2022'de reddedilen Şili Anayasa yapımı örneği için bkz. Kontacı, s. 35-36.

⁹² Versteeg / Zackin, s. 659.

⁹³ Versteeg / Zackin, s. 659.

⁹⁴ Versteeg / Zackin, s. 659.

⁹⁵ Callais / Young, s. 425.

⁹⁶ Özbudun, Ergun. *Türk Anayasa Hukuku*. 18. Basım, Yetkin, Ankara, 2018, s. 7.

yardımcı olur. Callais / Young tarafından yapılan ölçüm kullanıldığında hem madde sayısı hem de maddelerin uzunluğu açısından 1961 Anayasası 1924 Anayasasından, 1982 Anayasası ise 1961 Anayasasından uzundur. 1924 Anayasasının başlangıç kısmı yokken 1982 Anayasasının Başlangıcı 1961 Anayasasından uzundur. 1924 ve 1961 Anayasası'nda sadece devletin şeklinin cumhuriyet olduğuna ilişkin maddenin değiştirilemezliği öngörülmüşken 1982 Anayasası değiştirilemeyen maddelere cumhuriyetin niteliklerinin düzenlendiği 2. ve 3. maddeleri de dahil etmiştir. 1961 Anayasasındaki demokrasi atfı 1982 Anayasasına göre daha fazladır. 1924 Anayasasında ise demokrasi ifadesi geçmiyor. Düzenlenen hak sayısı 1982 Anayasasında 1961 Anayasasına göre daha fazla iken hakların sınırlandırılması sebepleri ve rejimi 2010 yılına kadar 1982'ye göre 1961 Anayasasında daha güvencelidir. 1924 Anayasası ise hem hakların kapsamı hem de sınırlandırılması rejimi itibarıyla güvenceli değildir.

İktidara meşruluğunu veren hukuktur⁹⁷. Hukuk ise bir değerler bütünüdür. Hukukun/devletin hizmet ettiği şey en iyi ve en adil olana yönelik olmalıdır. Değeri, adalete yönelimi bulunmayan hukuk rasyonelliğini ve tutarlılığını yitirmiş olur⁹⁸. Sonsuz rölativizm gerekçesiyle hukukta değer ve erdemin dışlanması, hukukun ahlaki temelini yitirmesine, ahlaki standarttan kişisel standartlara hapsolmasına sebep olur. Bu sebeple liberalizmin ahlak temelini ihmal ederek hukuku saf pozitivist/bilimsel aklın ürünü olarak sunması çelişkiler içerir. Hukuk belli bir toplumun standart ahlak anlayışına dayanır⁹⁹. Anayasa, halkın değerleriyle uyumlu olduğu ölçüde meşrudur. Bu sebeple halkın değerleri çerçevesinde anayasa yorumlanmalı ve gerektiğinde değiştirilebilmelidir. Bu yaşayan anayasa anlayışı, orijinalizme ve katı anayasa pratiğine karşıdır¹⁰⁰. Yıldız, bu ahlaki vasat sayesinde anayasal yurtseverliğin hem insanı temel alan özgürlük hem de hukuki iktidarın güvenliğe yönelik adımlarına zemin hazırlayacağını belirtir¹⁰¹.

Hukukun/anayasanın ahlaki yorumu; erdemi ve değeri ölçü almasıdır. Liberal/kapitalist ideolojinin burjuvanın ekonomik serbestliği ve sömürsünü sağlamak için kurguladığı değerler sistemine eleştiri yönelten Marksizm'in insan haysiyetiyle ilgili her şeyi metalaştırarak cevap vermesi değerler felsefesinde görecelik ve sübjektivite tartışmasını doğuruyor¹⁰². Öte yandan anayasanın yorumunda değer olarak kamu yararının yer alması, normativizmin yerini kümülatif değerlerin almasıdır¹⁰³. Schmitt, değere dayanmanın her halükârda karşıt değerleri içereceğini ve anayasanın tahakkuku için anayasal yorumun değerden arınmasıyla özgürlüğü sağlayacağını belirtiyor¹⁰⁴. Ne var ki bu da özünde liberal öğretiyeye karşıtlığı içeren bir tür değer yargısıdır.

Neyin özgürlük kapsamında olduğu, değerlemenin henüz başlangıcıdır. Örneğin kürtaj, eşcinsel evlilikler gibi liberal öğretinin kapsamına alma eğiliminde olduğu konular düşünülebilir. İlginçtir ama feminist teorinin de buna eleştirisi görülüyor: Acaba kürtajın yasallığı erkeğin cinselliğe

⁹⁷ Ackerman, s. 1.

⁹⁸ Yıldız, Tahir. *Hukuk Belleği ve Hukuki İktidar*. Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, Ankara, 2024, s. 89.

⁹⁹ Kalın, s. 37-38; Yıldız, Tahir, s. 90.

¹⁰⁰ Alicea, Joel. "Originalism and the Rule of the Dead." *National Affairs*, C. 23, 2015, s. 159.

¹⁰¹ Yıldız, Tahir, s. 93-94.

¹⁰² Schmitt, Carl. *Değerlerin Tiranlığı*. Çev. Mehmet Cemil Ozansü, Pinhan, İstanbul, 2022, s. 18.

¹⁰³ Schmitt, s. 24.

¹⁰⁴ Schmitt, s. 31.

ulaşma şansını artıran eril iktidarın meşrulaştırılması olamaz mı¹⁰⁵? Bu durumda özgürlük kapsamında savunulan şey liberalizmin kadını araçsallaştırması değil midir? Bahsedilen sorun liberalizmin kutsalı özel alan (ve kamusal alan) retoriğinde de görülür. Liberal özgürlük anlayışı özel alanda neredeyse bireyin özgürlüğünün sınırsız bir kapsamda ortaya çıktığı yerdir. Halbuki kadının belki de saldırıya en açık olduğu buna karşılık savunmasız olduğu yer özel alandır¹⁰⁶. Verilen örnekler, bireysel özgürlüklerin tabii hukukla ilişkili olarak savunulmasının, kamu yararı anayasacılıkla bir ölçüde uyumun sağlanmasının yanında liberal özgürlük anlayışının eksikliklerinin giderilmesi anlamına gelebilir. Esasında Türkiye'de Anayasa Mahkemesi'nin hak temelli yorumu ile anayasanın sadece formel değil informal değişikliği yoluyla hak ve özgürlüklerin kapsamının genişlemesi de bu yöndeki bir gelişmedir.

Öte yandan yasama fonksiyonun anayasal sınırlılığı liberal öğretiyile ilgilidir. Kamu yararı anayasacılığa ise güçler ayrılığının ve yargısal denetimin gerekmemesi bundan bir kopuştur. Ne var ki öğretilerde azınlıkta kalan siyasi elitlerin lehine yargısal yorum geliştirilmesi, liberal anayasacılıkla ilgili eleştirilen yönlerdir. Özellikle yargısal yorumun siyasi elitlerin ayrıcalıklı pozisyonunu korumaya alet edilmesi ve vesayetçilik, katı anayasa pratiğinin de katkısı ile bir “ölü el sorunu” (*dead hand problem*) doğurur¹⁰⁷. Kazuistik (spesifik) ve yumuşak anayasa ise anayasanın yeni jenerasyon ile uyumlu hale getirilebilmesini mümkün kılarken spesifik politika belirlemesi sayesinde yargısal yorumu sınırlar¹⁰⁸.

III. TÜRKİYE'DE ANAYASA VE KAMU YARARI ANAYASACILIK

Anayasa siyasetinin hangi değeri temel alacağı önemli bir sorudur. Hem anayasa değişikliklerinin hem de anayasal yorumun liberal değerleri toplumsal değerlerle harmanlaması ile ideal anayasa ortaya çıkar. Buna *'harmonik anayasa'* denilebilir. Şeklen bir kanun olarak anayasa Türkiye'yi 'iyi, adil, etkin yönetecek' ve istikrar-güven-birlikte yaşama kültürünü güçlendirecek 'kurumsal ve ideolojik' değerlere sahip olmalıdır. Bunun için Türkiye'nin yeni anayasa serüveninde kurumsallaşmayı sağlayacak reformların yanında ve daha da önemlisi birlikte yaşama ve ötekine güveni içerecek bir anayasa yapımı yönteminin ve anayasal yorumun benimsenmesi gerekir¹⁰⁹.

Hukukumuzda eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetiminde amaç unsuru, kamu yararının arandığı aşamadır. AYM'ye göre *'kamu hizmeti, kamu yararına dönük toplumun ortak*

¹⁰⁵ MacKinnon, Catherine A. *Feminist bir devlet kuramına doğru*. Çev. Türkan Yöney ve Sabir Yücesoy, 3. Baskı, Metis, 2020, s. 219.

¹⁰⁶ MacKinnon, s. 224.

¹⁰⁷ Ölü el argümanı, bugün yaşayanların geçmişte yaşayanların kurallarıyla ve anlayışlarıyla bağlı olunması anlamına gelen orijinalizme karşı yaşayan anayasa anlayışını savunur. Bu, Jefferson'ın kuşaklar teorisinde belirttiği 'dünya yaşayanlara aittir' görüşünün bir yansımasıdır. Öte yandan genel olarak 'hukuk' ama özellikle anayasa hukuku ölü el sorunundan bağımsız düşünülemez. Ölülerin yaşayanları bağlamasına itiraz edilmesi anayasacılığın anlamını yitirmesi olarak görülür. Zira anayasa siyaseti, olağan kanun yapımından farklıdır ve istikrarı amaçlar. Dahası bugün yaşayanların sözlerine (yasalarına) itaat edilmesi, onların geçmiştekilerin sözlerine itaat etmesine bağlıdır. Bir anlamda devamlılık meşruiyeti de doğuruyor. Bu sayede geçmişte yaşayanlar ile bugün yaşayanlar arasında bir tür sözleşme yapılmış oluyor. Bu konudaki karşılıklı argümanlar için bkz. Alicea, s. 150-154.

¹⁰⁸ Versteeg / Zackin, s. 660.

¹⁰⁹ Keyman, Fuat / Ağırdır Bekir / Aydın-Düzgüt, Senem / Kemahlıoğlu, Özge / Özel, Işık. *Yeni Anayasa'ya Doğru: Türkiye'de Kurumsal Reform ve Demokrasi Kültürünün Gelişimi*. TÜRKONFED, İstanbul, 2015, s. 127.

gereksinmesinin karşılanmasına yönelik düzenli ve sürekli etkinlikler'dir¹¹⁰. Yasama işlemlerinin denetiminde yasanın amacının bireysel menfaatlara değil; kamusal menfaatlara yönelmesi esas denetim kapsamındadır. Bununla birlikte bu bağlamdaki denetim bireysel özgürlük ve kamu yararı çatışması değil; bireysel menfaat ve kamusal menfaat çatışmasıdır. Şüphesiz bu ikinci çatışmada kamusal menfaat yönünde tercihte bulunulması birey özgürlüğünün öncelenmediği ve öncelenmemesi gerektiği anlamına gelmez. Aksine liberalizmle de bağdaşır şekilde yasama işleminin soyutluğu ve objektifliği ile ilgilidir.

Başgil, hak ve özgürlüklerin asli teminatının bireyin hak anlayışı ve özgürlük ahlakıyla ilişkili olduğunu belirtiyor¹¹¹. Bu bireysel anlayışın, topluma ve nihayet devlete yansıyan yönleri vardır. Hâkim kültürün politik yönü -anayasal- kültürle yakından ilişkilidir. Esasında anayasal tercihlerin otorite veya özgürlük yönünde olması da anayasayı doğuran koşulların yanında bu kültürle ilişkilidir. Diğer taraftan belli bir ideolojiyi benimsemek ile kültürel veya eğitimsel riskleri asgariye indirmek mümkün olabilir.

Tabii hukuk ile pozitif hukuk arasında, hukukun ne olduğuyla ilgili klasik tartışma Türk hukukunda bir uyumlulaştırmayı içeriyor. Örneğin Anayasamızın 12. maddesi hakların niteliğini bir taraftan herkesin kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez haklara sahip olduğu şeklinde tabii hukuk doğrultusunda belirliyor; diğer taraftan hakların topluma ve aileye karşı yükümlülükleri de içerdiği şeklinde hakların pozitif temeline vurgu yapmaktadır¹¹². Hukuk kuralı hem kamusal ihtiyaçlara cevap verdiği hem de bireyin ihtiyaçlarını karşıladığı ölçüde değerlidir. Onar'ın anayasa kuralı ile ilgili yorumu bu dengeyi belirtiyor:

'Mesela bir anayasanın mükemmel olup olmadığı mücerret ve sırf akli bir bakımdan veya ileri sayılan bir memleketin anayasasına benzemesi bakımından ölçülmez. Bunun kıymeti tatbik edildiği muhitte devlet kuvvetleri arasında bir muvazene husule getirip getirmemesi, devletin hukuka bağlılığını temin edip etmemesi, ferdin haklarını devlete karşı koruyup korumaması, tatbik edildiği siyasi cemiyetin tekamülünü, nihai gayesine varabilmesini sağlaması bakımından ölçülmek lazım gelir¹¹³.'

Bu yorum, bireysel olan ile kamusal olan arasında mutlaka bir çatışmanın var olacağı düşüncesini dışlar. Başgil'in belirttiği şekilde emniyetsiz hürriyet fırtınadaki gemi yolcularının şaşkınlığına, hürriyetsiz emniyet ise mahkumların içinde bulunduğu duruma benzetilebilir¹¹⁴. Öte yandan kamu yararı kavramı erdemli toplumla da ilişkilidir. Yine Başgil'in ifadesiyle memleket insanındaki hak bilinci ve özgürlük terbiyesi ile hem birey haysiyeti hem de kamusal ödevler arasında bir denge kurulmuş olur¹¹⁵.

Türkiye'de hak ve özgürlükler ile otorite/güvenlik dengesinde ikincisinden yana tercih

¹¹⁰ AYM, E.1994/43, K.1994/42, 09/12/1994.

¹¹¹ Başgil, Ali Fuat. *Vatandaş Hak ve Hürriyetlerinin Korunması Meselesi ve Anayasamız*. İsmail Akgün Matbaası, 1956, s. 9.

¹¹² Eren, s. 566-567.

¹¹³ Onar, s. 263.

¹¹⁴ Başgil, s. 4.

¹¹⁵ Başgil, s. 9.

kullanıldığı öteden beri dile getirilir¹¹⁶. Anayasa'da yapılan özellikle 1995, 2001, 2004 ve 2010 yılındaki değişikliklerle özgürlükler alanının genişlediği savunulur. Fakat mevcut anayasamızda da kamu yararı anayasacılığın yansımaları tartışılabilir: Anayasanın başlangıç kısmının beşinci paragrafında 'Türk millî menfaatlerinin, Türk varlığının, Devleti ve ülkesiyle bölünmezliği esasının, Türklüğün tarihî ve manevî değerlerinin'; altıncı paragrafında 'millî kültür, medeniyet ve hukuk düzeni'; yedinci paragrafında 'toplucu Türk vatandaşlarının millî gurur ve iftiharlarda, millî sevinç ve kederlerde, millî varlığa karşı hak ve ödevlerde, nimet ve külfetlerde ve millet hayatının her türlü tecellisinde ortak olduğu, birbirinin hak ve hürriyetlerine kesin saygı, karşılıklı içten sevgi ve kardeşlik duygularıyla ve 'Yurtta sulh, cihanda sulh arzu ve inancı içinde, huzurlu bir hayat talebine hakları bulunduğu'nun belirtilmesi buna örnektir. Benzer şekilde anayasanın 5. maddesinin bir bütün olarak toplumsal düzenin sağlanmasında anayasanın rolünü ve bireyin bu yöndeki sınırlarını haklarına oranla daha belirgin bir şekilde ortaya koyması kamu yararı anayasacılık yönünde değerlendirilebilir. Bu yöndeki düzenlemeleri Bakır Çağlar, 'yönlendirilen hürriyet' olarak nitelemiştir¹¹⁷. Her ne kadar 1982 Anayasası'nın darbe ürünü bir anayasa olması sebebiyle özgürlük ve otorite dengesinde otorite yönünde tercihte bulunduğu meselenin bir yönüyle, 20. yüzyılın sonunda yapılan bir anayasa olarak kurucu iktidarın gelişen riskleri öngördüğü ve otoriteyi öncelediği diğer yönüdür. Benzer yorum, 1982 Anayasa'nın hem 2017 yılı değişiklikleri öncesinde hem de 2017 yılında yapılan değişiklik ile güçlü yürütme yaklaşımı için de yapılabilir. Başka bir deyimle, kamu yararı anayasacılığın güçlü yürütme tercihi, 1982 Anayasasında görülebilir.

Anayasa siyaseti, kamu yararı ile şekillendirilir. Esasında tüm kamusal faaliyetler devletin varlık sebebiyle de ilişkili olarak umumi ihtiyaçları karşılamak, kamu için yararlı olan şeyleri yapmak sebebiyle meşruluk kazanır¹¹⁸. Fakat bu idari tasarruflarda sebep unsuru bakımından yapılan tahlildir ve temelinde idari faaliyetin keyfi olmaması ve kişisel menfaatlere yönelmemesi yatar. Bu yönüyle liberal devlette kamu yararı kişisel menfaat karşısında kamusal olanın korunması anlamına gelirken bireysel hak ve özgürlüklerin korunması amacını dışlamaz. Zira bireysel özgürlüklerin kamusal olanla çatıştığı değil; bireyselin korunmasının kamusalın korunmasına hizmet ettiği kabul edilir. Dahası hükümetlerin kamu yararı gerekçesiyle bireysel özgürlükleri yok etmesi kamu yararı değildir.

Anayasa siyasetinin kamu yararı anayasacılık perspektifiyle yürütülmesi anayasanın değerler içeriğini belirgin hale getirebilir. Ne var ki bu değerlerin belirlenmesi ve değerler arasındaki çatışma potansiyeli anayasa siyaseti açısından sorun taşıyabilir. Carl Schmitt 'değerden bahseden kimse aldatmak istiyordu'¹¹⁹ sözüyle bu potansiyele vurgu yapıyor. Öte yandan, 'yeni anayasacılık' anayasa yapımının siyasi elitlerin uzlaşısından ibaret görülmemesi, halkın yapım süreçlerine katılmasını ifade ediyor¹²⁰. Bu sebeple anayasa yapımının toplumdan kopuk olması ne denli bir sorunsal toplumun değerlerini yansıtmaya çabası da aksi sorunları barındırabilir. Fakat muğlaklığına ve sübjektifliğine rağmen her yorum, her kuruculuk bir tür değer ikamesidir¹²¹. Aslına bakılırsa insanın

¹¹⁶ Örneğin, Çağlar, Anayasa Bilimi, s.93; Özbudun, s. 60-61.

¹¹⁷ Çağlar, Anayasa Bilimi, s. 95.

¹¹⁸ Onar, s. 281.

¹¹⁹ Schmitt, s. 37.

¹²⁰ Öngel, s. 26. Ayrıca Kontacı, s. 22.

¹²¹ Schmitt, s. 40.

öncelikli olduğu, devletin insan için olduğu, devletin devamlılığının insanın yaşatılmasına bağlı olduğu ilkeleri Türkiye’de kadim kültürdür. Bu yönüyle bakıldığında anayasa siyasetinin birey haysiyetine yönelmesi temel bir gerekliliktir.

Kamu yararı anayasacılık yeni anayasa söyleminde de tartışılabilir. Türkiye’nin anayasa arayışında temel tutamağı, 1982 Anayasası’nın darbe anayasası olmasıdır. Bu söylem, anayasanın içeriğinin ötesinde yapım yöntemine odaklanmaktadır. Örneğin Ak Parti’nin yeni anayasa çalıştayında Hayati Yazıcı yeni anayasanın ‘halktan başlayıp halkta bitecek bir süreç’ olduğundan söz ediyor¹²². Bu söylemde anayasanın halkın katılımıyla ve demokratik usullerle yapılması gerektiği perspektifi vardır. Bununla birlikte anayasanın içeriğiyle ilgili olarak kamuoyuna tatmin edici bir içerik sunulmamaktadır. Başka bir deyimle, halihazırdaki anayasanın darbe anayasası olmasından kaynaklı (içeriksel) maddi sorunlarının ne olduğu ve yeni anayasada bunların ne ölçüde giderileceği tartışılmıyor. Özellikle değiştirilemeyen maddeler ile ilgili bir uzlaşma olduğu izlenimi verilirken diğer maddelerle ilgili nasıl değişikliklere ihtiyaç olduğu ve bunların ne ölçüde karşılanabileceği belirtilmiyor. Örneğin yargının bağımsızlığıyla ilgili anayasanın metninden kaynaklı ne tür sorunlar var ve bunlar ne şekilde giderilecek? Hükümet şekliyle ilgili ne tür sorunlar var ve yeni bir hükümet şekli mi belirlenecek? Yasama organının yapısıyla ilgili herhangi bir değişiklik düşünülüyor mu? Anayasa Mahkemesi’nin norm denetimi ve bireysel başvuru yetkisiyle ilgili ne öngörülüyor? Ya da en azından bunlarla ilgili bir perspektif var mı?

Anayasa bir yönüyle teknik (mekanik) bir kanundur. Ayrıntıya girmeden en genel çerçeveyi (çerçeve anayasa anlayışı) sunuyor. Yukarıda anayasal mikroyönetim kavramıyla anayasanın olaycı olup olmamasıyla ilgili birtakım yorumlar yapıldı. Ama sorunların nasıl ve hangi içerikle çözüleceği konusunda şeffaflığa ihtiyaç olduğu yadsınamaz. Aksi takdirde bu yöndeki ciddi bir enerji sarfı sonuçsuz kalır. Çünkü anayasa yapımının önemli maliyetleri vardır. Tüm bu sorular cevaplanmadan yapılacak bir anayasa değişikliği, bu konudaki tartışmayı gidermekten öte daha yoğun tartışmalara ve kutuplaşmaya yol açabilir. Nitekim 2015 yılındaki yeni anayasa girişimi Ak Parti’nin başkanlık hükümet sistemindeki ısrarı sebebiyle akamete uğramıştı. 2017 yılındaki anayasa değişikliğiyle başkanlık sistemi benimsendi ama çok kısa süre sonra yeniden anayasa tartışılmaya başlandı.

Ulusların siyasi, sosyal veya ekonomik yeni bir başlangıcı arzulaması asli kurucu iktidarın ortaya çıkabildiği durumlardır. Fakat Türkiye’de şu an siyasi, hukuki ve sosyal bir kopuş, dönüşüm, yapım usulü dışında yeni anayasayı gerçekten yeni yapacak bir konjonktür var mı? Elbette anayasa sadece bir kopuş anayasası olmak zorunda değil. Bununla birlikte, anayasa yapım süreci ile anayasanın meşruluğu, hak ve özgürlükler rejimi ve demokrasi seviyesi ve nihayet sahip olacağı ömür; yapım sürecinin katılımcılığı yani usulî gerekliliklerinin sağlanmasının yanında yapım sürecini çevreleyen koşulların yani dış etkenlerin de belirleyiciliğini içerir¹²³.

Öte yandan bahsettiğimiz değişiklikler yeni bir anayasa ile değil anayasa değişikliği ile de karşılanabilir. Hatta anayasal istikrar düşünüldüğünde evrimsel değişimin anayasal demokrasi açısından daha olumlu olacağı değerlendirilebilir. Bu yönde, aslında anayasanın katı lafzi yorumunun dışına çıkıldığında metinsel birçok sorunun da aşılabileceği görüşü vardır. Ayrıca eğer yeni anayasa

¹²² Anadolu Ajansı. “[AK Parti’nin "Yeni Anayasa Çalıştayı" başladı.](#)” (ET: 29.10.2024).

¹²³ Kontacı, s. 38-39.

yapımındaki amaç kısa vadeli siyasi hedefler ise anayasa yapımı süreciyle de tabiri caizse kevgire dönen anayasanın yenisi, elverişli olduğu sürece muteber, sonra yeniden delinebilir görülür. Dolayısıyla sorunun büyük ölçüde anayasa algısıyla ilişkili olduğu tespit edilmelidir. Anayasal değerleri ve anayasa ile yeniden ortaya konulmak istenen sosyal birliği yeniden düşünmek ve bu birliğe katkı sunduğu ölçüde yeni anayasa söylemine sarılmak mantıklıdır. Anayasaların sosyal sözleşme belgeleri olduğu söylenir. O halde kutuplaşmayı, ötekileşmeyi artıran, aidiyeti doğurmayan bir süreç ve içerikte anayasal birlik zorlaşır.

SONUÇ

Kamu yararı anayasacılık, liberal felsefenin ürünü anayasayı son yüzyıl içindeki gelişmelerden yola çıkarak yeniden yorumlama iddiasındadır. Buna göre anayasacılığın temel amacının birey hak ve özgürlükleri olarak belirlenmesi temel bir hatadır. Aksine, anayasacılığın amacının kamu yararı olarak belirlenmesi gerekir. Bu yönde tüm devlet fonksiyonlarının ve doğal olarak kurucu fonksiyonun (anayasa yapımının) kamu yararı amacına yönelik olması gerekir. Bu yönde yasaların anayasaya uygunluğu olarak liberal anayasacılığın temel bir kurumu olan anayasa yargısı, kamu yararı anayasacılıkta temel bir kurum değildir. Başka bir deyimle yasaların aykırı olmamak zorunda oldukları anayasa değil, kamu yararadır. Bu bakımdan anayasanın üstünlüğü ilkesinin yerini kamu yararının üstünlüğü ilkesi alır. Bu şüphesiz liberal anayasacılığın kurumlarıyla bağdaşmaz. Öte yandan kamu yararı anayasacılığın liberal devletlerin sorunlarına bir çözüm mü getirdiği yoksa liberal anayasacılıkla bağdaşmamanın ötesinde otoriterleşmeyi mi savunduğu sorgulanabilir. Zira liberal perspektiften hukuk devleti ilkesi en başta kanunun geçerliliğini üst norma uygunluğuna bağlamaktadır. Şüphesiz bu bir perspektiftir; liberal anayasacılığın yaklaşımıdır. Dolayısıyla kanunun kamu yararını hedeflemesi de bir geçerlilik kriteri olabilir. Zaten bu durumda tüm kurguyu yeni baştan yapmak gerekir. Fakat burada sorgulanması gereken, avantaj ve dezavantajlı yönleri itibarıyla iki konsepti ayırmaktır. Başka bir deyimle kamu yararı anayasacılık ile daha iyi bir anayasal dizayn mümkün mü? Anayasal iyi, toplumsal iyi, iyi olanın aynı zamanda erdemli, erdemli olanın adaletli olup olmadığı sorgulanabilir. Hukuk felsefesinin derin kulvarlarına dalmadan bu sorular, daha iyiyi önerebiliyorsak şeklinde yanıtlanmalıdır.

Türkiye'de anayasa siyaseti, tartışılabilir yönlerine rağmen hem anayasal yorum hem de anayasa yapımı açılarından liberal felsefe içinde yapılmaktadır. Anayasayla ilgili tartışmalar karşılıklı olarak liberal felsefe doğrultusunda temellendiriliyor. Bu bir açıdan doğal, çünkü Osmanlı'dan itibaren Türkiye'de anayasal değişim bu kapsamda gerçekleşmiştir. Dahası, siyasi partilerin söylemleri, sivil toplum; kamuoyu bir bütün olarak (örneğin ilk üç maddedeki uzlaşıda olduğu gibi) liberal anayasacılığın sınırları içinde kalan, aslında 1982 Anayasasından çok da köklü ayrımlar içermeyen öneriler sunuyorlar. Bu durum 1961 Anayasasına tepkinin sonucu olmasına rağmen 1982 Anayasası sistematığının 1961 Anayasasına benzerliğinde de görülebilir. Dolayısıyla anayasayı hem işlevi açısından tartışmak hem de anayasaya yüklenen anlam açısından yeniden düşünmek gerekir. İşlevi gerçek anlamda kavranmadan anayasa yapımına girişmek siyasi anayasa ile anayasa metni arasında bir çatışmayı ortaya çıkarır.

KAYNAKÇA

Ackerman, Bruce. Revolutionary Constitutions: Charismatic Leadership and the Rule of Law.

Harvard University Press, 2019.

Alicea, Joel. “Originalism and the Rule of the Dead.” National Affairs, C. 23, 2015, s. 149-161.

Anadolu Ajansı. “[AK Parti'nin "Yeni Anayasa Çalıştayı" başladı.](#)” (ET: 29.10.2024).

Anayasa Mahkemesi. “[T.C. Anayasa Mahkemesi.](#)” (ET: 15.11.2024).

Arendt, Hannah. On Revolution. Penguin Books, 1990

Aristo. Politika. Çev. Furkan Akderin, 3. Baskı, Say, 2017.

Atay, Ender Ethem. “Anayasa Kavramının Tanımı, Hazırlanması ve Değiştirilmesi Arasındaki İlişki.” Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 12, S. 1, 2008, s. 503-550.

Baş, Sezgin. “Yeni Anayasa Gündeminin Anlamı Üzerine.” TYB Akademi, 35, 2022, s. 13-30.

Başgil, Ali Fuat. Vatandaş Hak ve Hürriyetlerinin Korunması Meselesi ve Anayasamız. İsmail Akgün Matbaası, 1956.

Britannica. “[Common good | Philosophy, Ethics & Morality | Britannica.](#)” (ET: 15.11.2024).

Butleritchie, David T. “The Confines of Modern Constitutionalism.” Pierce Law Review, C. 3, S. 1, 2004, s. 1-32.

Callais, Justin T. / Young, Andrew T. “Revolutionary Constitutions: are they revolutionary in terms of constitutional design?.” Public Choice, 2024, C. 200, s. 423-455.

Casey, Conor. “Common Good Constitutionalism: An Introduction.” Elgar Concise Encyclopedia Of Legal Theory And Philosophy, 2024.

Casey, Conor / Vermeule, Adrian. “Myths of Common Good Constitutionalism.” Harvard Journal of Law and Public Policy, C. 45, S. 1 2022, s. 103-146.

Coan, Andrew. “The Dead Hand Revisited.” Emory Law Journal, C. 70, 2020, s. 1-12.

Çağl, Orhan M. Hukuk Metodolojisi Dersleri. Kenan Matbaası, İstanbul, 1949.

Çağlar, Bakır. Anayasa Bilimi. 1. Basım, BFS Yayınları, İstanbul, 1989.

Çağlar, Bakır. “Yeni Anayasacılık Üzerine Notlar.” İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, S. 1-3, 1985, s. 29-42.

Değirmencioğlu, Burcu / Gürsel Düğmeci, Esin. “Platon’un “Devlet (Politeia)” inde Totalitarizmin İzleri.” Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, S. 3, 2024, s. 517-538.

Dworkin, Ronald. Freedom's Law: The Moral Reading Of The American Constitution. Harvard University Press, 1997.

- Duke, George. "Constitutional Symbolism in the Shadow of the Common Good." *German Law Journal*, C. 25 S.3, 2024, s. 368–385.
- Eren, Abdurrahman. *Anayasa Hukuku Dersleri*. 5. Baskı, Seçkin, Ankara, 2024.
- Ginsburg, Tom / Huq, Aziz Z. *How To Save a Constitutional Democracy*. The University of Chicago Press, Chicago, 2018.
- Kalın, İbrahim. *İslam Aydınlanma ve Gelecek*. İnsan, 2024.
- Kelly, Martin David. "Challenging common good constitutionalism: Common Good Constitutionalism: Recovering the Classical Legal Tradition by Adrian Vermeule, Polity Press, 2022, 270 pp." *Jurisprudence*, C. 15 S. 3, 2024, s. 418-440.
- Keyman, Fuat / Ağırdır Bekir / Aydın-Düzgit, Senem / Kemahlıoğlu, Özge / Özel, Işık. *Yeni Anayasa'ya Doğru: Türkiye'de Kurumsal Reform ve Demokrasi Kültürünün Gelişimi*. TÜRKNFED, İstanbul, 2015.
- Kontacı, Ersoy. "Demokratik Anayasa Yapımı Teorisinin Krizi: Şili Deneyimi ve Düşündürdükleri." *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 13, S. 1, 2023, s. 15-44.
- Landau, David, / Dixon Rosalind. "Abusive Judicial Review: Courts Against Democracy." *Davis Law Review*, C. 53, S. 3, 2020, s. 1313-1387.
- Leiter, Brian. "Politics by Other Means: The Jurisprudence of "Common Good Constitutionalism." *University of Chicago Law Review*: C. 90, S. 6, 2023, s. 1685-1717.
- Loughlin, Martin. *Against Constitutionalism*. Harvard University Press, 2022.
- MacKinnon, Catherine A. *Feminist bir devlet kuramına doğru*. Çev. Türkan Yöney ve Sabir Yücesoy, 3. Baskı, Metis, 2020.
- McClain, Linda C. / Fleming, James E. "Toward a Liberal Common Good Constitutionalism For Polarized Times." *Harvard Journal of Law & Public Policy*. C. 46, 2023, s. 1123-1148.
- Onar, Sıddık Sami. *İdare Hukukunun Umumi Esasları C.I*. 3. Baskı, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966.
- Öngel, Mehmet Murat. *Demokratik Anayasa Yapım Süreci*. Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2014.
- Özbudun, Ergun. *Türk Anayasa Hukuku*. 18. Basım, Yetkin, Ankara, 2018.
- Özkan Güneş, Zeynep / Uzunpınar Ç. Serra. "Hukukun Araçsallaştırılması Yoluyla Hukuk Devleti İlkesinde Aşınma, Avrupa Konseyi Ülkelerinden Deneyimler." *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 71, S. 2, 2022, s. 621-682.
- Patterson, C. Perry, "The Evolution of Constitutionalism." *Minnesota Law Review*. C. 32. S. 5, 1948, s. 427-457.

- Schmitt, Carl. Değerlerin Tiranlığı. Çev. Mehmet Cemil Ozansü, Pinhan, İstanbul, 2022.
- Śledzińska-Simon, Anna. “Learning Lessons from the Populist Defeats: From Negative to Positive Constitutionalism.” *Social & Legal Studies*, C. 32, S. 6, 2023, s. 893-910.
- Soltan, Karol Edward. “What Is the New Constitutionalism.” *A New Constitutionalism: Designing Political Institutions for a Good Society*, Editörler [Stephen L. Elkin](#) ve [Karol Edward Soltan](#), The University of Chicago Press, Chicago, 1993, s. 3-19.
- Solum, Lawrence B. “Flourishing, Virtue, and Common Good Constitutionalism.” *Harvard Journal of Law & Public Policy*, C. 46, 2023, s. 1149-1175.
- Şirin, Tolga. Türkiye’de Düşüncenin Tutsaklığı-1. Tekin Yayınevi, İstanbul, 2020.
- Turhan, Mehmet. “Anayasa ve Anayasacılık.” *Amme İdaresi Dergisi*, C. 27 S. 3, 1994, s. 3-12.
- Türcan, Talip. “Sovereignty-Political Power Distinction as the Theoretical Basis of the Concept of the State of Law-A Comparative Study in the Context of Islamic and Western Legal Thought”, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi: Cumhuriyet’in 100’üncü Yılı Armağanı*, 2024, C. 7, S. 2, s. 336-349.
- Valguarnera, Filippo. “Judicial Policymaking in Sweden: A Comparative Perspective.” *Scandinavian studies in law*, C. 61, 2015, s. 185-216.
- Vermeule, Adrian. “Beyond Originalism.” [Common-Good Constitutionalism - The Atlantic](#), (ET: 26.9.2024).
- Vermeule, Adrian. *Common Good Constitutionalism: Recovering The Classical Legal Tradition*. Polity, Cambridge, 2022.
- Versteeg, Mila / Zackin, Emily. “Constitutions Unentrenched: Toward an Alternative Theory of Constitutional Design.” *American Political Science Review*, C. 110 S. 4, 2016, s. 657–674.
- Wilkinson, Michael A. “The Authoritarian Nature of Common Good Constitutionalism.” *The American Journal of Jurisprudence*. C. 69, S. 1, 2024, s. 89-106.
- Yıldız, Abdulkadir. “Anayasa ve Anayasacılık Bağlamında Arap Devrimleri.” *Arap Ayaklanmalarını Yeniden Düşünmek: Süreç ve Aktörler*, Ed. Mesut Özcan ve M. Hüseyin Mercan, Küre, İstanbul, 2022, s. 117-140.
- Yıldız, Abdulkadir. “Anayasal Değişimin Suistimali ve Otoriterleşme: Anayasa Mahkemesi Üzerinden Bir Okuma.” *İnsan ve Toplum Dergisi*. Erken Baskı, 2025, s. 1-29.
- Yıldız, Tahir. *Hukuk Belleği ve Hukuki İktidar*. Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, Ankara, 2024.
- Zabunoğlu, Hamdi G / Altunsu, Onur. “Hart-Bodenheimer Tartışması Üzerinden Analitik Hukuk Bilimi Okuması”, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 6 S. 1, 2023, s. 25-42.

Dinî ve Hukuki Yönleriyle Eski Mezopotamya’da Yemin Uygulamaları ve Yeminin Bağlayıcılığı *

Hasan ÖZYURT^{1**} 

¹ Necmettin Erbakan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Türkiye

Muammer ULUTÜRK² 

² Necmettin Erbakan Üniversitesi Sosyal ve Beşeri Bilimler Fakültesi, Türkiye

Makale Bilgisi	ÖZET
Makale Geçmişi Geliş: 10.02.2025 Kabul: 10.04.2025 Yayın: 20.06.2025 Anahtar Kelimeleri: Eski Mezopotamya, Din, Hukuk, Yemin.	Yazılı belgelere göre Eski Mezopotamya’da sözleşmeler, mahkeme kayıtları ve satış belgelerine ilişkin en eski kayıtlar ile yemin kelimesinin geçtiği en erken metinlerin Sümerlere ait olduğu görülmektedir. Tarihsel süreçte sayıları giderek artan ve içerik açısından çeşitlenen bu belgelerde yer alan yemin uygulamaları, dönemin dinî, hukuki, tıbbî ve siyasi anlayışlarına ilişkin önemli veriler sunmaktadır. Sümerlerden sonra da Eski Mezopotamya’nın çeşitli kültürlerinde yemin uygulamalarına dair örneklerle rastlanması, bu pratiğin toplumsal ve kurumsal yapılar içindeki rolünü ortaya koymaktadır. Yeminlerin, tanrılara ve onların yeryüzündeki temsilcileri olarak kabul edilen krallara bağlılığı ifade eden bir nitelik taşıdığı görülmektedir. Yemin, yalnızca adli bir araç olmanın ötesinde, bir sadakat kanıtı olarak da kabul edilmekteydi. Sümerler dönemine ait yazılı kanunlar, mahkeme kayıtları ve yapılan anlaşmalarda şahit gösterme ve hâkim huzurunda yemin uygulamalarına başvurulduğunu göstermektedir. Bu durum, dönemin insanının kutsal ile kurduğu ilişkiyi ortaya koyarak, Eski Mezopotamya’da tanrılara hizmet etme anlayışını da yansıtmaktadır. Yemin uygulamalarının temel unsuru tanrılar olduğundan, bu ritüelin doğrudan tanrılar ve dinî inançlarla ilişkili olduğu ve dönemin tanrı anlayışına uygun bir biçimde icra edildiği anlaşılmaktadır. Yemin, çoğunlukla bir tapınakta ve rahiplerin huzurunda icra edilebildiği gibi, hukuki bağlamda bir hâkimin gözetiminde de uygulanabilmekteydi. Özellikle yasal sözleşmeler düzenlenirken yemin etme sırasında bir rahibin hazır bulunması gerekirdi. Mahkeme süreci tamamlandıktan sonra bu kaydın korunmasını garanti altına almak için tabletin bir kopyası yapılmaktaydı. Bu çalışmada Eski Mezopotamya’da yemin uygulamalarının hangi gerekçelerle ve nasıl yapıldığı örneklerle açıklanmaya çalışılmıştır.

Oath Practices and Binding Force in Ancient Mesopotamia with Religious and Legal Aspects

Article Info

Article History

Received: 10.02.2025

Accepted: 10.04.2025

Published: 20.06.2025

Keywords:

Ancient Mesopotamia,
Religion, Law, Oath.

ABSTRACT

According to extant documents, the earliest records of contracts, court records, and sales documents in Ancient Mesopotamia, as well as the initial texts utilizing the term oath, can be attributed to the Sumerians. The practices surrounding oaths within these documents, which have proliferated in number and diversified in content throughout history, provide significant insights into the religious, legal, medical, and political paradigms of the period. The emergence of oath practices across various cultures of Ancient Mesopotamia subsequent to the Sumerians underscores the integral role of these practices within social and institutional frameworks. It is evident that oaths functioned as a manifestation of loyalty to the deities and the kings perceived as their earthly representatives. Thus, oaths transcended their judicial utility, serving also as affirmations of allegiance. Documentation from the Sumerian era, including written laws, court records, and agreements, indicates the presentation of witnesses and the taking of oaths in the presence of a judge. This practice elucidates the relationship established by the populace with the sacred and reflects the prevailing understanding of devotion to the gods within Ancient Mesopotamia. Given that the deities were the fundamental elements of oath practices, it is evident that such rituals were intrinsically linked to religious beliefs and conducted in accordance with the contemporary understanding of divinity. The oath was typically administered within a temple and in the presence of priests, although legal contexts permitted its administration under the supervision of a judge. Notably, during the formation of legal contracts, a priest's presence during the oath-taking was mandatory. Following the conclusion of court proceedings, a copy of the tablet was generated to ensure the preservation of this record. This study endeavors to explicate, through exemplification, the motivations and methodologies underlying the performance of oath practices in Ancient Mesopotamia.

To cite this article:

Özyurt, H./Ulutürk, M. (2025). "Dinî ve Hukuki Yönleriyle Eski Mezopotamya'da Yemin Uygulamaları ve Yeminin Bağlayıcılığı", *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 8(1), s. 71-94. <https://doi.org/10.51120/NEUHFD.2025.147>

* Bu çalışma, "Eski Mezopotamya'da Yemin Uygulamaları (Başlangıçtan perslere kadar)" adlı yüksek lisans tezinden üretilmiştir.

**Sorumlu Yazar: Hasan Özyurt, Hasanozyurt1416@gmail.com.

GİRİŞ

Yemin, bireyin belirli bir fiili gerçekleştirip gerçekleştirmediğini veya beyanlarının doğruluğunu belirlemek amacıyla kutsal kavramlarla ilişkilendirilen bir kanıt aracı olarak işlev görmektedir. Ayrıca, dini inançlar, tanrılar ve toplumun önde gelen figürleri aracılığıyla şahitlik edilen bir doğrulama yöntemi olmasının yanı sıra, sorumluluk üstlenme aracı olarak da

kullanılmaktadır.¹ Dinî geleneklere dayanan bu tür uygulamalar, günümüzde yalnızca Doğu ve Batı toplumlarının günlük yaşamında değil, aynı zamanda adli süreçlerde, siyasi makamlar ve kamu kurumlarında, ayrıca belirli meslek gruplarının etik kurallarına bağlılık göstermeleri amacıyla yemin etme pratiği şeklinde de varlığını sürdürmektedir. İlk örnekleri Sümerlere kadar uzanan ve günümüzde de geçerliliğini koruyan bu kültürel ritüeller, akademik çevreler tarafından ilgiyle incelenmektedir. Yemin, tarihsel süreçte değişimlere açık bir yapı sergilese de geleneksel unsurlarının büyük bir kısmını koruyarak varlığını devam ettirmektedir.²

Eski Mezopotamya tarihinin dinî ve hukukî boyutlarını anlamak açısından yemin uygulamaları önemli bir yer tutmaktadır. Dönemin yazılı metinleri, bu uygulamaların kutsallıkla olan ilişkisini ve işlevini inceleme fırsatı sunmaktadır. Zira kutsallıkla ilişkilendirilen uygulamaları ifade eden terimler, belirli kullanım amaçlarının ötesine geçerek, bazen siyasi işlevlerin dışına çıkarak sosyal yapılarla veya bireysel özelliklerle bağlantılı çağrışımlar oluşturabilmektedir.³ Yemin uygulamalarının Eski Mezopotamya’nın teo-politik yapısı nedeniyle uzun bir tarihsel süreç boyunca anlam ve işlev açısından büyük ölçüde değişmeden kaldığı söylenebilir. Bu çalışmada, Eski Mezopotamya’da yeminin yeri, bağlamı ve işlevi üzerine kapsamlı bir değerlendirme sunulmuştur. Çalışmada yöntem olarak içerik analizi kullanılmış olup, döneme ait hukuk belgeleri, sözleşmeler, mahkeme kayıtları ve yemin ritüellerine ilişkin yazılı kaynaklar incelenmiştir. Bu bağlamda, yeminin hukukî, dinî ve siyasi işlevleri ele alınarak, Eski Mezopotamya toplumunda güven tesis etme ve otoriteyi pekiştirme aracı olarak oynadığı rol detaylı bir biçimde analiz edilmiştir.

I. ESKİ MEZOPOTAMYA’DA YEMİN

A. Dinî Yaklaşımlar ve Yemin

Bu coğrafyadaki yemin uygulamalarına, yasal sözleşmeler, evlat edinme belgeleri, diplomatik anlaşmalar ve mahkeme kayıtları gibi metinlerde rastlanmaktadır.⁴ Bu belgeler, yemin uygulamasının yasal bir güvence işlevi gördüğünü ortaya koymaktadır. Dinî temele dayanan böyle bir uygulamanın yasal güvence niteliği taşıması, dönemin kültürel yapısı ile dinî inançları arasındaki güçlü bağlara işaret etmektedir. Yapılan araştırmalar, kralların mutlak otoriteye sahip olup adaletin sağlanmasından sorumlu yargıç, başrahip, askeri ve siyasi lider olarak kabul edildiğini ortaya koymaktadır.⁵ Bu durum, dönemin siyasi ve hukukî yapısıyla, dinî inançlar arasındaki ilişkinin önemli bir örneğidir. Eski Mezopotamya mitolojisinde tanrıların, varlığın sahibi ve evrenin düzenini sağlayan tek güç olarak kabul edildiği bilinmektedir.⁶ Dinî metin çevirileri, arkeolojik çalışmalar ve bölgenin kültürü üzerine yapılan araştırmalar, Eski Mezopotamya’da insanların varlık nedeninin ve temel görevinin

¹ Toptaş, Koray/ Kahya, Ömer. “Asurca ve Babilce Metinlerde Yemin.” *Türkiye Sosyal Araştırmalar Dergisi*, C. 23, S. 2, 2019, s. 316.

² Baysa, Hüseyin. “Güncel Örneklerle İctihadın Bağlamı Dışında Kullanılması Problemi.” *Marife Dini Araştırmalar Dergisi*, C. 23, S. 2, 2023, s. 306.

³ Gündoğdu, Ayşe Eda/ Duman, Mehmet Akif. “Kutsal” Düğüm Sözcüğünün Anlambilimsel Profili Derlem Temelli Bir Çözümleme.” *Medeniyet ve Toplum Dergisi*, C. 6, S. 2, 2022, s. 167.

⁴ Postgate, John Nicholas. “Cuneiform Catalysis: The First Information Revolution.” *Archaeological Review from Cambridge*, Vol. 3, 1984, s. 15.

⁵ Maine, Sir Henry James Sumner. *Dissertations On Early Law and Custom*. I. Edition, Legare Street Press, London, 1883, s. 160.

⁶ Bricker, Daniel P. “Innocent Suffering in Mesopotamia.” *Tyndale Bulletin*, Vol. 51, 2000, ss. 195-196.

tanrılara hizmet etmek olduğu anlayışının hâkim olduğunu ortaya koymaktadır. Bu anlayış, şükran duygusu ve tanrılara borçluluk olarak düşünülmüştür. Bu düşünce, dönemin dinî inanışlarından mitlere, büyüden yemine ve bürokrasiye kadar birçok alanda düzenleyici bir ilke işlevi görmüştür.⁷ Sümer şehir devletlerinde, insanların tapınak merkezli bir ekonomik sistem içinde muhtelif işlerde beraber çalıştığı ve tümünün tanrının hizmetkârı olarak görüldüğü bir tapınak-devlet modeli hakimdi. Bu bağlamda, insanın yaratılışına dair inanç yalnızca insan doğasına ilişkin bir yorum değil, aynı zamanda tanrının mülklerinin yönetim merkezleri etrafında şekillenen ve büyük ölçüde ortak üretime dayanan bir sosyal sistemin açıklaması niteliğindedir.⁸ İnsanların tanrılara hizmet sorumluluğunun, zaman zaman ortaya çıkan siyasi ve askeri istikrarsızlıklara rağmen Eski Mezopotamya’da genel kabul gördüğü söylenebilir. Tanrıların, kutsal varlıkların, ibadetlerin ve dinî törenlerin adları farklılık gösterse de mitolojik hikâyeler büyük benzerlikler taşımaktadır. Eski Mezopotamya’nın kültürel geçiş süreçlerine ek olarak özellikle vurgulanması gereken bir diğer önemli nokta, Sümerlerin tarihi varlığı sona erdikten sonra Sümercenin bir din dili olarak yaklaşık 2000 yıl boyunca kullanılmaya devam etmesidir. Bu durum, bölgenin kültürel sürekliliğini açıkça ortaya koymaktadır.⁹

Eski Mezopotamya kimliğinin temelini oluşturan ortak dinî anlayışın, dönemin insan-tanrı ilişkisini şekillendirdiği söylenebilir. Nitekim, dinî bir uygulama niteliği taşıyan yemin, Eski Mezopotamya tarihinde gündelik yaşamdan adli olaylara ve siyasi işlere kadar birçok alanda kutsalı merkeze alan bir uygulama olarak önemli bir rol oynamıştır. Yeminin kullanım biçimleri incelendiğinde, dönemin dinî anlayışının güçlü etkisi açıkça görülmektedir. Bu duruma dair kanıtlar, yakarış ve ritüel metinlerinde sıkça karşımıza çıkmaktadır. Örneğin, başına gelen olayları yersiz yemin etme suçu ile ilişkilendiren bir kişinin yakarışından bahseden metin şu şekildedir:

*“Tanrım, cezanın ne kadar ağır olduğunu bilmiyordum. Senin adına ciddiyetsizce yemin ettim, hükümlerine saygısızlık ettim, çok ileri gittim, ... misyonunu sıkıntıya soktum, yolunu çok aştım, bilmiyordum, çok. [... Suçlarım çoktur: Ne yaptığımı bilmiyorum. ”*¹⁰

Sümerlerden günümüze ulaşan âyin metinlerinde “yemin etmek,” tanrılara hitaben “yeminin efendisi,” şifa bulma bağlamında ise “yemin bozmak” ve “yeminden kurtulmak” gibi ifadelerle sıkça rastlanmaktadır.¹¹ Eski Mezopotamya tıbbında, teşhis amaçlı kullanılan ve “Şurpu” adı verilen metinlere özellikle Eski Babil döneminde sıkça rastlanmaktadır. Şurpu metinleri psikoz ve nevroz olarak bilinen rahatsızlıklarla ciddi şekilde örtüşmekte ve akıl hastalıklarının ilk farkındalığını temsil etmektedir. Eski Mezopotamya tıbbı üzerine yapılan çalışmalar, obsesif kompulsif bozukluk, fobiler ve psikopatik davranışlara benzer hastalıkların nedenlerinin tanrılara saygısızlıkla ilişkilendirildiğini

⁷ Nakamura, Carolyn. “Dedicating Magic: Neo-Assyrian Apotropaic Figurines and the Protection of Assur.” *World Archaeology*, Vol. 36, No. 1, 2004, ss. 15-16.

⁸ Saggs, Henry William Frederick. *The Encounter with the Divine in Mesopotamia and Israel*. II. Edition, Bloomsbury Academic, London, 2016, ss. 168-170.

⁹ Demirci, Kürşat. *Eski Mezopotamya Dinlerine Giriş Tanrılar Ritüel Tapınak*. I. Baskı, Ayışığı Kitapları, İstanbul, 2019, s. 11.

¹⁰ Lambert, Wilfred George. “Dingir. šà. dib. ba Incantations.” *Journal of Near Eastern Studies*. Vol. 33, No. 3, 1974, s. 275.

¹¹ Kramer, Samuel Noah. *Sümerlerin Kurnaz Tanrısı Enki*. Çev: Hamide Koyukan, I. Baskı, Kabcacı Yayınları, İstanbul, 2000, s. 230.

ve genellikle şeytanların sorumlu tutulduğunu göstermektedir. Ayrıca, bu tür teşhislerin Eski Babil’de “ma-mi-tu” kelimesiyle ifade edildiği bilinmektedir. “Ma-mi-tu” kelimesinin yemin anlamına gelmesi ve adı geçen hastalıklarla ilişkilendirilmesi Babillerin bu terimi kullanarak davranışsal alışkanlıkların tedavisinin güçlüğüne dikkat çektiklerini göstermektedir.¹² Öyle ki, gözlemlenen eylem, bireyin ilgili eylemi gerçekleştirmek veya gerçekleştirmemek üzere yemin etmiş olduğu izlenimini vermektedir.¹³ Bu tür örnekler, söz konusu dönemde dinî inançların farklı alanlardaki belirleyici rolünü gözler önüne sererken, aynı zamanda yemin kavramının işlevsel çeşitliliği hakkında da önemli bilgiler sunmaktadır.

Eski Mezopotamya’da yemin uygulamalarının en temel unsuru, şüphesiz, yeminlerin ilahi şahitleri olarak kabul edilen tanrılardır. Sümer tanrıları Enki ve Enlil, Akad tanrısı Ea, Babil tanrısı Marduk ve Asurluların ulusal tanrısı Asur’un yanı sıra, Eski Babil tanrısı Adad’ın da yemin tanığı olarak özel bir konumda olduğu bilinmektedir. Yemin ve tanrılar üzerine yapılan araştırmalar, Eski Mezopotamya yemin kültüründe Adad’ın, yeminlerin koruyucusu ve dolayısıyla bir hukuk tanrısı olarak kabul edildiğini ortaya koymaktadır. Eski Babil döneminde yeminlerin, Adad’ın ilahi bir sembolü önünde edildiği tespit edilmiştir. Kuzey Babil bölgesi, Yukarı Mezopotamya, Asur tapınakları ve Güneş tanrısı Şamaş’ın ana kült merkezi olan Sippar’da, ayrıca diğer Babil şehirlerinde, Şamaş ve Adad’ın, mahkemeler ve tapınak borçlarıyla ilişkilendirilerek ilahi şahitler olarak birlikte anıldığı görülmektedir. Asur kentindeki en eski Adad tapınağının, MÖ 2. binyılın başlarında kaydedildiği bilinmektedir. Bu tapınak, kentin en önemli dinî yapılarından biri olup, Eski Asur ticaretinde de büyük bir rol oynamış olmalıdır. Bazı araştırmalar, Anadolu’da ticaret yapan Asur kolonilerinin de kendi Adad tapınaklarını inşa etmiş olabileceğini öne sürmektedir.¹⁴

Eski Mezopotamya’da yemin şahidi olarak kabul edilen tanrıların yanı sıra, Eski Babil’in çağdaşı olan Mari Krallığı kayıtlarında, tanrı Itur-Mēr’in yemin şahidi olarak yer aldığı belirtilmektedir. Söz konusu kayıtlarda, tanrı Itur-Mēr adına düzenli olarak kurban sunulduğu ve Marili zanaatkarların tahtirevan, asa ve silah gibi ritüel nesnelerinin yapımıyla ilgilendiği tespit edilmektedir. Bu bilgiler, Marililerin tanrı Itur-Mēr’i yeminlerin hakemi ve hastalara şifa veren bir ilahi figür olarak kabul ettiklerini, ayrıca asa ve aslan figürlü flamalar gibi semboller aracılığıyla ona atıfta bulunduklarını ortaya koymaktadır.¹⁵

Akad, Asur ve Babil tanrıları olan Şamaş, Asur ve Marduk gibi baş tanrılar, konumları nedeniyle Eski Mezopotamya inançlarında neredeyse tek tanrıca bir inancı andıran bir görünüme sahiptir.¹⁶ Eski Mezopotamya’nın çok tanrılı dinî yapısına rağmen, tanrı panteonlarının başındaki

¹² Reynolds, Edward H./ Wilson, James V. Kinnier. “Neurology and psychiatry in Babylon.” *Brain: A Journal of Neurology*, Vol. 137, No. 9, 2014, ss. 2615-2616.

¹³ Reynolds, Edward H./ Wilson, James V. Kinnier. “Obsessive compulsive disorder and psychopathic behaviour in Babylon.” *Journal of Neurology, Neurosurgery, and Psychiatry*, Vol. 83, No. 2, 2012, s. 199.

¹⁴ Schwemer, Daniel. “The Storm-Gods of the Ancient Near East: Summary, Synthesis, Recent Studies. Part I.” *Journal of Ancient Near Eastern Religions*, Vol. 7, No. 2, 2007, s. 140.

¹⁵ Sasson, Jack M. “Ancestors Divine?” *Veenhof Anniversary Volume*, van Soldt, Wilfred Dercksen vd., Peeters Publishers, Leiden, 2001, s. 415.

¹⁶ Demirci, s. 17.

tanrılara duyulan bu ilgi ve panteonlarla ilgili dinî aktarımın, siyasi nedenlere dayandığı söylenebilir. Çünkü Eski Mezopotamya kralları, siyasi otoritelerini güçlendirmek ve meşruiyetlerini kendi kültürlerine özgü ilahi bir güce dayandırmak amacıyla “millî” bir tanrı inancını yaygınlaştırmayı hedeflemişlerdir.¹⁷ Babil kralı Hammurabi dönemi (MÖ 1792-1750), bu tür teo-politik bir uygulamanın önemli bir örneğini teşkil eder. Hammurabi’nin iktidarında, Eski Babil krallığının güçlenmesi ilahi bir çerçevede şekillenir. Buradan Babil tanrısı Marduk’un, kral Hammurabi’nin siyasi otoritesiyle paralel olarak ön plana çıktığı anlaşılmaktadır.¹⁸ Öte yandan, suçlar ile cezalar arasındaki orantılılığın sağlanmasında hem kanun koyucunun hem de hâkimin önemli sorumluluklar üstlendiği görülmektedir.¹⁹ Bu bağlamda, yargı süreçlerinin ve ceza uygulamalarının dönemin sosyal, hukuki ve politik koşullarına uygun bir biçimde icra edildiği anlaşılmaktadır. Kanun koyucu, cezaların belirlenmesi ve yasal çerçevenin oluşturulmasında temel bir rol oynarken, hâkimler ise yasal düzenlemeleri yorumlayarak adaletin sağlanmasına katkıda bulunmuştur. Böylece, hukuk sisteminin esnek ve uygulamaya elverişli bir yapıya sahip olduğu ve yemin gibi hukuki prosedürlerin de bu süreçte önemli bir araç olarak kullanıldığı söylenebilir. ve bunların dönemin koşullarına uygun şekilde icra edildiği görülmektedir.

1. Eski Mezopotamya’da Yemin Kelimesinin Etimolojisi ve Ritüeli

İçinde yemin geçen en eski kayıtlar, Sümerce sonra da Akadca dilinde yazılmış mahkeme kayıtları, anlaşma metinleri ve kanun düzenlemelerinde yer almaktadır. Bu metinlerde yemin, genellikle “riksu” ve “riksātu” kelimeleriyle ifade edilmiştir. Ayrıca, “yemin etmek” anlamında “wama’um” ve “wamûm” kelimeleri ile, Eski Mezopotamya’nın geç dönemine ait kayıtlarda “tamûm” kelimesi de kullanılmıştır. Bu döneme ait metinlerde geçen “Niş ilim zakaru” ifadesinin ise, “tanrının yaşamı üzerine yemin etmek” anlamında kullanıldığı bilinmektedir.²⁰ Babilce metinlerde geçen bir başka yemin anlamında kullanılan kelime ise “adû/adê” kelimesidir. Bunun dışında Babil ve Asur metinlerinde Sümerce dilinden aktarıldığı anlaşılan “itmû” teriminin ‘yemin etti’ anlamına geldiği bilinir. Yemin anlamında sıkça yazılan bir ifade olarak “adû/adê” kelimesi, Yeni Babil ve Yeni Asur belgelerinde bilhassa vassal krallıklarla yapılan sözleşmelerde sadakat yemini için kullanılır.²¹ Yemin kelimesinin kullanımına dair tüm bu bilgilerin dışında dönemin mahkeme kayıtlarına dair araştırmalardan anlaşıldığına göre “tanrıyı yemin şahidi olarak çağırmak” anlamında kullanılan en yaygın ifade “ilâni rabûti”, “büyük tanrılar” veya büyük tanrıların adı anlamında: “şum ilâni rabûti” kelimesidir.²²

Eski Mezopotamya’da yemin ritüelinin sözlü ve fiziksel uygulamalara dayandığı

¹⁷ Kovalev, S, Diakov, V. *İlkçağ Tarihi Ortadoğu, Uzakdoğu, Eski Yunan*. Çev: Özdemir İnce, V. Baskı, Yordam Kitap Yayınları, İstanbul, 2017, s. 95.

¹⁸ Sayce, Archibald. *The Religions Of Ancient Egypt And Babylonia*, I. Edition, T & T Clark 38 George Street, Edinburgh, 1903, s. 325.

¹⁹ Özgenç, Nuri Berkay. “Suç ile Soyut Ceza Arasındaki Orantılılık.” *NEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 7, 2024, S. 1, s. 174.

²⁰ Tosun, Mebrure/ Yalvaç, Kadriye. *Sümer, Babil, Assur Kanunları ve Ammi-Şaduqua Fermanı*, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 1988, ss. 277-278.

²¹ Mercer, Samuel A. B. “The Oath in Cuneiform Inscriptions III. The Oath in Inscriptions since the Time of the Hammurabi Dynasty.” *The American Journal of Semitic Languages and Literatures*, Vol. 30, No. 3, 1913, s. 199.

²² Mercer, Samuel A. B. *The Oath in Babylonian And Assyrian Literature*. I. Edition, Librairie Orientaliste Paul Geuthner, Toronto, 1912, s. 37.

anlaşılmaktadır. Bu kültürde yemin etme yöntemi oldukça kesindir ve tanrılara yakarmaktan çok, sembolik eylemler ön plandadır. Yemin ederken elin yukarı kaldırılması, Babil ve Asur kültürlerine özgü önemli bir yemin uygulamasıdır. Özellikle sağ elin kaldırılması, sol elden daha yaygındır ve kaldırılan elin temiz olması gerekmektedir. Bu durum, döneme ait bir metinde de yer almaktadır. “Ma-mit ina ni bata la misti niš ili zakaru” ifadesi, temiz olmayan el ile tanrı adına yemin etmenin yasak olduğunu ifade eder.²³ Bu ritüellerin yanı sıra, özellikle yasal sözleşmelerde kişi yemin ederken rahibin de hazır bulunması gerekirdi, zira rahipler aynı zamanda yargıçlık yapmaktaydılar.²⁴

Eski Mezopotamya’da yeminlerin edildiği tapınaklar şüphesiz büyük bir öneme sahiptir. Babil ve Asur belgelerinde sıkça karşılaşılan ve yeminle bağlantılı kullanılan “tanrının önünde” ifadesinin, tanrıların evi olarak kabul edilen tapınakları kastettiği anlaşılmaktadır.²⁵ Babil kültüründeki yemin törenlerinin, tanrı Şamaş’ın buhurdanı önünde, Şamaş’ın Sippar’daki tapınağında ya da Babil’deki tanrı Marduk’a ait tapınağın kapılarına yontulmuş ejderha sembolü önünde gerçekleştirildiği bilinmektedir.²⁶ Bu tür dinî törenler, Eski Mezopotamya tanrı inancının sembollerle olan ilişkisini gözler önüne serer. Yemine davet edilen tanrının maddi biçimde, sembolü olan kabartma veya heykelin içinde bulunduğu inanıldığı anlaşılmaktadır. Ayrıca, Anadolu’da ticari faaliyetlerde bulunan Asur kolonilerine ait belgeler de bu konuyla ilgili örnek teşkil eden bilgiler sunmaktadır. Bu belgelerde, tanrıların sembolleri önünde yapılan dualara yer verilmektedir.²⁷ Ayrıca, bu devrin belgeleri içinde, Asurlu tüccarlara ait altın cevherinden yapılmış tanrı tasvirlerini içeren heykellerden bahseden kayıtlar bulunmaktadır. Bu kayıtların vefat etmiş tüccarların mal varlıklarının listelendiği belgeler olduğu anlaşılmaktadır.²⁸ Bu durum, çivi yazılı belgeler ve mezar taşları gibi arkeolojik bulguların, ait oldukları dönemin yemin kültürüne ek olarak ekonomik, sosyal ve siyasi yapısına dair de önemli bilgiler içerdiğini göstermektedir.²⁹

II. SÜMER VE AKAD YEMİN KÜLTÜRÜ

A. Erken Hanedanlar Döneminden III. Ur Sülalesine Sümer Yemin Kültürü

Eski Mezopotamya’nın bilinen en eski kültürü Sümerlere ait ilk yazılı belgeler MÖ 3100 tarihlidir.³⁰ Sümer edebiyatının günümüze ulaşmış erken dönem kayıtları yemine dair herhangi bir kanıt sunmaz. Ancak Sümer yazılı kültürünün önemli yeniliklerinden biri yasal sözleşme türü belgelerdir.³¹ Mahkeme kayıtları ve yasal sözleşmeler gibi resmi belgeler, dönemin yemin kültürü hakkında önemli bilgiler sunmaktadır. Bu tür belgeler, toplumların hukuki ve sosyal yapıları hakkında

²³ Mercer, *Babylonian And Assyrian Literature*, s. 37-38.

²⁴ Schorr, Moses. *Altbabylonische Rechtsurkunden Aus Der Zeit Der I. Babylonischen Dynastie. (Ca. 2300-2000 V. Chr.)*. I. Auflage, Wien, In Kommission Bei A. Hölder, Germany, 1907, s. 28.

²⁵ Mercer, *Babylonian And Assyrian Literature*, s. 34.

²⁶ Johns, Claude Hermann Walter. *Babylonian And Assyrian Laws, Contracts And Letters*. I. Edition, C. Scribner's sons, New York, 1904, s. 100.

²⁷ Veenhof, Klaas R. “The Family God in Old Babylonian and Especially in Old Assyrian Sources.” *Revue d'Assyriologie et d'archéologie orientale*, Vol.112, No. 1, 2018, s. 84.

²⁸ Larsen, Mogens Trolle. *Kültepe Tabletleri 6-a: The Archive Of The Salim-Assur Family Volume 1: The First Two Generations*, I. Baskı, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara, 2018, s. 15.

²⁹ Gürbüz, Salih/ İnci, Berrin. “Bir Yazılı İletişim Aracı Olarak Mezar Taşı Kitabeleri.” *Konya Sanat Dergisi*, S. 6, 2023, s. 59.

³⁰ Johns, ss. 1-3.

³¹ Postgate, s. 15.

kapsamlı veriler sağlamalarının yanı sıra, antik dönemde yeminlerin nasıl kullanıldığına dair somut örnekler de içermektedir. Yemin içerikli belgelerin bilinen en eski örnekleri, Mezopotamya’da Ur Hanedanlığı’nın ikinci dönemi olarak adlandırılan ve M.Ö. 25. yüzyıl civarına tarihlenen döneme aittir. Bu kayıtlar, hukuki bağlayıcılığı artırmak, tanrılar huzurunda güvence sağlamak ve toplumsal düzeni korumak amacıyla yeminlerin nasıl formüle edildiğini göstermektedir.³² Bu dönemden önceye ait yemin içerikli en eski kanıt, “Akbabalar Anıtı” olarak bilinen anlaşma anıtıdır. M.Ö. 2460 yılına tarihlendirilen bu anıtın, Lagaş Kralı Eanatum’un, bir başka Sümer şehir devleti olan Umma’ya karşı kazandığı zaferin anısına dikildiği bilinmektedir. Anıt, sadece askeri bir zaferi belgelemekle kalmayıp, aynı zamanda yeminlerin siyasi ve diplomatik bağlamda nasıl kullanıldığına dair önemli bilgiler sunmaktadır. Bu bağlamda, anıt üzerindeki metinler, antik Mezopotamya’da antlaşmaların kutsal yeminlerle nasıl pekiştirildiğini ve tanrılar huzurunda yapılan taahhütlerin siyasi düzenin devamlılığındaki rolünü ortaya koymaktadır.³³ Akbabalar Anıtı, birbirine komşu iki Sümer şehir devleti olan Lagaş ve Umma arasında yaklaşık 150 yıl süren sınır ve su sorununa ilişkin önemli bilgiler içermektedir. Anıt, bu iki devlet arasında yer alan “Guedena” bölgesine dair anlaşmazlıkları yansıtarak, Mezopotamya’da su kaynaklarının ve toprak mülkiyetinin politik ve ekonomik önemine işaret etmektedir. Hem tasvirleri hem de yazılı metni ile anıt, Lagaş ve Umma arasında gerçekleşen savaşın ayrıntılarını belgelemekte, savaşın sonuçları doğrultusunda imzalanan iki farklı anlaşma hakkında bilgi sunmaktadır. Bu bağlamda, anıt, yalnızca askeri zaferin bir ifadesi olmakla kalmayıp, aynı zamanda erken dönem diplomatik ilişkiler, antlaşmalar ve yemin uygulamalarına dair önemli veriler sağlamaktadır.³⁴ Anıtın tüm parçaları Fransa’nın Paris şehrinde bulunan Louvre müzesinde sergilenmektedir.³⁵ Anıt üzerindeki yazılı metinlerden, Lagaş Kralı Eanatum’un savaşın galibi olarak mağlup ettiği Umma şehrine bir antlaşma dikte ettiği anlaşılmaktadır. Bu durum, Eski Mezopotamya’da savaş sonrası siyasi ve hukuki düzenlemelerin nasıl şekillendiğine dair önemli bir örnek teşkil etmektedir. Metinler, galip tarafın kendi çıkarlarını korumak amacıyla mağlup devlete zorunlu kıldığı hükümleri belgeleyerek, dönemin diplomatik ve hukuki pratiklerine ışık tutmaktadır.³⁶ Akbabalar Anıtı’nın ilk bölümünde, Sümer tanrısı Enlil adına düzenlenmiş yemin içerikli bir metin bulunmaktadır. Bu metin, Sümerce dilinde ve çivi yazısıyla kayda geçirilmiş olup şöyledir:

“.. Eannatum [Tanrı] Enlil’in Nsgof-netini Ummaite’nin üzerine koydu [ve] o [Ummaite] ona [Eannatum’a] yemin etti: “Göğün ve verin kralı Enlil’in yaşamı adına. Ningirsu’nun tarlalarını [sadece] bir koru kadar yiyeceğim [ve sadece] eski hendeğe kadar hak iddia edeceğim, ama sonsuza dek asla Ningirsu’nun sınırlarımı ihlal etmeyeceğim, hendeklerini [ve] kanallarını ihlal etmeyeceğim; ne de dikili taşlarını sökeceğim. Eğer [bu anlaşmayı ihlal edersem, o zaman yemin ettiğim Enlil’in sitsgal-

³² Mercer, *Babylonian And Assyrian Literature*, s. 2.

³³ Winter, Irene. *On Art in the Ancient Near East: From the Third Millennium B.c.e.* II. Edition, Brill Academic Pub, Leiden, 2009, ss. 3-51.

³⁴ Akpınarlı, Neyire/ Şatıroğlu, Hasan Utku. “Akbabalar Dikilitaşı: Sümer Şehir Devletlerinin Aralarındaki Hukuka Dair Çıkarımlar.” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 71, S. 2, 2022, s. 861.

³⁵ Winter, Irene. “After the Battle Is Over: The “Stele of the Vultures” and the Beginning of Historical Narrative in the Art of the Ancient Near East.” *Studies in the History of Art*, Vol. 16, 1985, s. 13.

³⁶ Cooper, Js. *Reconstructing History from Ancient Inscriptions: The Lagash-Umma Border Conflict*: 2. I. Edition, Undena Publications, Malibu, 1983, s. 13.

net’i gökten Umma’nin üzerine atılsın.”³⁷

Akbabalar Anıtı dışında, Sümer tarihinin erken dönemine ait yemin içeren kayıtlara rastlanmamaktadır. Ancak, Sümer Ur Hanedanlığı’nın ikinci dönemine ait yasal sözleşmeler ve mahkeme kayıtları, dönemin yazılı kültüründe yemin uygulamalarının yaygınlaşmış olduğunu göstermektedir. Bu belgeler, yeminlerin hukuki bağlamda nasıl kullanıldığına ve toplumsal düzenin sağlanmasındaki rolüne dair önemli kanıtlar sunmaktadır. Bununla birlikte, yemin uygulamalarının yalnızca Ur Hanedanlığı dönemiyle sınırlı olduğu sonucuna varmak yanıltıcı olabilir. Zira yemin, belirli bir kelime veya formülle yazılı hale getirilme geleneği oluşmadan önce de sözlü olarak uygulanmış olabilir. Bu durum, erken Sümer kentlerinde sözlü geleneklerin yazılı kayıtların öncesinde de önemli bir hukuki ve toplumsal işlev gördüğüne işaret etmektedir.

Sümerlerin Erken Hanedanlık Dönemi’ne yönelik yapılan araştırmalar, Ur Hanedanı’na ait yemin içeren metinlerin büyük çoğunluğunda yeminlerin krala dua edilmeden gerçekleştirildiğini ortaya koymaktadır. Bununla birlikte, aynı döneme ait bazı sözleşme metinlerinde yeminlerin krala dua edilerek uygulandığı da görülmektedir. Bu durum, Sümer tarihinin erken dönem sözleşme metinlerini, daha sonraki Babil yemin geleneğinden ayıran belirgin bir fark olarak öne çıkmaktadır. Öte yandan, Babil’in Hammurabi Hanedanı döneminde ise yemin uygulamalarının farklı bir biçim kazandığı anlaşılmaktadır. Bu dönemde kural gereği, kralın adı yemin metinlerinde özellikle zikredilmekte ve yeminler genellikle bir ya da daha fazla tanrıya dua edilerek gerçekleştirilmektedir. Bu karşılaştırma, Sümerlerden Babillere geçiş sürecinde yemin uygulamalarının nasıl değiştiğini ve kralın otoritesinin zamanla nasıl pekiştirildiğini göstermesi açısından önemlidir.³⁸

Dönemin yemin içeren ancak dua içermeyen uygulamalarına örnek teşkil eden ve beş işlemden oluşan tabletin sunduğu bilgiler aşağıdaki gibidir:

Köle satışı onayı: “Lugal-azag-zu adlı biri, 16 şekel gümüş ödeyerek bir köle satın alır. Satış işleminin onaylanması için bilirkişi (niaikim) huzurunda yemin eder (arn-erim-am).”

İnek çalınması iddiası: “Bira üreticisi Ur-’Dumu-zi’ye, Çoban Ninni-ka tarafından bir ineğin çalındığı (tüg in ûr) bildirilir.” Bu iddia üzerine, bilirkişi Ur-nigin-gar huzurunda, töhmet altındaki Ninni-ka masumiyetine yemin eder ve suçsuz bulunur.

Suçsuzluğun yeminle ifade edilmesi: Tıpkı ikinci örnekte olduğu gibi, bir kişi suçlamayı reddetmek için değerlendiricinin huzurunda yemin eder. “Ba-ü-nin-âm, müzisyen An-ka Xkâr’ın kızı, Ur-kisal’ın oğlu Amar-ninni-za reddediyor: Lidlü-lû (yemin ediyor); Ur-nigin-gar, bilirkişiydi.”

Gümüş hırsızlığı suçlaması: Lugal-gi-na adlı kişi, 10 şekel gümüş çalmakla suçlanır; ancak bilirkişi huzurunda suçsuz olduğuna dair yemin eder.

Giysi davası: Bir giysiyle ilgili açılan davada, tabletin büyük oranda hasar görmesi nedeniyle dava içeriği tam olarak belirlenememektedir.³⁹

Yukarıda bahsedilen mahkeme kaydı cinsinden metinlerde yer alan yeminler, dönemin hukuk usulü hakkında önemli bilgiler sunmaktadır. Bu tür adli kayıtlarda öncelikle sözleşmenin tarafları belirtilmekte, ardından işlemin niteliği ve bu işlemle bağlantılı olaylar ayrıntılı şekilde

³⁷ Kramer, Samuel Noah. *The Sumerians: their history, culture, and character*. I. Edition, University of Chicago Press, Chicago, 1963, s. 310.

³⁸ Mercer, *Babylonian And Assyrian Literature*, s. 36.

³⁹ Genouillac, Henri de. *Inventaire des Tablettes de Tello conservées au Musée Impérial Ottoman*. I. Edition, Ernest Leroux Editeur, 1910, s. 45.

kaydedilmektedir. Sözleşmeye konu olan işlemin açıklanmasının ardından yemin uygulaması yer almakta olup, bu yemin ilgili tarafların beyanlarını hukuki olarak bağlayıcı hale getirmektedir. Kayıt işleminin son bölümünde ise, her zaman zorunlu olmamakla birlikte, şahit veya şahitlerin isimleri yazılmaktadır. Bunun yanı sıra bilirkişinin ve hâkimin/hâkimlerin adları belirtilmekte ve mahkemenin gerçekleştiği tarihe yer verilmektedir. Sümer adli belgelerinin tarihlendirme geleneğine göre, söz konusu kayıtlar mahkemenin gerçekleştiği yılın en önemli olayı referans alınarak tarihlenmektedir. Örneğin, “Humurti’nin yenilgiye uğratıldığı yılı takip eden yıl” gibi ifadelerle tarihlendirme yapılmıştır. Bu kayıt özelliklerinin yanı sıra, Sümerlerde ve genel olarak Eski Mezopotamya hukuk prosedüründe mahkeme kayıtlarının yazmanlar tarafından bir kopyasının alındığı ve kayıtların mühürleme işlemiyle resmiyet kazandığı bilinmektedir. Bu uygulamalar, dönemin hukuki işleyişini ve kayıt sisteminin güvenilirliğini sağlama yöntemlerini anlamak açısından büyük önem taşımaktadır.

Akbabalar Anıtı örneğinde de görüldüğü üzere, Sümer şehir devletleri arasında sınır ve su kaynaklarıyla ilgili çeşitli anlaşmazlıklar yaşanmıştır. Bu tür ihtilaflar, Güney Mezopotamya’ya yönelik göç hareketleri, siyasi dalgalanmalar ve askeri istikrarsızlıklara rağmen Sümer şehir devletlerinin varlıklarını sürdürmelerine engel olmamıştır. Aksine, Sümerler bu süreçte kültürel devamlılıklarını koruyarak bölgeye göç eden yeni topluluklar üzerinde önemli bir etki bırakmış ve onların kültürel yapılarının şekillenmesine katkıda bulunmuşlardır. Bu durum, Sümer medeniyetinin sadece kendi döneminde değil, kendisinden sonra gelen uygarlıklar üzerinde de kalıcı bir etkiye sahip olduğunu göstermektedir.⁴⁰ Akadların ardından, araştırmacıların “Yeni Sümer” ya da “Sümer Rönesans’ı” olarak adlandırdığı III. Ur Hanedanlığı dönemi ortaya çıkmıştır. Sümerlerin Eski Mezopotamya’da siyasi, askeri ve kültürel açıdan en etkili oldukları bu dönemde Sümer tarihinin erken dönemine kıyasla çok sayıda yazılı belge kayda geçirilmiştir. Örneğin sayıca artan yasal sözleşme belgelerinin yalnızca bir işlemi yasal hale getirmekle kalmayıp, aynı zamanda bireyin varlıkları ya da mülkiyetinin yasadışı faaliyetlerle ilişkilendirilemeyeceğine dair bir güvence sağladığı anlaşılmaktadır.⁴¹ Yasal sözleşmelerde olduğu gibi, kanun metinlerinde de dönemin yemin kültürüne dair izler bulunabilir. Örneğin, III. Ur Hanedanı Kralı Ur-Nammu’ya ait kanun düzenlemesi, ilk objektif adalet sistemini temsil etmekte olup⁴² aynı zamanda yeminle ilgili düzenlemeler de içermektedir. MÖ 2050 civarına tarihlenen bu kanunlar, kendisinden önceki reformlar olan Urukagina Talimatnamesi (MÖ 2750 civarı) ve Gudea Fermanı’ndan (MÖ 2150 civarı) farklı olarak, bu coğrafyanın hukuk tarihinde gerçek anlamda bir kanun düzenlemesi olarak kabul edilmektedir.⁴³ Ur-Nammu Kanunları’ndan günümüze ulaşan metinler arasında yalnızca iki kanun maddesi yeminle doğrudan ilişkilidir ve bu maddeler, davalarda şahitlerin konumuna ve onların beyanlarına yönelik düzenlemeler içermektedir. Bu hükümler, Sümer hukuk sisteminde yemin uygulamalarının özellikle şahitlik bağlamında nasıl kullanıldığını göstermesi açısından

⁴⁰ Ur, Jason A. “Cycles of Civilization in Northern Mesopotamia, 4400—2000 BC.” *Journal of Archaeological Research*, Vol. 18, No. 4, 2010, s. 415.

⁴¹ Postgate, s. 15.

⁴² Gossett, Bradley. *Mankind and Justice: An exploration of the Code of Ur Nammu, Hammurabi, and the Ten Commandments*. Southeastern Baptist Theological, Undergraduate Seminary, 2020, s. 1-2.

⁴³ Gökçek, L. Gürkan/ Akyüz, Faruk. “Sümer Kanunları.” *Fırat Üniversitesi Orta Doğu Araştırmaları Dergisi*, C. 9, S. 1, 2013, s. 3-5.

önemlidir. Şahit ifadelerinin doğruluğunu güvence altına almak ve hukukî süreçlerin meşruiyetini sağlamak amacıyla yemin ettirme pratiğinin benimsendiği anlaşılmaktadır. Bu durum, erken Sümer hukukunun, yemin aracılığıyla adli süreçlerde güvenilirliği artırmayı hedefleyen bir yapıya sahip olduğunu ortaya koymaktadır.⁴⁴ Ur-Nammu kanunlarının yemin ihtiva eden maddeleri aşağıdaki gibidir:

30. “Bir adam şahit olarak ortaya çıktıysa ve bir yalan yere yemin ettiği gösterildiyse, on beş şekel gümüş ödemesi gerekir.

31. “Bir adam şahit olarak görünürse, ancak yeminini geri çekerse, davanın dava edilmesindeki değer ölçüsünde ödeme yapmalıdır.”⁴⁵

Ur-Nammu Kanunları’nda yalan yere yemin edilme ihtimaline yönelik düzenlemeler, III. Ur Hanedanlığı dönemine ait yasal sözleşmelerin önemini ortaya koymaktadır. Bu döneme ait mahkeme kayıtlarında, davalı kişilerin ve şahitlerin tanrı adına yalan yere yemin ettiklerine dair bilgilere rastlanmaktadır. Bu durum, yemin uygulamalarının hukukî güvenilirliğine dair soru işaretleri doğurmuş ve yazılı yasal sözleşmelerin daha sağlam ve bağlayıcı bir hukukî araç olarak kabul edilmesine yol açmıştır. Dolayısıyla, III. Ur Hanedanlığı döneminde yasal sözleşmelerin, yemine dayalı beyanlardan daha güvenilir bir hukukî dayanak olarak görüldüğü söylenebilir.⁴⁶

III. Ur Hanedanlığı’na ait kanun düzenlemeleri ve yasal sözleşme türü belgelerin yanı sıra, Kral Ur-Nammu’nun oğlu ve halefi Kral Şulgi dönemine ait askeri kayıtlar da yemin uygulamalarıyla ilgili önemli bilgiler içermektedir. Bu döneme ait bir ordu kaydında, III. Ur Hanedanlığı’na bağlı garnizonlar için Puzriş-Dagan bölgesinden gerçekleştirilen hayvan alımları ile Nippur kentinde bulunan Ninurta Tapınağı’nda düzenlenen yemin töreni için yapılan harcamalar belgelenmiştir. Söz konusu belgede, yemin töreni kapsamında kullanılan hayvanlara ilişkin olarak şu ifade yer almaktadır: “Lullubum komutanları adına Ninurta Tapınağı’nda yemin için koyun (ve) keçi.” Bu kayıt, yemin törenlerinin yalnızca hukukî ve diplomatik bağlamda değil, askeri uygulamalar çerçevesinde de önemli bir yer tuttuğunu göstermektedir. Özellikle Ninurta Tapınağı’nda gerçekleştirilen bu tören, ordunun bağlılık yemini ettiği ve tanrılar huzurunda sorumluluk altına girdiği ritüellerin bir parçası olarak değerlendirilebilir.”⁴⁷ Bu tür nadir bilgiler, III. Ur Hanedanlığı döneminde kurban sunuları ile yapılan bir yemin uygulamasının varlığını desteklemektedir. Aynı döneme ait başka bir belgede ise, orduların yemin töreni sırasında çokça et pişirildiği ve törensel amaçlarla kamışların kullanıldığına dair bir bilgi bulunmaktadır. Bu kayıtlar, yemin törenlerinin sadece sözlü beyanlarla sınırlı kalmayıp, belirli ritüeller ve maddi unsurlar eşliğinde gerçekleştirildiğini göstermektedir. Özellikle kurban sunularının yemin ritüellerinde önemli bir yer tutması, bu uygulamaların dinî ve hukukî boyutlarını bir araya getiren törenler olarak şekillendiğini ortaya koymaktadır.⁴⁸ Dönemin askeri yemin töreni hazırlıklarının kaydedildiği belgelere göre, bu

⁴⁴ Roth, Martha Tobi. *Law collections from Mesopotamia and Asia Minor*. I. Edition, Scholars Press, Atalanta, 1995, ss. 13-22.

⁴⁵ Kramer, Samuel Noah. “Ur-Nammu Law Code.” *Orientalia, Nova Series*, Vol. 23, No.1, 1954, s. 71.

⁴⁶ Foster, Benjamin R. *Before the Muses: An Anthology of Akkadian Literature*. II. Edition, CDL Press, Bethesda, 2005, ss. 215-216.

⁴⁷ Patterson, Daniel. *Elements Of The Neo-Sumerian Military*. Doctoral Dissertation in Philosophy at the University of Pennsylvania, 2018, s. 127.

⁴⁸ Steinkeller. *Joys of Cooking in Ur III Babylonia*. Ed. Piotr Michalowski, I. Edition, American Schools of Oriental

törenler kapsamında kesilen hayvanların etinin üç yüz altmış kişiyi doyuracak miktarda olduğu anlaşılmaktadır. Bu bilgi, yemin törenlerinin yalnızca bireysel bir eylem değil, geniş katılımlı ve toplumsal bir ritüel olarak gerçekleştirildiğini göstermektedir. Aynı zamanda, bu tür törenlerin önemli lojistik hazırlıklar gerektirdiği ve yemin uygulamalarının askeri birliklerin kolektif kimliği ile bağlılıklarını pekiştiren bir unsur olarak değerlendirildiğini ortaya koymaktadır.⁴⁹ Kurban sunularının gerçekleştirildiği ve orduların krala bağlılıklarını ifade ettiği anlaşılan bu tür yemin törenleri, krallara edilen sadakat yeminlerine benzer nitelikte bir kraliyet töreni uygulamasının erken dönem örneklerinden biri olarak değerlendirilebilir. Bu bağlamda, söz konusu törenlerin yalnızca dinî bir ritüel olmanın ötesinde, siyasi ve askeri otoritenin pekiştirilmesine hizmet eden bir devlet geleneği haline geldiği söylenebilir. III. Ur Hanedanlığı'na ait bu uygulamalar, daha sonraki Mezopotamya krallıklarında görülen benzer törenlerin kökenlerine ışık tutmakta ve kraliyet otoritesinin meşruiyetinin, tanrılar huzurunda edilen yeminler aracılığıyla güçlendirildiğini göstermektedir.

B. Akad Yemin Kültürü

M.Ö. 2350 civarında Kral Sargon'un liderliğinde bölgede hâkimiyet kuran Akadlar, Güney Mezopotamya'daki tüm Sümer şehir devletlerini fethederek siyasi bir birlik oluşturmuş ve Eski Mezopotamya'nın kültürel olarak Samileşme sürecini hızlandırmışlardır. Bu süreç, Sümerlerin yerel yönetim yapılarının ve dilinin Akad etkisi altına girmesiyle belirginleşmiş, Mezopotamya'da Sümerce yerine Akadca'nın diplomatik ve idari dil olarak yaygınlaşmasına zemin hazırlamıştır. Böylece, Akad İmparatorluğu'nun kurulmasıyla birlikte bölgenin kültürel yapısı dönüşüme uğramış ve Sami halklarının Mezopotamya'daki hâkimiyeti pekişmiştir.⁵⁰ Akadlar, bölgede hâkimiyetlerini sürdürdükleri dönem boyunca Sümer şehir devletlerinin muhalefetiyle karşılaşmalarına rağmen, siyasi ve askeri başarılarıyla Eski Mezopotamya'nın siyasi kültürü üzerinde kalıcı bir etki bırakmışlardır. Akad Krallığı'na dair araştırmaların yaygın kanaati, M.Ö. 1. binyıla kadar Eski Mezopotamya'da kraliyet ideolojisinin gelişiminde Akadların belirleyici bir rol oynadığı yönündedir. Bu durum, döneme ait mektuplar, idari belgeler ve siyasi içerikli kayıtlar üzerine yapılan araştırmalarda açıkça ortaya konulmaktadır. Akad yönetimi, merkeziyetçi krallık anlayışı ve imparatorluk modeli ile kendisinden sonraki Mezopotamya devletlerinin siyasi yapısını önemli ölçüde etkilemiş, kraliyet otoritesinin tanrısal meşruiyetle pekiştirildiği bir yönetim anlayışının temellerini atmıştır.⁵¹ Örneğin, Akad Krallığı'na ait bazı idari belgelerde, Sümer şehir devletlerine bağlı valilerin, Akad Kralı ile görüşmek üzere başkent Akade'ye gittiklerinde, Akad kraliyet memurlarının onlara emir verme konusunda geniş yetkilere sahip olduğu görülmektedir. Bu durum, Akad Krallığı'nın merkeziyetçi yapısını ve imparatorluk kültürünü yansıtan önemli bir örnek teşkil etmektedir. Bununla birlikte, Akad belgelerinde bürokrasinin kralın hizmetkârları olarak görüldüğü anlaşılmaktadır. Bu ifadeler, Akad yönetiminde kraliyet otoritesinin mutlaklığını vurgulamakta ve devlet görevlilerinin, yönetici elitin tamamının kralın doğrudan himayesi altında olduğunu

Research, Boston, 2008, ss. 185-187.

⁴⁹ Patterson, s. 190.

⁵⁰ Hasdemir, Hülya Kaya. "Akadlı Sargon'un Mezopotamya Hâkimiyetinde Enheduanna'nın Rolü." *OANNES - International Journal of Ancient History*, Vol. 3, No. 2, 2021, s. 427.

⁵¹ Andersson, Jakob. *Kingship in the Early Mesopotamian Onomasticon 2800 - 2200 BCE*. I. Edition, Uppsala Universitet, Uppsala, 2012, s. 42.

göstermektedir.⁵² Erken Sümer döneminde kral adına yemin edilmesi uygulamasının, Akad dönemine kıyasla daha az olması Eski Mezopotamya’nın siyasi kültüründe Sami kültürü ve özellikle Akad etkisinin belirleyici bir rol oynadığını göstermektedir. Akad yönetimi ile birlikte, merkezi kraliyet otoritesinin güçlenmesi ve idari yapıların doğrudan kralın denetiminde şekillenmesi, yemin uygulamalarına da yansımıştır. Eski Mezopotamya tarihinde, Akadlar dışında bir başka Sami unsuru olan Babil Krallığı’nın Hammurabi Hanedanlığı döneminde de benzer bir eğilim gözlemlenmektedir. Bu dönemde, yemin içerikli belgelerde kralın adının özellikle belirtilmesi geleneksel bir kaide haline gelmiş ve kraliyet otoritesinin hukuki ve dinî temellere dayandırılması süreci daha da belirginleşmiştir. Dolayısıyla, Akadlar ile başlayan merkezîyetçi krallık anlayışı ve kraliyet ideolojisi, Babil yönetimi döneminde de sürdürülen bir siyasi gelenek haline gelmiştir.⁵³ Naram-Sin’in iktidarı döneminde yeminlerin yalnızca tanrılar adına edilmekle kalmayıp, aynı zamanda kralı kutsayan ifadeler içerecek şekilde uygulandığını ortaya koymaktadır. Bu durum, Akad yönetiminde kraliyet otoritesinin giderek ilahi bir kimlik kazandığını ve kralın tanrısal bir figür olarak yüceltmeye başladığını göstermektedir. Naram-Sin’in kendisini tanrı ilan eden ilk Mezopotamya hükümdarlarından biri olduğu göz önüne alındığında, bu tür yeminlerin onun ilahi statüsünü pekiştirmeye yönelik siyasi ve dinî bir araç olarak kullanıldığı söylenebilir. Dolayısıyla, Akad İmparatorluğu döneminde kraliyet ideolojisi ile dinî pratikler arasındaki bağ güçlenmiş, bu da Mezopotamya’da sonraki dönemlerde görülen hükümdarlık anlayışlarını önemli ölçüde etkilemiştir.⁵⁴

Narām-Sîn antlaşması, Akad yemin kültürüyle ilgili en önemli belgelerden biridir. MÖ 2260 yılına isabet eden⁵⁵ anlaşma, Eski Mezopotamya uluslararası anlaşma geleneğinin önemli örneklerinden birini oluşturur.⁵⁶ Elamlarla Akadlar arasında yapılan⁵⁷ anlaşmanın kayıtlı olduğu kil tablet, İran’ın Şuşa şehrinde bulunmuştur ve Fransa’nın, Lovre müzesinde sergilenmektedir. Kil malzemeye kayıtlı yazıt, altı sütundan ibarettir.⁵⁸ İlk kısımda 37 tanrıça ve tanrının adı geçmektedir. Elam tanrıçası Pinengir, yazıtın tüm bölümlerinde adı geçen ilk kutsal varlık olarak öne çıkmaktadır.⁵⁹ Yeminin tanığı olan tanrıların isimleri sıralanırken, ilk sırada bir tanrıçanın yer alması, bunun Elam dinî inançlarına özgü bir özellik olduğunu ortaya koymaktadır. Yazıtta adı geçen kutsal varlıklardan yalnızca dördü Akad tanrı panteonundandır. Bu durum Elamlıların Akad tanrılarını kendi tanrıları

⁵² Westenholz, Aage. *Old Sumerian and Old Akkadian Texts in Philadelphia, Chiefly from Nippur Part I: Literary and Lexical Texts, and the Earliest Administrative Documents from Nippur (Bibliotheca Mesopotamica): I. I. Edition*, Undena Publications, U.S., Malibu, 1975, s. 85.

⁵³ Mercer, Samuel A. B. “The Oath in Cuneiform Inscriptions.” *Journal of the American Oriental Society*, Vol. 33, 1913, s. 36.

⁵⁴ Franke, Sabina. “Kings of Akkad: Sargon and Naram-Sin.” *Civilizations of the Ancient Near East*, Ed. John Baines vd, Cnennr,ss ScnrcNrn's Sous, New York, 1995, s. 834.

⁵⁵ Hinz, Walther. “The Elamite God d.Gal.” *Journal of Near Eastern Studies*, Vol. 24, No.4, 1965, s. 351.

⁵⁶ Cooper, s. 246.

⁵⁷ Henkelman Wouter, F. M. “Parnakka’s Feast: sip in Parsa and Elam.” *Elam and Persia*, Ed. Javier Álvarez-Mon vd, Penn State University Press, Pennsylvania, 2011, s. 94.

⁵⁸ Altman, Amnon. *Tracing the Earliest Recorded Concepts of International Law: The Ancient Near East*. I. Edition, Martinus Nijhoff, Leiden, 2012, s. 34.

⁵⁹ Koch, Heidemarie. “Theology and Worship in Elam and Achaemenid Iran.” *Religion and Science*, 1995, s. 1959.

olarak benimsedikleri yönündeki bazı görüşleri desteklemektedir.⁶⁰

Akad kültürü, Eski Mezopotamya'ya göç eden diğer Sami unsurlar gibi, kendi kültürel özelliklerini taşıyarak bölgeyi kültürel anlamda etkilemiş olsa da, bazı alanlarda Sümerlerden etkilenmiştir. Sümerler ile Akadlar arasındaki bu etkileşim, Eski Mezopotamya tarihindeki önemli dinamiklerden biri olup, modern araştırmacılar tarafından sıklıkla incelenen bir konudur. Mircea Eliade, bu iki kültür arasındaki kültürel birleşimi, biyolojiden ödünç aldığı “sembiyoz” kavramıyla açıklamaktadır. Eliade'nin Sümer ve Akad kültürleri arasındaki etkileşimi bu kavramla ifade etmesi, söz konusu kültürel sentezin etkilerini vurgulamayı amaçladığı şeklinde yorumlanabilir. Biyolojik anlamda sembiyoz, farklı canlıların birbirleriyle uyum içinde bir arada yaşamalarını ifade eder.⁶¹ Bu güçlü kültürel etkileşimin yansımaları, hatta kökenleri, Akad dilinde gözlemlenebilir. Akad dili ve kültürü üzerine yapılan araştırmalar, Sami kökenli dillerle akrabalığı bulunmayan Sümercenin, Akad grameri ve sözdizimi üzerinde belirgin bir etkiye sahip olduğunu ortaya koymaktadır. Özellikle, Sümerceden Akadcaya çok sayıda sözcüğün aktarıldığı ve bu dilsel etkileşimin, Akadların Mezopotamya'daki kültürel devamlılığını sağlamak adına Sümer mirasını benimsediğini gösterdiği söylenebilir. Bu durum, Akadların yalnızca siyasi ve askeri alanda değil, aynı zamanda dil ve kültür düzeyinde de Sümerlerle yoğun bir etkileşim içinde olduğunu kanıtlamaktadır. Böylece, Akadların Sümerlerden devraldığı idari ve dinî gelenekler, onların yönetim anlayışına entegre edilmiş ve Mezopotamya'nın sonraki dönemlerdeki krallık yapılarına temel oluşturmuştur.⁶² Akadca dilbilgisine yansıyan bu etkileşimin, Eski Mezopotamya yemin kültürünün sürekliliğini güçlendirdiği düşünülebilir. Aşağıda sunulan yemin içerikli metin, Sümerlerin erken dönemlerinde görülen bir iddianın yeminle reddedilmesi uygulamasının, Akad yemin kültüründe de devam ettiğini ortaya koymaktadır. Belge, bir cinayet ve hırsızlık davasına ilişkin olup, davalı kişinin suçsuzluğunu kanıtlamak amacıyla yemin ettiği anlaşılmaktadır. Bu tür yeminlerin, Eski Mezopotamya hukukunda davalıyı aklama aracı olarak kullanıldığı, Sümerlerden Akadlara ve sonraki dönemlere kadar devam eden bir adli uygulama olduğu görülmektedir. Yemin etme geleneği yalnızca hukuki bir prosedür olarak değil, aynı zamanda toplum içinde adaletin sağlanmasına yönelik bir güvence mekanizması olarak da işlev görmüştür:

“böylece onlar (dedi): “önceki meyve bahçesi onaylandı bir tanrıya (yemin ederek) (onu) aldınız” onlar aşağıdaki gibi yemin etmelidirler: “PN'nin katilini tanımıyorum; ben kendim kışkırtmadım; ayrıca PN'nin malını almadım (hatta) dokunmadım.”⁶³

III. ASUR VE BABİL YEMİN KÜLTÜRÜ

A. Asur Yemin Kültürü ve Kültepe Tabletlerinde Yemin

Asur kültürü, MÖ 2000 ile MÖ 600 yılları arasında varlığını devam ettirmiştir. Eski, Orta ve Yeni Asur olarak üç ana döneme ayrılan Asur tarihinin her üç evresinde de yemin içerikli belgelerden bahsetmek mümkündür. Bu belgeler, dönemin hukuk, yönetim ve toplumsal yapısına dair önemli

⁶⁰ Akpınarlı Neyire. “Narām-sîn Antlaşması.” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 67, S. 1, 2018, s.18.

⁶¹ Eliade, Mircea. *Dinsel İnançlar ve Düşünceler Tarihi 1: Taş Devrinden Eleusis Mysterialarına*. Çev. Ali Bektay, II. Edition, Kabalcı Yayınevi, İstanbul, 2024, s. 87-98.

⁶² Huehnergard, John. *A Grammar of Akkadian*. II. Edition, Brill, Leiden, 2018, s. 25.

⁶³ Huehnergard, s. 437.

bilgiler sunmaktadır. Eski Asur dönemine tarihlenen en önemli yemin muhtevalı belge, Kral I. Erişum’un hüküm sürdüğü döneme (MÖ 1939-1900) tarihlenen bir ferman metnidir. Bu metin, günümüze ulaşabilen tek kraliyet fermanı olma özelliğini taşıması açısından oldukça önemlidir. Belge, Asur yönetiminde yemin uygulamalarının hukuki ve yönetsel işleyişteki rolünü ortaya koymakta olup, aynı zamanda Eski Asur dönemi siyasi yapısının anlaşılmasına katkı sağlamaktadır. Bu tür belgeler, Asur toplumunda yeminin, devlet otoritesini pekiştiren bir unsur olarak nasıl işlev gördüğünü anlamak açısından da oldukça değerlidir.⁶⁴ 1903 yılından 1914’e kadar gerçekleştirilen kazılarda Eski Asur’a ait başka bir yazıt tespit edilememiştir. Ancak, 1948 yılında Asur ticaret kolonilerinin merkezi olan Kültepe’de yapılan arkeolojik çalışmalarda, Eski Asur kraliyet fermanının bir kopyası keşfedilmiştir. Bu buluntu, Asur kraliyet yönetiminin yemin törenleriyle ilişkisini ortaya koyması açısından büyük önem taşımaktadır. Söz konusu ferman metninin, Asurlu hâkimler tarafından yemin törenlerinde okunduğu düşünülmektedir. Metin, toplam 52 bölümden oluşmakta olup, özellikle 36-38. bölümler arasında yer alan yemin formülü, metnin ritüelistik işlevini açıkça ortaya koymaktadır. Ayrıca, belgede geçen “Yedi Hâkim” vurgusu, bu fermanın Asur hukuk sisteminde yemin törenleriyle bağlantılı olarak kullanıldığını kanıtlayan unsurlar arasında yer almaktadır. Bu bağlamda, söz konusu ferman, Eski Asur döneminde yemin kültürünün hukuki ve yönetsel pratikler içerisindeki yerini anlamak açısından önemli bir kaynak niteliği taşımaktadır.⁶⁵

Asur tarihi için önemli kayıtların bir kısmı bilindiği gibi Anadolu’da yapılan kazılarda keşfedilmiştir. Asur ticaret kolonilerinin merkezi olan Kaniş civarında yapılan arkeolojik çalışmalarla ortaya çıkan çivi yazılı tabletler, “Asurlu Ticaret Kolonileri Çağı” olarak bilinen dönem hakkında bilgiler verir. Sayısı 23.500’ü bulan tabletler, mahkeme kayıtlarından, mektuplar ve borç senetlerinden oluşur.⁶⁶ Dönemin yemin kültüründe, Eski Mezopotamya tarihindeki diğer örneklerde olduğu gibi, dinî inancın ve tapınakların yemin prosedürünün merkezinde yer aldığı görülmektedir. Örneğin, Kültepe yazıtlarında geçen “bab ilim” (tanrı kapısı) tapınakları, mahkeme yazıtlarının kayda geçirildiği, düzenlendiği ve arşivlendiği önemli merkezlerdir. Bu tapınaklar, yalnızca dinî değil, aynı zamanda adli bir işlev üstlenmiş olup, Asurlular tarafından “Kārum” olarak adlandırılan meclislerin, mahkemelere şahitlik için gelen bireylerin ifadelerinin ve yeminlerinin kayıt altına alındığı yerler olduğu anlaşılmaktadır. Dönemin yemin kültürünün dinî inançlarla olan ilişkisi yalnızca tapınaklarla sınırlı kalmamış, aynı zamanda belirli törensel unsurlarla da desteklenmiştir. Nitekim Asurlular tarafından tanrı Asur’u temsil ettiğine inanılan ve “Sugariaum” adı verilen hançerin önünde yemin etme ritüelinin sıkça uygulandığı bilinmektedir. Bu hançerin, “hamrum” olarak adlandırılan tapınaklarda muhafaza edildiği ve yeminlerin bu kutsal mekânlarda gerçekleştirildiği anlaşılmaktadır. Bu tür ritüeller, Asur yemin kültürünün ilahi otorite tarafından meşrulaştırıldığını ve Mezopotamya’da köklü bir dinî geleneğin parçası olarak devam ettiğini göstermektedir.⁶⁷ Bu ritüele Kültepe yazıtlarında rastlanan bir örnek, Asurlu bir tüccarın Tawiniya kenti adına casusluk yapmakla

⁶⁴ Kuhrt, Amelie. *Eski Çağ’da Yakınoğu M.Ö. 3000-330*. Çev. Dilek Şendil, I. Baskı, İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2024, s. 109.

⁶⁵ Grayson, Albert Kirk. *Assyrian rulers of the third and second millennia BC (to 1115 BC)*. I. Edition, University of Toronto Press, Toronto, 1987, s. 19-21.

⁶⁶ Bayram, Sebahattin/ Kahya, Ömer. “Asur Ticaret Kolonileri Çağı’nda Anadolu’daki Hukuki Uygulamalar Üzerine Bazı Değerlendirmeler.” *Akademik Tarih ve Düşünce Dergisi*, C. 5, S. 17, 2018, s. 78.

⁶⁷ Sever, Hüseyin. “Kültepe Metinlerinde Yemin Konusu.” *IV. Kayseri ve Yöresi Tarih Sempozyumu Bildirileri*, C. 6, 2003, s. 458.

suçlanarak yargılanmasını anlatan bir metinde yer almaktadır. Söz konusu metne göre, Karum heyeti, zanlının suçsuzluğunu kanıtlaması amacıyla tanrı Asur'u temsil eden Sugariaum adlı hançer üzerine yemin etmesini ve ardından bir nehre gitmesini talep etmiştir. Ayrıca, Karum heyeti, tüccarın hiçbir ticari faaliyette bulunmadığını ve bölgeden herhangi bir mal alıp götürmediğini teyit etmek amacıyla, bizzat kendilerinin de tanrı Asur'un hançeri üzerine yemin ederek bu taahhüdü vereceklerini belirtmiştir. Bu metin, Asur hukuk sisteminde yemin ritüellerinin adli süreçlerde nasıl işlediğini ve toplum içindeki güven mekanizmalarının kutsal unsurlarla nasıl pekiştirildiğini göstermektedir. Aynı zamanda, tapınaklarda gerçekleştirilen yemin törenlerinin yalnızca bireysel bir beyan değil, kolektif bir güvence olarak kabul edildiğini ortaya koymaktadır.⁶⁸

Kültepe yazıtları dışında, Asur yemin kültürüyle ilgili bilgilere Orta Asur Dönemi'ne (MÖ 1400-1050) ait bazı kayıtlarda ulaşılmaktadır. Bu döneme ait, Kral Adad-nirari'ye (MÖ 1365-1330) ait bir yemin içerikli siyasi belge, hem dönemin siyasi yapısını hem de yemin kültürünü aydınlatan bilgiler sunmaktadır. Kral Adad-Niari'nin, Asur belgelerinde "Hanigalbat" adıyla bilinen Mitanni devletini ortadan kaldırdığı tarihi kayıtlarda yer almaktadır. I. Adad-nirari tarafından kayıt altına alındığı bilinen bir anlaşma, Asur Kralı'nın Hanigalbat şehrinin vassal kralı Şattuara'nın ayaklanmasını bastırarak onu başkent Asur'a getirdiğini ve yemin ettirdiğini aktarmaktadır. Bir kâtip tarafından kralın ağzından yazıldığı anlaşılan metin, vassal kralın yemin ettirilerek haraca bağlandığını ortaya koymaktadır. Metinde geçen "Ona yemin ettirdim" ifadesi, başarısız olan isyan girişiminin ardından, vassal kralın sadakatının pekiştirilmesi amacıyla yemine başvurulduğunu göstermektedir. Kral Adad-nirari'nin tanrı Assur'dan "efendim ve müttelikim" sıfatlarıyla bahsetmesi, dönemin teokratik siyasi yapısına işaret etmektedir. Anlaşma metninde dinî ifadelerle sıkça yer verilmesi ise, o dönemde devletlerarası ilişkilerde yeminin bir sadakat kanıtı olarak kullanıldığını göstermektedir.⁶⁹ Yeni Asur Dönemi'ne (MÖ 934-612) ait belgelerde, isyanları bastırılan yerel krallar ile vassal kralların bağılıklarını içeren sözleşme örneklerine sıkça rastlanmaktadır. Yeni Asur krallarının, vassal krallara kendilerinden sonraki varislerini belirleme konusunda dayattıkları veraset sözleşmeleri, dönemin anlaşma türü belgelerinin büyük bir kısmını oluşturmaktadır. Bu sözleşmeler, sadece siyasi ve idari düzenlemeler sunmakla kalmamakta, aynı zamanda Yeni Asur Dönemi ile Eski Mezopotamya tarihinin son dönemlerine ait yemin kültürü hakkında değerli bilgiler sağlamaktadır. Söz konusu belgeler, vassal kralların sadakatlerini teminat altına almak amacıyla kral adına ettikleri yeminleri ve bu yeminlerin uygulanış biçimlerini ortaya koymaktadır. Bu tür yeminler, sadece siyasi sadakati değil, aynı zamanda tanrılar önünde yapılan kutsal bir taahhüt niteliği taşıyarak dinî boyutuyla da dikkat çekmektedir. Yeni Asur Dönemi'ne ait bu sözleşmeler, Mezopotamya yemin geleneğinin sürekliliğini ve dönemin siyasi yapısıyla olan bağlantısını gözler önüne sermektedir.⁷⁰ Liverani'ye göre, Esarhaddon'un kraliyet yazıtlarında, bazı Med beylerinin Asur'a "boyun eğdikleri" ifadesi, onların "vezir" statüsünü ve bu metinlerin "vezirlik antlaşmaları" olduğunu açık ve kesin bir şekilde doğrulayan bir kanıt gibi görünüyordu. Bununla birlikte, Wiseman'ın çalışmasını inceleyen I. J. Gelb, bu metinleri tanımlayan bir Assur terimi olan "adu"nun ve belgelerin içeriğinin, "vezirlik antlaşmaları" değil, "sadakat yeminleri" olduğunu açıkça

⁶⁸ Larsen, s. 327.

⁶⁹ Toptaş, Kahya, s. 320.

⁷⁰ Yıldırım, Nurgül. "Bağılılık Emri/Yemini Metinlerine Yeni Asur Kralı Esarhaddon Döneminden Örnekler." *Tarih Araştırmaları Dergisi*, C. 38, S. 66, 2019, ss. 68-70.

ortaya koyduğunu belirtmiştir. Gelb'in itirazı kesinlikle doğrudur ve sonraki yıllarda adu teriminin daha kesin bir şekilde tanımlanması ve Assur'un antlaşma benzeri belgelerinin niteliği hakkında yoğun bir tartışma başlatmıştır. Bu terimin, hem yasal hem de siyasi durumların çeşitli koşullarını tanımlamak kullanıldığı, ayrıca Asur tahtına geçiş gibi özel durumlarda edilen sadakat yeminlerini de kapsadığı anlaşılmaktadır.⁷¹

İdari belgelerin yanı sıra, Asur hukuk geleneğinde yeminle ilgili düzenlemelere de rastlanmaktadır. Bu bağlamda, Orta Asur Kanunları olarak bilinen kanun metni, yemin uygulamalarına dair önemli hükümler içermektedir. Söz konusu kanunlar, Kral I. Tiglat-Pileser döneminde (MÖ 11. yüzyıl) derlenmiş olup, MÖ 14. yüzyıla tarihlenen orijinal metinler temel alınarak oluşturulmuştur. Bu kanunlar, çok parçalı 13 tabletten oluşan bir hukuk kaydı niteliğindedir. İçerdiği hükümler, yemin prosedürlerinin Asur hukuk sisteminde nasıl uygulandığını göstermesi açısından büyük önem taşımaktadır. Yemin, Orta Asur Kanunları’nda hem hukuki işlemlerin bir parçası hem de toplumsal düzenin korunmasını sağlayan bir mekanizma olarak düzenlenmiştir. Kanun metni, belirli durumlarda yemin etmenin zorunlu tutulduğunu ve yeminin, ilahi yaptırımlarla desteklenen bir güvence aracı olarak kullanıldığını ortaya koymaktadır. Bu durum, Asur toplumunda yemin uygulamalarının yalnızca adli süreçlerle sınırlı kalmayıp, aynı zamanda dinî ve siyasi düzenin bir unsuru olarak kabul edildiğini göstermektedir.⁷² Orta Asur kanunları, kaydedilme biçimi açısından Eski Mezopotamya hukuk tarihinde belirgin bir öneme sahiptir. Bu kanunlar, belirli konulara göre ayrılmış tabletlerde düzenlenmiştir: A tableti kadınlara, B tableti toprak mülkiyetine, C ve G tabletleri ise taşınır mallara dair hükümler içermektedir. Bu sınıflandırma, hukuk doktrininde verilerin sistematik bir şekilde düzenlenmesini amaçlayan ilk örneklerden biri olarak değerlendirilebilir.⁷³ A tabletinde yer alan 25. ve 56. maddeler ile B tabletindeki 19. madde aracılığıyla yemin uygulamalarıyla ilgili düzenlemeler içermektedir.⁷⁴

B. Babil Yemin Kültürü, Hammurabi Kanunları ve Yemin

Mezopotamya’da hâkimiyet kuran Babil İmparatorluğu, Kral Hammurabi’nin döneminde önemli bir kültürel etki yaratmıştır.⁷⁵ Özellikle Kral Hammurabi dönemi (MÖ 18. yüzyıl) yemin içerikli çok sayıda belgeyle temsil edilmektedir. Günümüze ulaşan bu yazıtlar, içeriklerine göre üç temel sınıfa ayrılmaktadır: edebi, adli ve ticari nitelikte yazıtlar. Ticari nitelikteki belgeler içerisinde yer alan bir grup metin, “anlaşma” türü belgeler olarak değerlendirilebilir. Hammurabi Kanunları da bu kapsamda incelenebilir. Hammurabi dönemine ait yemin içerikli metinlerin edebi olanları, yemin uygulamalarına dair sınırlı bilgiler sunarken, adli ve ticari belgeler, bu uygulamaların işleyişine dair daha ayrıntılı veriler içermektedir. Anlaşma metinlerindeki yemin uygulamalarının büyük çoğunluğu taahhüt niteliği taşımaktadır. Bu belgeler, taraflar arasında belirlenen yükümlülüklerin yerine getirilmesini sağlamak amacıyla yemin mekanizmasını kullanmaktadır. Bununla birlikte, Hammurabi dönemine ait anlaşma belgelerinde yemin içeriği taşıyan metinlerin yalnızca küçük bir kısmının iddia

⁷¹ Liverani, Mario. “The Medes at Esarhaddon’s Court.” *Journal of Cuneiform Studies*, Vol. 47, 1995, p. 58

⁷² Démare-Lafont, Sophie. “Middle Assyrian Laws” *The Oxford Encyclopedia Of The Bible And Law*. Ed. Brent A. Stawn, Oxford University Press, United Kingdom, 2015, s. 42.

⁷³ Driver, Godfrey Rolles/ Miles, John C. *The Assyrian Laws*. I. Edition, Scientia Verlag Aalen, Aalen, 1975, s. 12.

⁷⁴ Toptaş, Kahya, s. 320.

⁷⁵ Sasson, Jack M. “King Hammurabi of Babylon.” *Civilizations of the ancient Near East*, Ed. John Baines vd. Simon & Schuster and Prentice Hall International, New York, 1995, ss. 901-902.

niteliğinde olduğu görülmektedir. Dönemin adli ve ticari düzeninde yemin, taraflar arasındaki hukuki ve ekonomik ilişkilerin güvence altına alınmasında temel bir unsur olarak kullanılmıştır.⁷⁶

Eski Babil dönemine (MÖ 2000-1595) ait adli kayıtların biçim ve içerik bakımından Sümerlerde görülen örneklerle büyük ölçüde benzerlik taşıdığı anlaşılmaktadır. Bu döneme ait mahkeme kayıtları, belirli bir yapıya sahip olup, davanın nedeninin ve taraflarının belirtilmesiyle başlamaktadır. Ardından, yargılama sürecinde kullanılan kalıplaşmış hukuki ifadeler yer almaktadır. Söz konusu adli kayıtlar, ibadet işlevinin yanı sıra mahkeme binası olarak da hizmet veren tapınaklarda tutulmuştur. Mahkeme süreci tamamlandığında, yargı kararları dönemin hukuki prosedürüne uygun olarak kâtipler tarafından kayıt altına alınmıştır. Kayıt işlemi genellikle hâkimler ve şahitler huzurunda gerçekleştirilmiş, karar metinleri mühürlenerek resmi bir nitelik kazanmıştır. Böylece, mahkemenin verdiği kararlar geri alınamaz ve bağlayıcı hükümler hâline gelmiştir. Bu uygulama, Eski Babil hukuk sisteminde yeminlerin ve hukuki kayıtların otoritesini vurgulayan önemli bir unsur olarak değerlendirilmektedir.⁷⁷ Eski Babil hukuk kültüründe yemin, hem davacıya hem de davalıya ettirilen bir prosedür olarak dikkate değer bir özgünlük taşımaktadır. Zira Babil yargı pratiğinde hâkimler, şahitlere yalnızca doğruluk üzerine yemin ettirmekteydi. Bu uygulama, yeminlerin adaletin sağlanmasındaki rolünü vurgulamakta ve şahitliğin güvenilirliğini artırmaya yönelik bir mekanizma olarak işlev görmektedir. Babil yemin geleneğinin önemli bir yönü, bireylerin yalnızca baş tanrı Marduk adına değil, aynı zamanda kendi özel tanrılarına çağrı yaparak yemin etmelerinin meşru kabul edilmesidir. Bu durum, dönemin dinî ve hukuki yapısı içinde yeminin bireysel inançlarla bütünleşmesini sağlamak ve hukuki sürecin dinî bağlamını güçlendirmektedir. Böylelikle Eski Babil döneminde yemin, yalnızca bir hukuki prosedür olmanın ötesine geçerek kişisel inançlarla örtüşen ve bireyin tanrısal otorite karşısındaki sorumluluğunu pekiştiren bir uygulama hâline gelmiştir.⁷⁸ Eski Babil dönemi mahkeme kayıtlarıyla ilgili aşağıdaki pasaj buna örnek niteliğindedir:

“Bu nedenle babalarının evinin herhangi bir malı mevcut değildir. Namijatum’un çocukları Belānum, Muhaddūm ve Birurūtum, babalarının evinin mülkiyeti için İdin-Rammān, Jasuhatum ve onların çocuklarına karşı dava açmayacaklar. Marduk ve Kral Samsuiluna adına yemin ettiler. Marduk tapınağı görevlileri ve diğer yedi şahit.”⁷⁹

Eski Babil dönemine ait belgeler arasında mahkeme kayıtlarının yanı sıra çok sayıda sözleşme metni günümüze ulaşmıştır. Bu döneme ait sözleşme belgeleri incelendiğinde, bazı metinlerde herhangi bir yemin içeriğine rastlanmadığı görülmektedir. Bu tür belgelerde sözleşmenin şahitler huzurunda hazırlandığı vurgulanmakta ve sözleşmenin geçerliliği için şahitlerin varlığı esas alınmaktadır.

Eski Babil hukuk pratiğinde, bazı sözleşmelerde mühür yerine başparmağın kullanıldığı anlaşılmaktadır. Bununla birlikte, yemin içermeyen bazı sözleşme metinlerinde sözleşmenin tanrıların huzurunda düzenlendiği belirtilmekte, bu bağlamda Şamaş, Aia, Ea ve Mamu gibi tanrıların şahit olarak kabul edildiği görülmektedir. Bazı sözleşmelerde ise bir tanrının adı diğer şahitlerle

⁷⁶ Mercer, *Babylonian And Assyrian Literature*, s. 11.

⁷⁷ Johns, s. 99.

⁷⁸ Happer, Thomas. “Babylonian Procedure.” *Notre Dame Law Review*, Vol. 3, No. 5, 1928, s. 260.

⁷⁹ Kolektif, *Hammurabi’s Gesetz*. I. Edition, Pfeiffer, Toronto, 1904, s. 194.

birlikte zikredilmekte, birkaç belgede de anlaşmanın tapınakta sağlandığı bilgisi yer almaktadır. Yemin içermeyen sözleşme metinlerinde, hukuki yaptırımın sağlanması için beddua formüllerinin kullanıldığı dikkat çekmektedir. Bu tür beddua ifadeleri, sözleşmeye aykırı davranan taraf için ilahi cezalandırma tehdidi içermekte ve böylece yemin işlevi gören bir uygulama olarak değerlendirilmekteydi. Bu durum, Eski Babil yemin kültüründe bedduanın hukuki ve dinî bir mekanizma olarak yeminin yerini alabileceğini göstermektedir.⁸⁰ Yemin içeren sözleşme türü belgelerin yapısını özetlemek gerekirse, bu tür metinlerde belirli bir düzenin takip edildiği görülmektedir. Öncelikle satışın konusu ve ilgili tarafların isimleri belirtilmekte, ardından kalıplaşmış ifadeler ve yemin uygulaması yer almaktadır. Sözleşmenin sonunda ise şahitlerin ve kâtibin adı zikredilmekte, bazı örneklerde ise belgenin mühürlendiği vurgulanmaktadır. Bu çerçevede, Eski Babil Kralı Hammurabi dönemine ait genç bir kölenin satışıyla ilgili bir sözleşme, yemin içeren belgelerin yapısına dair önemli bilgiler sunmaktadır. Söz konusu metinde, satış bedeli açıkça belirtilmekte, işlem koşulları sıralanmakta ve ardından yemin formülü yer almaktadır. Yemin formülünde, kralın yanı sıra Enlil, Ninib ve Nusku gibi tanrıların adlarının anıldığı görülmektedir. Ayrıca, yedi şahidin isminin geçtiği belgede, üç kişinin mührünün bulunduğu tespit edilmektedir. Bu tür sözleşmeler, Eski Babil hukuk geleneğinde yeminin yalnızca adli süreçlerde değil, aynı zamanda ticari işlemlerde de güvenilirliği sağlamak amacıyla kullanıldığını göstermektedir. Aynı zamanda tanrılar ve kralın adı anılarak yemin edilen bu metinler, dinî ve siyasi otoritenin hukuki uygulamalar üzerindeki etkisini ortaya koymaktadır.⁸¹

Bilindiği gibi Babillerin Kral Hammurabi ile kazandıkları ün, dönemin siyasi başarılarının yanı sıra, günümüze kadar ulaşan en eski hukuk metinlerinden biri olan ve Eski Mezopotamya hukuk kültüründe önemli bir yer tutan Hammurabi Kanunları’ndan kaynaklanmaktadır.⁸² Söz konusu kanunlar, Eski Babil yemin kültürünün sınırlarını belirleyen düzenlemeler içerir. Kısasa kısas esası ile düzenlenen ve dönemine pek çok yenilik getiren kanunlar, toplamda 282 maddeden oluşur. Hammurabi Kanunları, köle hukuku, mal ve para güvenliği, mahkeme süreçleri ve yargıçların yetkileri gibi çeşitli konulara düzen getiren ayrıntılı hükümler içermektedir.⁸³ Kanunların kaydedildiği anıt günümüzde Louvre Müzesi’nde sergilenmektedir.⁸⁴

SONUÇ

Kökeni Sümerlere dayanan yemin uygulamalarının tarihi, yazılı kültür kadar eskidir. Eski Mezopotamya’ya ait birçok kanun düzenlemesinde, sözleşme ve mahkeme kayıtlarında yemin uygulamasına dair örneklerle rastlanmaktadır. III. Ur hanedanlığı döneminde sözleşme ve mahkeme kaydı türündeki belgelerin sayıca arttığı söylenebilir. Akad, Asur ve Babil dönemlerine ait kayıtlar, tıpkı Sümer dönemi belgeleri gibi, Eski Mezopotamya yemin kültürü hakkında zengin bilgiler sunmaktadır. Sümerlerin Erken Hanedanlık Dönemi’nde yeminler genellikle krala dua edilmeden yapılırken, bazı sözleşme metinlerinde krala dua edilerek de uygulanmıştır. Bu durum, Sümer ve

⁸⁰ Mercer, *Babylonian And Assyrian Literature*, ss. 13-14.

⁸¹ Mercer, 1913, ss. 66-67

⁸² Saygılı, Tahsin. “Babil Hukuku ve Hamurabi Kanunları.” *Sosyal Araştırmalar ve Davranış Bilimleri Dergisi*, C. 2, S. 2, 2015, s. 1.

⁸³ Tosun, Yalvaç, s. 130.

⁸⁴ Happer, s. 261.

Babil yemin gelenekleri arasındaki farkı gösterir. Babil'de ise Hammurabi Hanedanı döneminde yeminler genellikle tanrılara dua edilerek ve kralın adı özellikle zikredilerek yapılmıştır. Bu değişim, yemin uygulamalarının ve kralın otoritesinin nasıl evrildiğini ortaya koymaktadır.

Eski Mezopotamya kültüründe din ile olan ilişki, dönemin yemin ritüellerine doğrudan yansımaktadır. Tapınak kapıları veya Asurlara ait kayıtlarda görüldüğü üzere, tanrıyı simgeleyen bir nesne üzerine yemin etmek, Eski Mezopotamya'da yaygın bir uygulama olarak karşımıza çıkmaktadır. Günümüzde birçok müzede sergilenen stel türü eserler ve adli işlemleri belgeleyen metinler, tanrıları şahit olarak çağırmanın Eski Mezopotamya'da geleneksel bir uygulama haline geldiğini göstermektedir. Tanrıların şahitliğinde ve kralın huzurunda yemin etmek, dinî inançlarla yakından ilişkili olup, bu tür uygulamaların Eski Mezopotamya yemin kültürünün merkezinde yer aldığı anlaşılmaktadır. Bu coğrafyanın toplumları, din, etik ve otoriteye olan sadakat anlayışlarıyla yemin kültürünü tarihsel bir olguya dönüştürmüşlerdir. Sadakatin ön planda olduğu Eski Mezopotamya kültüründe, yemin, doğruyu bulmak amacıyla sadece adli bir araç değil, aynı zamanda belirli inanç ve otoritelere bağlılığın da bir göstergesidir. Öte yandan Akad dönemine ait idari belgeler, bu dönemde krala karşı sorumluluk ve sadakat anlayışının belirginleştiğini ortaya koymaktadır.

Eski Mezopotamya'da yemin uygulamaları yasal güvence işlevi görmüş ve böylece dinî inançların kültürel yapıyı şekillendirdiği görülmüştür. Kralların, adaletin sağlanmasından sorumlu liderler olarak kabul edilmesi, dinî inançlarla siyasetin birleştiğini göstermektedir. Mezopotamya mitolojisinde tanrılar evrenin düzenini sağlayan tek güç olarak görülürken, insanların temel görevlerinin tanrılara hizmet etmek olduğu inancı hâkimdir. Bu anlayış, dönemin birçok alanında düzenleyici bir ilke olarak işlev görmüştür. Sümerler döneminden itibaren ritüel ve geleneklerle şekillenen Eski Mezopotamya yemin kültürü, dönemin hukuk ve siyaset kültürü üzerinde önemli bir etkiye sahip olmuştur. Eski Mezopotamya'ya özgü diğer kültürel uygulamalar gibi, yemin de doğrudan kutsal olanla ilişkilidir. Bu durum, Eski Mezopotamya'ya ait birçok siyasi ve askeri belgede açıkça gözlemlenmektedir. Böylece yemin toplumsal anlamda bir güven mekanizması olarak işlev görmüştür.

KAYNAKÇA

- Akpınarlı, Neyire/ Şatıroğlu, Hasan Utku. “Akbabalar Dikilitaşı: Sümer Şehir Devletlerinin Aralarındaki Hukuki İlişkilere Dair Çıkarımlar.” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 71, S. 2, 2022, s. 820-884.
- Akpınarlı, Neyire. “Narām-Sîn Antlaşması.” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 67, S. 1, 2018, s. 1-22.
- Altman, Amnon. *Tracing the Earliest Recorded Concepts of International Law: The Ancient Near East*. I. Edition, Martinus Nijhoff, Leiden, 2012.
- Andersson, Jakob. *Kingship in the Early Mesopotamian Onomasticon 2800 - 2200 BCE*. I. Edition, Uppsala Universitet, Uppsala, 2012.
- Bayram, Sebahattin/ Kahya, Ömer. “Asur Ticaret Kolonileri Çağı'nda Anadolu'daki Hukuki

- Uygulamalar Üzerine Bazı Değerlendirmeler.” *Akademik Tarih ve Düşünce Dergisi*, C. 5, S. 17, 2018, s. 75-92.
- Baysa, Hüseyin. “Güncel Örneklerle İctihadın Bağlamı Dışında Kullanılması Problemi.” *Marife Dinî Araştırmalar Dergisi*, C. 23, S. 2, 2023, s. 304-324.
- Bricker, Daniel. “Innocent Suffering in Mesopotamia.” *Tyndale Bulletin*, Vol. 51, 2000, s. 193-214.
- Cooper, Js. *Reconstructing History from Ancient Inscriptions: The Lagash-Umma Border Conflict*: 2, I. Edition, Undena Publications, Malibu, 1983.
- Démare-Lafont, Sophie. “Middle Assyrian Laws.” *The Oxford Encyclopedia Of The Bible And Law*, Ed. Brent A. Stawn, Oxford University Press, United Kingdom, 2015.
- Demirci, Kürşat. *Eski Mezopotamya Dinlerine Giriş Tanrılar Ritüel Tapınak*. I. Baskı, Ayışığı Kitapları, İstanbul, 2019.
- Driver, Godfrey Rolles/ Miles, John C. *The Assyrian Laws*. I. Edition, Scientia Verlag Aalen, Aalen, 1975.
- Eliade, Mircea. *Dinsel İnançlar ve Düşünceler Tarihi 1: Taş Devrinden Eleusis Mysterialarına*, Çev. Ali Bektay, II. Baskı, Kabalcı Yayınevi, İstanbul, 2024.
- Foster, Benjamin R. *Before the Muses: An Anthology of Akkadian Literature*. II. Edition, CDL Press, Bethesda, 2005.
- Franke, Sabina. “Kings of Akkad: Sargon and Naram-Sin.” *Civilizations of the Ancient Near East*, Ed. John Baines vd, Charles Scribner’s Sons, New York, 1995, s. 831-841.
- Genouillac, Henri de. *Inventaire des Tablettes de Tello conservées au Musée Impérial Ottoman*. I. Edition, Ernest Leroux Editeur, 1910.
- Gossett, Bradley. “Mankind and Justice: An exploration of the Code of Ur Nammu, Hammurabi, and the Ten Commandments.” *Southeastern Baptist Theological, Undergraduate Seminary*, 2020.
- Gökçek, L. Gürkan/ Akyüz, Faruk. “Sümer Kanunları” *Fırat Üniversitesi Orta Doğu Araştırmaları Dergisi*, C. 9, S. 1, 2013, s. 1-9.
- Grayson, Albert Kirk. *Assyrian rulers of the third and second millennia BC (to 1115 BC)*. I. Edition, University of Toronto Press, Toronto, 1987.
- Gündoğdu, Ayşe Eda/ Duman, Mehmet Akif. “Kutsal” Düğüm Sözcüğünün Anlambilimsel Profili Derlem Temelli Bir Çözümleme.” *Medeniyet ve Toplum Dergisi*, C. 6, S. 2, 2022, s. 160-171.
- Gürbüz, Salih/ İnci, Berrin. “Bir Yazılı İletişim Aracı Olarak Mezar Taşı Kitabeleri.” *Konya Sanat Dergisi*, S. 6, 2023, s. 57-68.
- Happer, Thomas. “Babylonian Procedure.” *Notre Dame Law Review* Vol. 3, No. 5, 1928, s. 158-161.

- Hasdemir, Hülya Kaya. “Akadlı Sargon’un Mezopotamya Hâkimiyetinde Enheduanna’nın Rolü.” *OANNES - International Journal of Ancient History*, Vol. 3, No. 2, 2021, s. 425-438.
- Henkelman Wouter F. M. “Parnakka’s Feast: sip in Parsa and Elam.” *Elam and Persia*, Ed. Javier Álvarez-Mon vd, Penn State University Press, Pennsylvania, 2011, s. 89-166.
- Hinz, Walther. “The Elamite God d.Gal.” *Journal of Near Eastern Studies*, Vol. 24, No.4, 1965, s. 351-354.
- Huehnergard, John. *A Grammar of Akkadian*. II. Edition, Brill, Leiden, 2018.
- Johns, Claude Hermann Walter. *Babylonian And Assyrian Laws, Contracts And Letters*. I.Edition, C. Scribner’s sons, New York, 1904.
- Koch, Heidemarie. “Theology and Worship in Elam and Achaemenid Iran.” *Religion and Science*, 1995, s. 1959-1970.
- Kolektif, *Hammurabi’s Gesetz*. I. Edition, Pfeiffer, Toronto, 1904.
- Kovalev, S, Diakov, V. *İlkçağ Tarihi Ortadoğu, Uzakdoğu, Eski Yunan*. Çev: Özdemir İnce, V. Baskı, Yordam Kitap Yayınları, İstanbul, 2017.
- Kramer, Samuel Noah. *Sümerlerin Kurnaz Tanrısı Enki*. Çev: Hamide Koyukan, I. Baskı, Kabalcı Yayınları, İstanbul, 2000.
- Kramer, Samuel Noah. *The Sumerians: their history, culture, and character*. I. Edition, University of Chicago Press, Chicago, 1963.
- Kramer, Samuel Noah. “Ur-Nammu Law Code” *Orientalia. Nova Series*, Vol. 23, No.1, 1954, s. 45-71.
- Kuhrt, Amelie. *Eski Çağ’da Yakındoğu M.Ö. 3000-330*. Çev. Dilek Şendil, I. Baskı, İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2024.
- Lambert, Wilfred George. “Dingir. şa. dib. ba Incantations.” *Journal of Near Eastern Studies*, Vol. 33, No. 3, 1974, s. 267-322.
- Larsen, Mogens Trolle. *Kültepe Tabletleri 6-a: The Archive Of The Salim-Assur Family Volume 1: The First Two Generations*. I. Baskı, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara, 2018.
- Liverani, Mario. “The Medes at Esarhaddon’s Court.” *Journal of Cuneiform Studies*, Vol. 47, 1995, p. 58.
- Maine, Sir Henry James Sumner. *Dissertations On Early Law and Custom*. I. Edition, Legare Street Press, London, 1883.
- Mercer, Samuel A. B. “The Oath in Cuneiform Inscriptions III. The Oath in Inscriptions since the Time of the Hammurabi Dynasty.” *The American Journal of Semitic Languages and Literatures*, Vol. 30, No. 3, 1913, s. 65-94.

- Mercer, Samuel A. B. *The Oath in Babylonian and Assyrian Literature*. I. Edition, Librairie Orientaliste Paul Geuthner, Toronto, 1912. (*Babylonian and Assyrian Literature*)
- Mercer, Samuel A. B. “The Oath in Cuneiform Inscriptions.” *Journal of the American Oriental Society*, Vol. 33, 1913, s. 33-50.
- Nakamura, Carolyn. “Dedicating Magic: Neo-Assyrian Apotropaic Figurines and the Protection of Assur.” *World Archaeology*, Vol. 36, No. 1, 2004, s. 11-25.
- Özgenç, Nuri Berkay. “Suç ile Soyut Ceza Arasındaki Orantılılık.” *NEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 7, 2024, S. 1, s. 174.
- Patterson, Daniel. *Elements Of The Neo-Sumerian Military*. Doctoral Dissertation in Philosophy at the University of Pennsylvania, 2018.
- Postgate, John Nicholas. “Cuneiform Catalysis: The First Information Revolution.” *Archaeological Review from Cambridge*, Vol. 3, 1984, s. 4-18.
- Reynolds, Edward H./ Wilson, James V. Kinnier. “Neurology and psychiatry in Babylon.” *Brain: A Journal of Neurology*, Vol. 137, No. 9, 2014, s. 2611-2619.
- Reynolds, Edward H./ Wilson, James V. Kinnier. “Obsessive compulsive disorder and psychopathic behaviour in Babylon.” *Journal of Neurology, Neurosurgery, and Psychiatry*, Vol. 83, No. 2, 2012, s. 199-201.
- Roth, Martha Tobi. *Law collections from Mesopotamia and Asia Minor*, I. Edition, Scholars Press, Atalanta, 1995.
- Saggs, Henry William Frederick. *The Encounter with the Divine in Mesopotamia and Israel*. II. Edition, Bloomsbury Academic, London, 2016.
- Sasson, Jack M. “Ancestors Divine?” *Veenhof Anniversary Volume*, van Soldt, Wilfred Dercksen vd., Peeters Publishers, Leiden, 2001, s. 413-428.
- Sasson, Jack M. “King Hammurabi of Babylon.” *Civilizations of the ancient Near East*, Ed. John Baines vd. Simon & Schuster and Prentice Hall International, New York, 1995, s. 901-915.
- Sayce, Archibald. *The Religions Of Ancient Egypt And Babylonia*, I. Edition, T & T Clark 38 George Street, Edinburgh, 1903.
- Saygılı, Tahsin. “Babil Hukuku ve Hamurabi Kanunları.” *Sosyal Araştırmalar ve Davranış Bilimleri Dergisi*, C. 2, S. 2, 2015, s. 1-22.
- Schwemer, Daniel. “The Storm-Gods of the Ancient Near East: Summary, Synthesis, Recent Studies. Part I.” *Journal of Ancient Near Eastern Religions*, Vol. 7, No. 2, 2007, s. 140.
- Schorr, Moses. *Altbabylonische Rechtsurkunden Aus Der Zeit Der I. Babylonischen Dynastie*. (Ca. 2300-2000 V. Chr.), I. Auflage, Wien, In Kommission Bei A. Hölder, Germany, 1907.

- Sever, Hüseyin. “Kültepe Metinlerinde Yemin Konusu.” *IV. Kayseri ve Yöresi Tarih Sempozyumu Bildirileri*, C. 6, 2003, s. 457-462.
- Steinkeller. *Joys of Cooking in Ur III Babylonia*. Ed. Piotr Michalowski, I. Edition, American Schools of Oriental Research, Boston, 2008, s. 185-192.
- Toptaş, Koray/ Kahya, Ömer. “Asurca ve Babilce Metinlerde Yemin.” *Türkiye Sosyal Araştırmalar Dergisi*, C. 23, S. 2, 2019, s. 315-330.
- Tosun, Mebrure/ Yalvaç, Kadriye. *Sümer, Babil, Assur Kanunları ve Ammi-Şaduqua Fermanı*. Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 1988.
- Ur, Jason A. “Cycles of Civilization in Northern Mesopotamia, 4400—2000 BC.” *Journal of Archaeological Research*, Vol. 18, No. 4, 2010, s. 415.
- Veenhof, Klaas R. “The Family God in Old Babylonian and Especially in Old Assyrian Sources.” *Revue d’Assyriologie et d’archéologie orientale*, Vol.112, No. 1, 2018, s. 49-90.
- Westenholz, Aage. *Old Sumerian and Old Akkadian Texts in Philadelphia, Chiefly from Nippur Part I: Literary and Lexical Texts, and the Earliest Administrative Documents from Nippur (Bibliotheca Mesopotamica): I*. I. Edition, Undena Publications, U.S., Malibu, 1975.
- Winter, Irene. *On Art in the Ancient Near East: From the Third Millennium B.C.E..* II. Edition, Brill Academic Pub, Leiden, 2009.
- Winter, Irene. “After the Battle Is Over: The “Stele of the Vultures” and the Beginning of Historical Narrative in the Art of the Ancient Near East.” *Studies in the History of Art*, Vol. 16, 1985, s. 11-32.
- Yıldırım, Nurgül. “Bağlılık Emri/Yemini Metinlerine Yeni Asur Kralı Asarhaddon Döneminden Örnekler.” *Tarih Araştırmaları Dergisi*, C. 38, S. 66, 2019, s. 67-86.

İş Hukuku Boyutuyla Genel Kadınlar

Muharrem Emre ULUSOY^{1*} 

¹Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye

Makale Bilgisi

Makale Geçmişi

Geliş: 10.04.2025

Kabul: 13.05.2025

Yayın: 20.06.2025

Anahtar Kelimeleri:

İş Hukuku, Genel Kadın,
Genelev, İş Sözleşmesi,
Ahlaka Aykırılık.

ÖZET

Fuhuş olgusu, farklı yönleriyle birçok bilim dalında inceleme konusu olmuştur. Hukuk alanında -özellikle ceza hukukunda fuhuş suçu kapsamında olmak üzere-, insan hakları, ayrımcılık, ahlaka aykırılık temelinde tartışılmıştır. Genelev ve genel kadınların özel hukuk bakımından durumları her zaman tartışma konusu olmuştur. Ülkelerin fuhuş konusundaki yasal yaklaşımları farklılık göstermektedir. Ülkemizde genel kadınlara ilişkin mevzuatın düzenleyici yaklaşıma sahip olduğu söylenebilir. Ancak son yıllarda idari faaliyetlerde yasaklayıcı yaklaşıma doğru bir yönelme olduğu da gerçektir. Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun 128. maddesi, genel kadınları düzenleme altına almıştır. İlgili Kanun uyarınca, genel kadınlar ile genelevlere dair hükümler bir Tüzük ile düzenlenmiştir. Tüzük, fuhuş sebebiyle yayılan hastalıkların önlenmesine ilişkin tedbirlere odaklanmaktadır. Söz konusu mevzuatta, genel kadınların hukuki statülerine, yaptıkları faaliyetin niteliğine, hak ve yükümlülüklerine dair herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu yönüyle, genel kadınların hukuki statülerinin iş hukuku boyutuyla değerlendirilmesi önemlidir.

Brothel Women in Terms of Labor Law

Article Info

Article History

Received: 10.04.2025

Accepted: 13.05.2025

Published: 20.06.2025

Keywords:

Labor Law, Brothel
Women, Brothel, Labor
Contract, Immorality.

ABSTRACT

The phenomenon of prostitution is the subject of examination in many disciplines with its different aspects. In the area of law, it has been discussed on the basis of human rights, discrimination and immorality, especially in the scope of the prostitution crime in criminal law. The status of brothels and brothel women in terms of private law has always been a subject of debate. Countries have different legal approaches to prostitution. In Turkey, legislation on brothel women has regulatory approach. However, it is a fact that there has been a tendency towards a prohibitive approach in administrative activities in recent years. Article 128 of the Public Health Law regulates brothel women. According to the Public Health Law, the provisions regarding brothels and brothel women are described in a Regulation. The Regulation focuses on the control of sexually transmitted disease. It does not regulate the legal status of brothel women, the legal nature of their activities, their rights and obligations in relevant legislation. In this respect, it is important to analyze the legal status of brothel women in terms of labor law.

To cite this article:

Ulusoy, M. E. (2025). "İş Hukuku Boyutuyla Genel Kadınlar", *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 8(1), s. 95-127. <https://doi.org/10.51120/NEUHFD.2025.148>

*Sorumlu Yazar: Muharrem Emre ULUSOY, meulusoy@selcuk.edu.tr



This article is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License (CC BY-NC 4.0)

GİRİŞ

İnsanlık tarihi boyunca var olduğu kabul edilen fuhuş, hiçbir zaman ortadan kaldırılamadığı gibi son yüzyılda teknolojik, sosyal, kültürel ve ekonomik birçok etmenin de etkisi ile farklı şekillerde varlığını artırarak devam ettirmektedir. Hem ülkemizde hem de küresel ölçekte, ekonomik bir karşılığının olduğu da gerçektir. Çoğunlukla toplumlar tarafından ahlaka aykırı olarak görülen fuhuş olgusu benimsenmez. Bu durum devlete ve kanun yapıcılara sirayet ederse fuhuş yasaklayıcı ve önleyici tedbirler söz konusu olur. Ancak devletler farklı saiklerle fuhuş kendi kontrol ve denetimleri altında yasal bir zemine de taşıyabilirler.

Ülkemizde sosyal ve ekonomik sorun yönü ağır basan fuhuş olgusu, ağırlıklı olarak kamu sağlığı yaklaşımı ile ele alınmıştır. Ülkenin sağlıkla ilgili şartlarını düzeltmek ve toplum sağlığına zarar veren bütün hastalıklar veya sağlığa zararlı etkenlerle mücadele etmek ve gelecek neslin sağlıklı olarak yetişmesini temin amacını taşıyan Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun 128. maddesi ile umumi kadınlar (genel kadın) düzenleme altına alınmıştır. Fuhuş sebebiyle yayılan hastalıkların önlenmesine ilişkin tedbirlerin ve genel kadınlar ile genelevlere dair hükümlerin bir yönetmelikle düzenleneceği ifade edilmiştir. Kanun uyarınca çıkarılan ve farklı dönemlerde bazı değişikliklere uğrasa da halen yürürlükte olan söz konusu düzenleme, Genel Kadınlar ve Genelevlerin Tabi Olacakları Hükümler ve Fuhuş Yüzünden Bulaşan Zührevi Hastalıklarla Mücadele Tüzüğü'dür. Tüzük'te fuhuş nedeniyle toplumun sağlığını korumayı hedefleyen hükümlere yer verilmiştir. Fuhuşla mücadele edilmesi ve kadınların “namuslu” bir hayata dönmesinin sağlanması Tüzük'de bir hedef olarak yer alsa da, uygulamada karşılığını bulamamıştır.

Genel kadınlara ilişkin mevzuatımızda, bu kişilerin hukuki statülerine, yaptıkları faaliyetin niteliğine, hak ve yükümlülüklerine dair herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Sosyal güvenlik sistemine dahil edilseler dahi, bahsettiğimiz konular bakımından yapılan değerlendirmeler sınırlı kalmıştır. Çalışmamızda öncelikle fuhuşla doğrudan ve dolaylı yünden ilgilenen uluslararası sözleşmelere değinilecek ve sonra ülkelerin fuhuş düzenlemedeki yasal yaklaşımları ve bunların sonuçları kısaca açıklanacaktır. Çalışma hayatına ilişkin yapmış olduğu Sözleşmeler ve Tavsiye Kararları ile çalışma standartları oluşturan, politikalar ve programlar geliştiren Uluslararası Çalışma Örgütü'nün (UÇÖ/ILO), para karşılığı yapılan bir faaliyet olarak fuhuşa bakış açısı ortaya konulacaktır. Ülkemizde genel kadınlara ilişkin mevzuata dair bilgi verildikten sonra, öğreti görüşleri ve yargı kararları ışığında genel kadınların hukuki statüsü ile yürüttükleri faaliyetin hukuki niteliği değerlendirilecektir.

I. FUHUŞ VE TERMİNOLOJİ SORUNU

Türk Dil Kurumu fuhuş kavramını, “*İçinde bulunan toplumun kurallarına uymayan bir biçimde bir veya birkaç kişiyle para karşılığında cinsel ilişkide bulunma*” olarak tanımlamaktadır¹.

¹ Arapça kökenli olarak tasnif edilmiş fuhuş sözcüğü Türk Dil Kurumu sözlüğünde ayrıca “taşkınlık, aşırı davranış” olarak tanımlanmıştır. Bkz. <https://sozluk.gov.tr/>. (ET. 11.09.2024)

Doktrinde² ve yargı kararlarında³ da birçok fuhuş tanımı yapılmıştır. Bu tanımlara göre, fuhuş olarak kabul edilen eylemin bazı özelliklere sahip olması gerekir. Öncelikle fuhuş yapan kişinin cinsiyeti yahut cinsel kimliği önemli değildir. Fuhuş bir menfaat uğruna yapılmalıdır. Fuhuşta, tamamlanmamış bile olsa, cinsel tatmine yönelmiş bir faaliyet olmalıdır. Bu özellikleri taşıyan eylemi bir kez dahi gerçekleştiren kişinin fuhuş yaptığı söylenebilir. Mevzuatımızda kişinin kendi rızasıyla fuhuş yapması suç olarak düzenlenmemiştir. Ancak fuhuşa teşvik etmek, fuhuşu kolaylaştırmak, aracılık etmek veya zorla fuhuş yaptırmak gibi eylemler suç teşkil eder⁴.

Günümüzde fuhuş yapanların bu faaliyetleri karşımıza farklı türlerde ve değişik isimlendirmelerle çıkabilmektedir. Çoğu zaman dünyanın en eski mesleği olarak anılan fuhuş, ağırlıklı olarak kadınlar, aynı zamanda transseksüel ve erkekler tarafından gerçekleştirilen; dairelerde, genelevlerde, sokaklarda cinsel münasebetlerden, erotik dans, porno oyunculuğu ve telefonda sekse kadar uzanan çok sayıda faaliyetleri kapsamaktadır⁵. Fuhuşa ilişkin sınıflandırmalar yapılırken, cinsiyet, faaliyetin yapıldığı mekan, faaliyetin bir kişiye bağımlı yapıp yapılmaması gibi birçok kriter esas alınmaktadır. Ancak hukuk perspektifinden en temel kriterin yasal/yasal olmayan fuhuş olduğu söylenmelidir. Ülkemizde mevzuatta belirtilen belirli şartları taşıyan kadınların devletin izin ve denetimi koşulları altında yaptıkları fuhuş yasaldır⁶.

Fuhuş yapanlar için de yine farklı kavramlar kullanılmaktadır. Fahişe, hayat kadını, vesikalı, eskort, genelev kadını, genel kadın bunlardan sadece bazılarıdır. Son yıllarda bazı aktivist grupların da çabalarıyla “seks işçisi” kavramı daha fazla kullanılmaktadır. Her ne kadar bu kavramın kullanılmasının ana sebebinin aşağılayıcı, şiddet içeren ve ayrımcı olan nitelendirmelerden uzaklaşmak olduğu ifade edilse de, seks işçiliği faaliyetini bir iş ilişkisi olarak kabul ederek fuhuş tipik bir çalışma biçimi gibi ele almaktadır⁷. İşçilik, insanın hayatını idame ettirmek için, emek sermaye döngüsünde bir başkasına bağımlı olarak iş görmesi anlamına gelir. Bağımsız olarak fuhuş

² Şahin İsmail, Fuhuşla Mücadelede İskandinav Modeli, ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, C.5, S.2, 2023, s. 811, 812; Çoksezen Merki, Duygu. “Fuhuşun Nitelendirilmesi Sorunu ve Yargının Buna Yaklaşımı”, Prof. Dr. Nami Çağan Anısına Armağan, Atılım Üniversitesi Yayınları, Ankara, 2020, s. 253 vd.; Işık, Aydın. “İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi 23. Madde Kapsamında Seks İşçilerinin Türkiye’deki Durumunun Değerlendirilmesi”, *İzmir Barosu Dergisi*, Ocak 2020, s. 212. Fuhuşun, insan bedeninin her türlü müstahcen ticareti olarak tanımlanabileceği yönünde bkz. Dursun, Hasan. “Fuhuş ve Fuhuş Hakkındaki Temel Türk Hukuk Normlarına Genel Bir Bakış”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S.93, 2011, s. 405.

³ “Fuhuş, bir kadının çıkar karşılığı veya alışkanlık halinde vücudunu başkalarının cinsel zevklerine teslim etmesi ve bu suretle bir çok erkekle cinsel ilişkide bulunması eylemi olarak tanımlanması karşısında....” Y5CD., 18.04.2002, 5100/2721; Y5CD., 20.12.2020, 3720/7287.

⁴ Fuhuş eyleminin ve genelevlerin özellikleri için ayrıca bkz. Battal, Ahmet. “Ticari İşletme Kısıtları Karşısında Genelevlerin Durumu”, *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S.5, 1992, s. 209; Dursun, s. 406,407.

⁵ Cohen, Rachel Lara. vd. *Introduction: The Body/Sex/Work Nexus: A Critical Perspective on Body Work and Sex Work*. in C. Wolkowitz, R.L. Cohen, T. Sanders and K. Hardy (eds) *Sex/Body/Work: Intimate, Sexualized and Embodied Labour*. Critical Perspectives on Work and Employment, University of London Institutional Repository, 2013, s. 4; Dursun, s. 416,417.

⁶ Işık, s. 213-216. Yazar seks işçiliğini, “sosyal, ekonomik, psikolojik nedenlerden ötürü bireyin para veya mal karşılığında başkalarına cinsel tatmin sağlayan ilişki bütünü” olarak tanımlamaktadır.

⁷ Bir görüşe göre, bir beden işçiliği olarak seks işçiliğinin diğer işlerden farklı görülmesi yerine, iş ilişkisi kapsamında değerlendirilmesi önemlidir. Toplumlar fuhuşu bir suç, sapkınlık, “gerekli” bir kötülük ya da cinsel istismar olarak tanımlarken, dünyanın dört bir yanındaki seks işçileri bunu bir iş, ekonomik bir faaliyet, emek ya da meslek olarak tanımlamaktadır. Bkz. Wijers, Marjan/Doorninck. Marieke Van. *They Get What They Deserve: Labour Rights for Sex Workers*, Safer Sex in The City, Chapter 7, 1st Edition, Routledge, 2009, s.104; Işık, s. 213; Cohen vd., s. 5. Bu görüşe ilişkin eleştiriler için bkz. Çoksezen Merki, s. 254 dn.222.

yapan bir kimsenin işçi olamayacağı söylenmelidir. Aksi durumda, bir kimsenin başka birine bağımlı olarak, onun emir ve talimatları doğrultusunda fuhuş yapması halinde de işçi olup olmadıkları tartışmalıdır. Bu noktada taraflar arasında hukuka uygun bir iş ilişkisinin kurulup kurulmadığı, kabulü halinde sözleşmenin niteliği, ahlaka aykırılık durumu incelenmelidir. Devletin izin, denetim ve gözetimi olmaksızın başkasına bağımlı şekilde fuhuş yapan kimselerin yasal kabul edilmeyen faaliyetleri çalışmamızın kapsamı dışında kalmaktadır. Çalışmamızda isteğe bağlı fuhuşu düzenleyen normlar olarak Umumi Hıfzıssıhha Kanunu ve ilgili Tüzükte yer verildiği şekliyle genel kadınların hukuki durumu incelenecektir. Yapacağımız değerlendirmeler neticesinde varacağımız sonuçlardan bağımsız olarak, olması gereken hukuk bakımından seks işçisi kavramını kullanmaktan imtina ediyoruz. Her kadının “özel” olduğunu biliyorsak da, mevzuatımızda yer verildiği şekliyle “genel kadın”⁸ ifadesinin varmak istediğimiz sonuç itibarıyla daha uygun olduğu kanaatini taşıyoruz. Ancak yabancı öğreti ve uluslararası belgelerden faydalandığımız oranda, ilgili kişi ve kurumların görüşlerini yansıtmaları açısından sınırlı da olsa, bazı bölümlerde seks işçisi kavramına yer verilecektir.

II. FUHUŞ KONUSUNDA BENİMSENEN YAKLAŞIMLAR

A. Genel Olarak

Fuhuş doğrudan veya dolaylı olarak düzenleyen uluslararası sözleşmeleri kabul eden ülkeler, ilgili sözleşmelerin hükümleri ile bağlantılı olarak hukuk sistemlerini şekillendirmişlerdir. Bu noktada temel olarak dört yaklaşım üzerinden değerlendirme yapılabilir. Ancak sınıflandırmanın bir sadeleştirme içerdiği, uygulamada ayırımın her zaman kolay ve keskin olmadığı, yasal yaklaşımların bazen iç içe geçebildiği söylenmelidir. Yasal düzenlemelerin etkileri; nasıl ve ne yoğunlukta uygulandıklarına bağlı olarak değişiklik göstermektedir⁹. Örneğin, katı bir mevzuatın uygulaması toleranslı olabilirken, tam tersinin gerçekleşmesi de ihtimal dahilindedir¹⁰. Ancak fuhuş bir iş ilişkisi kapsamında değerlendirmeyen tüm yaklaşımların, fuhuş ahlak dışı kabul ettiği, fuhuşa ilişkin sistemi kontrol ve baskılama amacı taşıdığı söylenebilir.

B. Yasaklayıcı (Prohibitionist) Yaklaşım

Yasaklayıcı yaklaşımda temel amaç fuhşun tüm yönleriyle sonlandırılması ve fuhuş yapan kimse de dahil olmak üzere fuhuş olgusu içinde yer alan tüm tarafların cezalandırılmasıdır¹¹. Bu yönüyle fuhuş yapan kimsenin, müşterisinin ya da aracılık edenlerin eylemleri çoğunlukla suç olarak

⁸ Bu isimlendirmenin kadının bedeninin genel olduğu ve herkese açık, tüm erkekler tarafından ulaşılabilir olduğu anlamına geldiği yolunda bkz. Çoksezen Merki, s. 262, 263.

⁹ Fox, Joshua A. “International Law After Dark: How Legalized Sex Work Can Comport with International and Human Rights Law”, *Chicago Journal of International Law*, Vol. 22, No. 1, 2021, s. 198; Di Nicola, Andrea. vd. *Study on National Legislation on Prostitution and Trafficking in Woman and Children*, Transcrime Joint Research Center on Transnational Crime, European Parliament, 2005, s. 15; Post, Che/ Brouwer, Jan G./ Vols, Michel. “Regulation of Prostitution in the Netherlands: Liberal Dream or Growing Repression?”, *European Journal on Criminal Policy and Research*, Vol. 25, 2019, s. 103; Wijers/Doorninck, s. 101.

¹⁰ Çokar, Muhtar/Yılmaz Kayar, Habibe. *Seks İşçileri ve Yasalar: Türkiye’de Yasaların Seks İşçilerine Etkileri ve Öneriler*, İnsan Kaynağını Geliştirme Vakfı, İstanbul, 2011, s. 107.

¹¹ Cox, K’reisa J. *Vocation or Victimization: An Analysis of Legal Models Addressing Prostitution*, Seattle Pacific University Honors Projects, 2021, 9; Deady, Gail, M. “The Girl Next Door: A Comparative Approach to Prostitution Laws and Sex Trafficking Victim Identification Within the Prostitution Industry”, *Wash. & Lee J. Civ. Rts. & Soc. Just.*, Vol. 17, Issue, 2, 2011, s. 536, 537; Çokar/Yılmaz Kayar, s. 109, 110; Di Nicola, s. 15; Post/Brouwer/Vols, 104; Wijers/Doorninck, s. 102.

kabul edilmektedir. Bazen suçlu olarak kabul edilmese de farklı nitelendirmelerle kişinin, eğitim alması, tedavi görmesi vb. öngörülmektedir. Bu tür mevzuatlar fuhuş tamamen ortadan kaldırmayı hedeflemektedir. Fuhuş insan hak ve onuruna, ahlaka aykırı olarak kabul edilmekte ve cinsel sömürü, namus ve iffet gibi kavramlarla da ilişkilendirilmektedir. Bu bakış açısıyla fuhuş sadece bireyi değil, aileyi, toplumu tehlikeye atan bir olgudur¹². Bu yaklaşım, ABD'deki eyaletlerin çoğunluğu ve Orta Doğu'daki ülkeler tarafından benimsenmiştir¹³.

C. Önleyici (Abolitionist) Yaklaşım

Önleyici yaklaşımın uygulandığı ülkelerde fuhuş yapan kimse suçun mağduru olarak değerlendirilmekte, fuhuş müşterilerinin, aracılarının ve genelev işletmecilerinin cezalandırılması gerektiği kabul edilmektedir. Suçun mağduru olan kimse cezalandırılmamalıdır. Buna göre, fuhuş bir şiddet türüdür; bir kimsenin bilerek isteyerek fuhuş ticari bir faaliyet olarak görmesi, bu yönde rıza göstermesi ve hizmet sunması kabul edilemez¹⁴. Fuhuş yapan kimseler cinsel şiddet mağdurudur ve onlara destek olmak, erdemli çalışma olanağı sağlamak, sosyal ve ekonomik iyiliklerine katkıda bulunmak devletin ve toplumun görevidir. Ancak doktrinde bu sistemin faydadan daha çok zarar verdiği de belirtilmektedir¹⁵. İskandinav/İsveç¹⁶ modeli olarak da adlandırılan bu yaklaşım Norveç, Finlandiya, Fransa, Kanada, İzlanda, Kuzey İrlanda ve İrlanda gibi yerlerde de benimsenmiştir ve fuhuşa olan talebin azaltılmasının fuhuş arzını sınırlayacağını varsaymaktadır¹⁷.

D. Düzenleyici (Regulatory) Yaklaşım

Düzenleyici yaklaşımda fuhuş, yalnızca devlet tarafından belirlenmiş koşullar altında yasal bir faaliyet olarak kabul edilmektedir. Fuhuş yapılmasına mevzuat tarafından oluşturulan sistem ve düzenlemeler ile getirilen sınırlamalar kapsamında izin verilir¹⁸. Tipik düzenlemeler arasında ruhsatlandırma, zorunlu sağlık kontrolleri, çalışma izinleri ve tolerans bölgelerine uyulması

¹² Fox, s. 199. Bu sistemin kabul gördüğü ülkelerde başarı sağlandığına ilişkin somut bir veri olmadığına, fuhuşun tamamen yasadışı kabul edilmesinin fuhuş ortadan kaldırmak yerine fahişeleri illegal alanda üçüncü kişilere bağımlı hale getirdiği, soruşturma ve kovuşturma korkusunun kişileri daha suistimale açık pozisyona soktuğu ifade edilmektedir.

¹³ Mossman, Elaine. *International Approaches to Decriminalising or Legalising Prostitution*, Crime and Justice Research Centre Victoria University of Wellington, October 2007, s. 11; Deady, s. 538

¹⁴ Wijers/Doorninck, s. 103; Post/Brouwer/Vols, s. 104; Çokar/Yılmaz Kayar, s. 111; Di Nicola, s. 15.

¹⁵ Düzenlemeye göre, yasak olmasa da, seks işçisi olarak çalışmak neredeyse imkansızdır, çünkü her tür iş, bir çalışma yeri kiralamak, müşteri getirmek ve meslektaşlarla işbirliği yapmak gibi bir tür organizasyon gerektirir. Seks işçileri, müşteri bulma, reklam yapma, kalacak yer kiralama ya da iş sözleşmesi yapma gibi önemli gelir güvencesi araçlarından mahrum kalmaktadır. Her ne kadar koruma amacı taşısa da, bu tür fuhuş karşıtı mevzuatın seks işçileri üzerindeki etkisi her zaman tecrit, damgalama, marjinalleştirme ve sosyal dışlanmanın bir kombinasyonu olmaktadır. Bkz. Wijers/Doorninck, s. 103

¹⁶ İsveç ve İspanya'da önleyici sistemin detayları ve programın çıktıları hakkında detaylı bilgi için bkz. Schulze, Erika vd. *Sexual Exploitation and Prostitution and its Impact on Gender Equality*, European Parliament: Directorate-General for Internal Policies of the Union, Publications Office, 2014, s. 45-56; Şahin, s. 813 vd.

¹⁷ Cox, s. 33 vd.; Mossman, s. 11,12; Dursun, s. 439. Avrupa parlamentosunun 2014 tarihli tavsiye kararında bu modelin uygulanmasının tavsiye edildiği ve "AB Üye Devletlerinin Fuhuşa İlişkin Farklı Düzenlemeleri ve Bunların Kadın Hakları Üzerindeki Sınır Ötesi Etkileri" raporunda fuhuş müşterilerinin cezalandırılması ve fuhuş ortaya çıkaran işsizlik gibi etkenlerin ele alınması önerilmektedir. Bkz. Şahin, s. 814.

¹⁸ Çoksezen Merki, s. 611 dn.24; Çokar/Yılmaz Kayar, s. 113. Bu yaklaşımda kanun koyucu fuhuşun var olduğunu kabul eder ancak fuhuşu onaylamaz. Sonuç olarak fuhuş düzenli bir iş (meslek) olarak görmez ve halkı buna karşı korumak için sıkı yasal düzenlemelerle kontrol altında tutmaya çalışır. Post/Brouwer/Vols, s. 104. Doktrinde, bu yaklaşım kapsamında yaptıkları iş yasadışı kabul edilmese de seks işçilerine "işçi" olarak yasal haklar tanınmadığı, devletin de bu kişilerin sorumluluğunu üstlenmediği haklı olarak vurgulanmıştır. Bkz. Wijers/Doorninck, s. 102.

sayılabilir. Gerekli izinlere sahip olmayan işletmeler veya çalışanlar cezai yaptırımlara tabidir. Düzenleyici yaklaşımın temel önermesi, fuhşun istikrarlı bir sosyal düzen için gerekli olduğudur. Yine de fuhuş, kamu düzenini, kamu sağlığını ve kamu ahlakını korumak için kontrollere tabi olmalıdır¹⁹. Bu yaklaşım; Hollanda, Almanya²⁰, Avusturya, Yunanistan, Türkiye, Senegal, ABD'nin Nevada eyaleti ve bazı Avustralya eyaletleri gibi yerlerde kabul edilmektedir²¹.

E. Suç Olmaktan Çıkaran (Decriminalization) Yaklaşım

Suç olmaktan çıkarma, fuhşa karşı tüm düzenlemelerin veya fuhşun tüm yönlerini suç haline getiren hükümlerin kaldırılmasıdır. Bununla birlikte, suç olmaktan çıkarılmış bir rejimde iradi fuhuş ile cebir ve zorlama veya çocuk fuhuşu içeren faaliyetlerin arasında bir ayrım yapıldığını ve ikincisinin suç olmaya devam ettiği belirtilmelidir²². Düzenleyici yaklaşımdan farklı olarak, devlet tarafından fuhşa özgü düzenlemeler yapılmaz. Bunun yerine, sektöre ilişkin her türlü düzenleme çalışma mevzuatına dahil olan kanun, tüzük ve yönetmelikler aracılığıyla yapılmaktadır. Dolayısıyla, fuhuş meşru bir iş olarak kabul edilmekte ve bu nedenle, geleneksel istihdam ve sağlık düzenlemeleri kapsamına girmekte, standart planlama ve denetimlere tabi olmaktadır. Fuhuşla uğraşanlar diğer işçilerle aynı hak ve sorumluluklara sahiptir (örneğin; sözleşme, vergilendirme, sosyal güvenlik sistemine dahil edilme)²³. Böylelikle çalışan (seks işçisi) olarak kabul edilen fuhuş yapan kimselerin, çalışma koşullarının iyileştirilebileceği, sağlıklı, güvenli ve insan haklarına saygılı bir düzenin kurulabileceği kabul edilmektedir²⁴. Yeni Zelanda'da suç olmaktan çıkarmaya dayalı bir yasal çerçeve benimsenmektedir²⁵.

III. BİRLEŞMİŞ MİLLETLER BELGELERİNDE FUHŞA İLİŞKİN YER ALAN TEMEL DÜZENLEMELER

A. Genel Olarak

Fuhuş, 20. yüzyılın başlarından itibaren uluslararası sözleşmelere konu olmuştur²⁶. Bu

¹⁹ Wijers/Doorninck, s. 102.

²⁰ Almanya, eyalet (Länder) ve ulusal düzeyde “düzenlemelere uygun olarak yapıldığı takdirde” fuhşa izin vermektedir. Ayrıca, 2002'den itibaren ülke seks işçiliğini “iş” olarak kabul etmeye başlamış, böylece seks işçilerinin daha önce hak sahibi olmadıkları sosyal güvenlik rejimlerine (işsizlik, sağlık ve yaşlılık sigortası) erişimini sağlamıştır. Fox, s. 200. Ayrıca bkz. Şahin, s. 811, 812.

²¹ Mossman, s. 12; Cox, s. 35. Hollanda ve Almanya'da düzenleyici sistemin detayları ve programın çıktıları hakkında detaylı bilgi için bkz. Schulze, s. 33,43.

²² Mossman, s. 12; Post/Brouwer/Vols, s. 104, 105.

²³ Cox, s. 20; Çokar/Yılmaz Kayar, s. 114,115.

²⁴ Wijers/Doorninck, s. 104. Yazarlara göre, seks endüstrisinde iş hukuku geçerli olsaydı, seks işçileri yasal olarak iş sözleşmeleri yapabilir, istismarcı işverenleri ve müşterileri dava edebilir, işsizlik veya hastalığın sonuçlarına karşı kendilerini sigortalayabilir ve devlet yardımları ile emekli maaşlarına hak kazanabilirlerdi.

²⁵ Yeni Zelanda fuhuşu tamamen suç olmaktan çıkaran nadir devletlerdendir. Bunu yaparken, Yeni Zelanda fuhuş ile ilgili daha önce çıkarılmış tüm kanunları yürürlükten kaldırmıştır. Ayrıca, Yeni Zelanda'nın Fuhuş Reform Yasası (Prostitution Reform Act) (PRA) aracılığıyla, on sekiz yaşın üzerindeki herhangi bir vatandaş için seks işçiliğini yasallaştırmış ve dörtten az çalışanı olan genelevlerin ruhsatsız olarak faaliyet göstermesine izin vermiştir. PRA, seks işçileri için çeşitli korumalar sağlamaktadır. Yasanın temel amacı, "seks işçilerinin insan haklarını güvence altına alan ve onları sömürden koruyan bir çerçeve oluşturmak" ve kamu sağlığına uygun bir şekilde onların refahını, mesleki sağlığını ve güvenliğini teşvik etmektir. Fox, s. 200, 201; Deady, s. 548, 549.

²⁶ Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Özgenç, İzzet. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 20. Baskı, Seçkin Yayınevi, Eylül 2024, s. 40-48; Konan, Belkis. “Osmanlı Devletinden Erken Cumhuriyet Dönemine Kadın Ticaretinin Engellenmesi Yoluyla Yapılan Girişimler”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.70 S.4, 2021, s. 1479-1504; Çoksezen Merki, s. 254-257.

sözleşmelerin başında tarihsel sıralama ile 18.05.1904 tarihli “*Beyaz Kadın Ticaretinin Önlenmesine Dair Uluslararası Sözleşme*”; 04.05.1910 tarihli “*Beyaz Kadın Ticaretinin Önlenmesine Dair Uluslararası Sözleşme*” ile Milletler Cemiyeti tarafından kabul edilen 30.09.1921 tarihli “*Kadın ve Çocuk Ticaretinin Kaldırılmasına Dair Uluslararası Sözleşme*” yer almaktadır. Türkiye 1923 yılında imzalanan Lozan Barış Anlaşmasının 100. maddesi ile söz konusu üç sözleşmeye katılmayı taahhüt etmiştir²⁷. Aynı ismi taşıyan ilk iki Sözleşme’nin, Milletler Cemiyeti (Cemiyet-i Akvam) öncesinde akdedilmiş çok taraflı uluslararası sözleşmeler olduklarını ifade etmek gerekir. Ancak bu sözleşmeler, Milletler Cemiyeti ve Birleşmiş Milletler Sözleşmelerine yol gösterici nitelikte olup aynı misyonu taşımaktadırlar.

11.10.1933 tarihli “*Reşit Kadın Ticaretinin Yasaklanmasına Dair Uluslararası Sözleşme*”²⁸ ve 02.11.1949 tarihli “*İnsan Ticaretinin ve İnsanların Fuhuş Yoluyla Sömürülmesinin Yasaklanmasına Dair Sözleşme*”²⁹ de yine fuhşa ilişkin doğrudan hükümler yer almaktadır. Ülkemizin de taraf olduğu diğer bazı anlaşmalarda dolaylı olarak fuhuşla ilgili hükümlere yer verilmiştir. 18.12.1979 tarihli “*Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesine Dair Sözleşme*”³⁰; 15.10.2000 tarihli “*Sınıraşan Örgütlü Suçlarla Mücadele Sözleşmesi*” ve bu sözleşmeye ek “*İnsan Ticaretinin, Özellikle Kadın ve Çocuk Ticaretinin Önlenmesine, Durdurulmasına ve Cezalandırılmasına İlişkin Protokol*”³¹ ile 20.11.1989 tarihli “*Çocuk Haklarına Dair Sözleşme*”³² ve bu Sözleşmeye ek “*Çocuk Satışı, Çocuk Fahişeliği ve Çocuk Pornografisi ile İlgili İhtiyari Protokol*”³³ bunlardan bazılarıdır.

B. İnsan Ticaretinin ve İnsanların Fuhuş Yoluyla Sömürülmesinin Yasaklanmasına Dair Sözleşme

Fuhuşla ilgili en kapsamlı düzenlemelere sahip “*İnsan Ticaretinin ve İnsanların Fuhuş*

²⁷ “Kadın Ticareti Namiyle Anılan Cinai Ticarete Karşı Müessir Bir Himayenin Sağlanması Maksadiyle İmzalanmış Bulunan Milletlerarası Anlaşma ile Kadın Ticaretinin Zecren Menine Dair İmzalanmış Olan Milletlerarası Sözleşmeyi Değiştiren Protokol ve Ekinin Onanmasına Dair Kanun” ve “Kadın Ticareti Namiyle Anılan Cinai Ticarete Karşı Müessir Bir Himayenin Sağlanması Maksadiyle İmzalanmış Bulunan Milletlerarası Anlaşma ile Kadın Ticaretinin Zecren Menine Dair İmzalanmış Olan Milletlerarası Sözleşmeyi Değiştiren Protokol ve Ekinin Onanmasına Dair Kanun” RG., 04.03.1950, 7448; “Kadın ve Çocuk Ticaretinin Kaldırılmasına Mütedair Cenevre’de 30 Eylül 1921’de Akdedilen Sözleşme ile Reşit Kadın Ticaretinin Kaldırılması Hakkında Cenevre’de 11 Ekim 1933’de akdedilen Sözleşmeyi Değiştiren Protokol ve Eki” RG., 28.05.1949, 7218. İnsan ticareti çeşitlerine bakıldığında en yaygın olanının fuhuş amaçlı insan ticareti olduğu yönünde bkz. Konan, s.1482 dn.9.

²⁸ “Reşid Kadın Ticaretinin Meni Hakkında 11 Teşrinievvel 1933 Cenevrede İmzalanan Beynelmilel Mukavelenin Tasdikına Dair Kanun” RG., 22.04.1935, 2984.

²⁹ Sözleşme, 21 Mart 1950 tarihinde imzaya açılmış fakat Türkiye Sözleşmeye taraf olmamıştır. Anılan Sözleşme’de 1904, 1910, 1921 ve 1933 tarihli Sözleşmelerin yürürlükte kaldığının açıklandığı, böylece “*İnsan Ticaretinin ve İnsanların Fuhuş Yoluyla Sömürülmesinin Yasaklanmasına Dair Sözleşme*” nin yapılan tüm bu Sözleşmeleri kapsadığı yolunda bkz. Konan, s. 1487, 1488.

³⁰ “Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesine Katılmanın Uygun Bulunduğuna Dair Kanun” RG., 25.06.1985, 18792.

³¹ RG., 18.03.2003, 25052. Sözleşme’nin Ek Protokol’ü olan Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi’ne Ek İnsan Ticaretinin Özellikle Kadın ve Çocuk Ticaretinin Önlenmesine, Durdurulmasına ve Cezalandırılmasına İlişkin Ek Protokol, Resmi Gazete’de Sınıraşan Örgütlü Suçlarla Mücadele Sözleşmesi ile birlikte yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

³² Sözleşme 14.09.1990 tarihinde Türkiye tarafından imzalanmış, daha sonra Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. RG., 27.01.1995, 22184.

³³ Çocuk Haklarına Dair Sözleşmeye Ek Çocuk Satışı, Çocuk Fahişeliği Ve Çocuk Pornografisi İle İlgili İhtiyari Protokolün Onaylanmasının Uygun Bulunduğu Hakkında Kanun. RG., 14.5.2002, 24755.

Yoluyla Sömürülmesinin Yasaklanmasına Dair Sözleşme” oldukça önemlidir. Sözleşmenin giriş kısmında fuhşun insan onuru ve değeri ile bağdaşmadığı, bireyin, ailenin ve toplumun refahını tehlikeye attığı ifade edilmiştir. Sözleşmede, bir başka insanı, *bu insanın rızası dahilinde olsa dahi*, fuhuş için temin eden, kandıran veya ayartan yahut fuhşunu istismar eden cezalandırılacaktır (m.1). Yine genelev sahibi olan veya işleten veya bilerek genelev finanse eden ya da geneleve finansman sağlanmasına iştirak eden; fuhuş yaptırmak amacıyla bir bina veya başka bir yer yahut bunların bir bölümünü bilerek veren yahut kiralayan kimseler cezalandırılacaktır (m.2). Sözleşme ayrıca taraf devlete, fuhuş yapan veya fuhuş yaptığından şüphelenilen kişileri özel bir kayda veya özel bir evrak taşımaya yahut denetim ya da bildirim için istisnai şartlara tabi kılan her türlü mevcut kanun, yönetmelik veya idari hükmü iptal veya ilga etmek için gerekli tüm tedbirleri alma yükümlülüğü yüklemiştir (m.6). Sözleşme, ilgili hükümlerle devlet vasıtası ile fuhşun düzenlenmesini önleme amacı taşımaktadır. Birçok ülkenin farklı çekincelerle imzalamadığı sözleşme, Türkiye tarafından da onaylanmamıştır.

C. Uluslararası Çalışma Örgütü Belgelerinde

Birleşmiş Milletler’in uzman kuruluşu olarak Uluslararası Çalışma Örgütü’nün kuruluşundan günümüze kadar bu konuyu değerlendirme biçimine bakıldığında, farklı dönemlerde farklı öncelikleri dikkate aldığı görülmektedir. Kuruluşundan 1960’lı yıllara kadar konuya cinsel yolla bulaşan hastalıklardan koruma perspektifinden bakıldığı ve para karşılığı cinsel faaliyetleri ahlaka aykırılık temelinde değerlendirdiği söylenebilir. 1960 ve devamındaki birkaç on yılda ise, UÇÖ’nün geliştirmekte olan ülkelerdeki kadınların statüsünü yükseltmeyi taahhüt ettiği -özellikle 1976 Dünya İstihdam Konferansı sonrası- dönem ufak bir paradigma değişikliği olarak göze çarpmaktadır. Bu tür faaliyetlerde bulunanların statülerine ilişkin farklı görüşler ileri sürülmüştür. Doksanlı yıllardan günümüze kadar ise UÇÖ konuya HIV/AIDS ve zorla çalıştırma temelinde yaklaşmıştır³⁴.

Uluslararası Çalışma Örgütü’nün ilk reaksiyonları, cinsel yolla bulaşan hastalıkların (CYBH) yayılmasının önlenmesi ve fiziksel dejenerasyonla ilgilidir. UÇÖ, 1922 Cenova Denizcilik Konferansından sonra, denizciler arasında cinsel yolla bulaşan hastalıkların tedavisi ve önlenmesi için uluslararası araştırmasını yapmış ve 1924’te Brüksel’de imzalanan, Ticaret Gemicilerine Zührevi Hastalıkların Tedavisi İçin Verilecek Kolaylıklar Hakkındaki Uluslararası Anlaşması³⁵’na Milletler Cemiyeti Sağlık Örgütü ile birlikte öncülük etmiştir³⁶. Anlaşma, tüm ticaret gemicilerine ve kayıkçılara ayırım yapılmaksızın ücretsiz tedavi garantisi vermeyi amaçlamaktadır. Ayrıca, hastanın bir sonraki uğrak limanında tedavisine devam etmesini sağlayan bireysel bir sağlık kartı verilmesini

³⁴ Konu ile ilgili geniş bilgi için bkz. Rodriguez, Garcia Magaly. *The ILO and the Oldest Non-Profession*, Hofmeester Karin/Bosma Ulbe (Editor), *The Lifework of a Labour Historian. Essays in Honour of Marcel van der Linden*, Vol.35, 2018, s. 90 – 114. HIV “Human Immunodeficiency Virus”, “İnsan Bağışıklık Yetmezliği Virüsü”; AIDS “Acquired Immune Deficiency Syndrome”, “Edinsel Bağışıklık Eksikliği Sendromu”.

³⁵ Türkiye tarafından 1951 tarihinde onaylanan Anlaşmanın Türkçe metni için bkz. https://www5.tbbm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc034/kanuntbmmc034/kanuntbmmc03405850.pdf. (ET.20.10.2024)

³⁶ Weindling, Paul. *The Politics of International Co-ordination to Combat Sexually Transmitted Diseases, 1900–1980s*, in *aids and Contemporary History*, Virginia Berridge and Philip Strong (Editor), Cambridge University Press, Newyork, 1993, s. 93. O dönemde Milletler Cemiyeti’nin Uzman Kuruluşu olarak kabul edilmeyen ve danışma kurulu olarak görev yapan Uluslararası Halk Sağlığı Bürosu (Office International d’Hygiene Publique-OIHP) ve Milletler Cemiyeti Sağlık Örgütü’nün (Health Organization of the League of Nations) tarihçesi için bkz. McCarthy, Michael. “A brief history of the World Health Organization”, *The Lancet*, Volume 360, Issue 9340, 1111, 1112.

de içermektedir. Gemi kaptanları, gemi sahipleri ve sağlık denetim görevlilerinin mürettebatı tedavi tesisleri, danışma zamanları ve yerleri hakkında bilgilendirmeleri gerekmektedir³⁷.

Uluslararası Çalışma Örgütü, başlangıçta tıbbi tedavi ve cinsel yolla bulaşan hastalıkların önlenmesine odaklanmış olsa da, söylem ve eylemlerinin devam eden yıllarda daha çok ahlaka aykırılık temelinde şekillenmeye başladığı ifade edilmektedir. Uluslararası kadın ve çocuk ticaretiyle fuhuş arasında bağ olduğunu ortaya koyan raporlar sonrası odak noktası kadınların düşük ücretleri, işsizlik ve fuhuş arasındaki ilişkiye ve ahlaksızlığın önlenmesine çevirilmiştir. Bu dönemde UÇÖ'nün fuhşa bakış açısının meslek ve iş ekseninden daha çok kötülük ve ahlaksızlık olduğu söylenebilir. İkinci Dünya Savaşı sonrası dönemde, UÇÖ, Dünya Sağlık Örgütü (DSÖ) ile iş birliğini derinleştirmiştir. Cinsel yolla bulaşan hastalıklara karşı UÇÖ/DSÖ çalışmaları daha teknik hale gelmiş ve tamamen tıbbi temellere dayandırılmıştır³⁸.

Fuhşa ilişkin yaklaşım, 1970'li yıllarda farklı bir şekilde UÇÖ'nün tekrar gündemine gelmiştir. 1976 Dünya İstihdam Konferansı sırasında, gelişmekte olan ülkelerdeki kırsal alandaki kadınların çalışma ve yaşam koşullarına özel bir ilgi gösterilmiştir. 1960'ların ortalarında Tayland'da ABD askeri üslerinin kurulması, fuhşa doğrudan veya dolaylı olarak olanak sağlayan eğlence mekanlarının hızla çoğalmasına ve Amerikan askerleri için kırsal alanlardan işe alınan "kiralık eşler" olgusunun büyümesine yol açmıştır³⁹. Amerikalıların ayrılmasının ardından, erotik turizmin gelişmesi uluslararası örgütlerin dikkatini çekmiştir. 1970'lerin sonlarında, UÇÖ'nün "*Kırsal Kadınlar Programı*" ilk olarak Bangkok'taki seks ticaretinde genç kadınların masöz olarak yer almasına odaklanmıştır. Program sonrası ortaya çıkan raporda⁴⁰ Dharam Ghai (UÇÖ Kırsal İstihdam Politikaları Şubesi İstihdam ve Kalkınma Departmanı Şefi), Taylandlı masözler üzerindeki araştırmayı "*kadınların işinin çokça duyurulan ancak yeterince araştırılmamış bir boyutunu anlamak için önemli bir katkı*" olarak övmüştür⁴¹. Bu belki de UÇÖ'nün (ya da en azından şubelerinden birinin) fuhuşu dolaylı da olsa bir iş biçimi olarak tanımladığı ilk rapor olarak kayıtlara girmiştir⁴².

Devam eden yıllarda, seks turizminin gelişmesi ve HIV enfeksiyonunun yayılma korkusu, UÇÖ'nün konuya olan ilgisini artırmıştır. UÇÖ'nün Asya ve Pasifik Politika Uzmanı Lin Lim Lean, doksanlı yıllarda konuyu ele almış ve editörlüğündeki çalışmaları koordine etmiştir. Çalışması fuhşun bir iş olarak tanımlanması çağrısında bulunan aktivistler ve akademisyenler tarafından ortaya konan fikirlerle birçok ortak noktada birleşmiştir⁴³. Çalışma, dört Güneydoğu Asya ülkesinde (Endonezya, Malezya, Filipinler ve Tayland) seks endüstrisinin büyümesini etkileyen sosyal ve ekonomik faktörleri incelemiştir. Raporda, ticari seksin dünya çapında milyonlarca insana istihdam sağlayan

³⁷ Rodriguez Garcia, s. 98, 99.

³⁸ Rodriguez Garcia, s. 100-104; Weindling, s. 102.

³⁹ Jeffrey, Leslie Ann. *Sex and Borders: Gender, National Identity and Prostitution Policy in Thailand*, Graduate Programme in Political Science York University North York, Ontario May 1999, s. 201-202. https://www.collectionscanada.gc.ca/obj/s4/f2/dsk1/tape9/PQDD_0006/NQ434_31.pdf. (ET. 22.10.2024)

⁴⁰ Phongpaichit Pasuk, *Rural Women of Thailand: From Peasant Girls to Bangkok Masseuses*, International Labour Organisation, World Employment Programme Research-Working Paper, November 1980. https://webapps.ilo.org/public/libdoc/ilo/1980/80B09_876_engl.pdf?gathStatIcon=true. (ET. 23.10.2024)

⁴¹ Phongpaichit, ii,iii.

⁴² Rodriguez Garcia, s. 105.

⁴³ Lin Leam, Lim. *The Sex Sector: The Economic and Social Bases of Prostitution in Southeast Asia*, Geneva, 1998. https://labordoc.ilo.org/discovery/fulldisplay/alma993215913402676/41ILO_INST:41ILO_V2 (ET. 25.10.2024)

tam teşekküllü bir endüstriye dönüştüğü, ekonomik bir sektör olarak tanınması gerektiği savunulmuştur. Buna göre, seks endüstrisinin resmi olarak tanınması, kayıtların ve istatistiklerin tutulması anlamına gelecektir. Kalkınma planlarının ve bütçelerinin hazırlanması, sektördeki sağlık etkisinin ve genel çalışma koşullarının geliştirilmesinin sağlanması için faydalı olacaktır⁴⁴. Çalışma, yetişkin ve çocuk fuhşu arasında net bir ayırım yapmış; ikincisi insan hakları ihlali ve ortadan kaldırılması gereken tahammül edilemez bir emek biçimi olarak tanımlanmıştır. Rapor, ticari cinsel faaliyetlerde yer alan yetişkinleri üç kategoriye ayırmıştır⁴⁵;

- i. Nispeten 'özgür' bir kişisel tercihte bulunan veya cinsel özgürlük hakları kapsamında hayat kadını olarak çalışmayı seçenler,
- ii. Ekonomik baskılar nedeniyle veya daha iyi ücrete sahip alternatifleri olmadığı için hayat kadınlığını seçenler,
- iii. Aldatma, şiddet ve/veya borç esareti nedeniyle üçüncü taraflarca açıkça baskı altına alınanlar.

Böylece, yetişkinler söz konusu olduğunda rızaya dayalı hayat kadınlığı ile zorlama yoluyla olan arasında bir ayırım yapmanın mümkün olduğu sonucuna varılmıştır. Rızaya dayalı fuhş bir kişisel tercih meselesi ve bir çalışma biçimi olarak görülebilir; bu durumda esas mesele fuhşun iş kanunu, sosyal güvenlik sistemi ve sağlık düzenlemeleri kapsamında korumaya sahip yasal bir meslek olarak tanınıp tanınmayacağı ile ilgilidir⁴⁶. Rapor, seks işçiliği perspektifinin savunucularının övgüsünü alırken ciddi eleştirileri de beraberinde getirmiştir. UÇÖ'nün seks endüstrisinin kabulünü teşvik eden bir kurum haline geldiği, ticari seks faaliyetlerinin yasallaştırılmasının sonuç olarak fuhşun ve ilgili cinsel eğlence biçimlerinin seks işçiliği olarak tanınması anlamına geleceği ifade edilmiştir⁴⁷.

Raporun yayınlanmasının neden olduğu tartışmalardan sonra UÇÖ tarafından, fuhşun yasallaştırılması çağrısı olarak yorumlanabilecek önlemler önerilmek yerine, ulusal HIV/AIDS mevzuatı ve politikalarının geliştirilmesine, bunlardan etkilenen kişiler için sosyal korumanın genişletilmesine ve ekonomik güçlendirme yoluyla çalışanların HIV'e karşı savunmasızlığının azaltılmasına yönelik programlara ağırlık verilmiştir⁴⁸.

Haziran 2010'da Uluslararası Çalışma Örgütü, çalışma hayatında HIV ve AIDS ile ilgili 200 sayılı Tavsiye Kararı'nı onaylamıştır⁴⁹. Seks işçiliği bir kavram olarak, ilgili Tavsiye Kararında özel olarak belirtilmemiştir. Politika belgelerinde ve HIV programlarıyla ilgili iletişimlerinde⁵⁰ "hayat kadını" yerine "seks işçisi" teriminin kullanılması, UÇÖ'nün fuhşa yönelik son yaklaşımının değiştiği

⁴⁴ Lin Leam, s. 2.

⁴⁵ Lin Leam, s. 3.

⁴⁶ Lin Leam, s. 61.

⁴⁷ Raymond, Janice G. Legitimizing Prostitution as Sex Work: UN Labour Organization (ilo) Calls for Recognition of the Sex Industry, Coalition Against Trafficking in Women, July 1999, 1. <https://janice-raymond.com/wp-content/uploads/2021/12/doc-426.pdf> (ET.25.10.2024)

⁴⁸ Rodriguez Garcia, s. 109

⁴⁹ Tavsiye Kararı metni için bkz. https://normlex.ilo.org/dyn/nrmlx_en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:2551501. (ET. 03.11.2024)

⁵⁰ HIV+WORK, Getting to Zero through the world of work, Reaching out to sex workers and their clients, Implement the ILO Recommendation on HIV and AIDS (No. 200) <https://www.ilo.org/media/37481/download>. (ET. 04.11.2024)

şeklinde yorumlanabilecek niteliktedir. Yine Tavsiye Kararının kapsamının belirlendiği 2(a) Paragrafında, tüm işyerlerinde her türlü biçim veya düzenleme altında çalışan tüm işçilerin dahil edildiğinin belirtildiği, böylece seks işçilerinin kayıt dışı ekonomide çalışan işçiler olarak kabul edildiğini ifade eden bir görüş de vardır⁵¹. Ancak seks işçiliği savunucularının dünya çapında artan aktivizmine rağmen, UÇÖ resmi olarak hiçbir zaman fuhşun yasallaştırılmasını yahut tipik bir iş ilişkisi olduğunu savunmamıştır.

IV. TÜRK HUKUKUNDA GENEL KADINLARA İLİŞKİN MEVZUATTA YER ALAN DÜZENLEMELER

Cumhuriyetin ilk yıllarında, ülkenin sağlık şartlarının düzeltilmesi, milletin sağlığına zarar veren hastalıklarla mücadele edilmesi ve sağlıklı nesiller yetiştirilmesi gibi amaçlarla Umumi Hıfzıssıhha Kanunu yürürlüğe konulmuştur⁵². Düzenleme genel kadınlar ile ilgili açıklama ve hükümlere yer veren ilk düzenleme olması sebebiyle önemlidir. Yasaklayıcı ve önleyici bir bakış açısı yerine düzenleyici bir yaklaşım söz konusu olmuştur. Ancak fuhuş ve sonuçlarının kamu sağlığını tehdit eden bir durum olduğu da ifade edilmiştir⁵³.

Genel kadınlar, Kanunun “*Umumi Kadınlar Hakkında Ahkam*” başlıklı üçüncü bölümünde düzenlenmiştir. Beş maddeden oluşan bölümde dar bir çerçevede genel kadınlar ve genelevler hakkında düzenleyici hükümlere yer verilir. Kanunun 128. maddesinde, Sağlık Bakanlığı ve İçişleri Bakanlığının müştereken bir yönetmelik çıkaracağı ve genel kadınlar ile genelevlerin tabi olacağı hükümlerin düzenleneceği belirtilmiştir⁵⁴. Yine fuhuş yüzünden ortaya çıkan –özellikle cinsel yolla bulaşanlar- hastalıkların önlenmesine ilişkin tedbirlerin de bu yönetmelikte yer alacağı hükme bağlanmıştır. Ancak Kanunda adı geçen Yönetmelik henüz çıkarılmadan, Umumi Hıfzıssıhha

⁵¹ “Uluslararası Çalışma Konferansının (ILC) HIV/AIDS Komitesi'ndeki tartışmalar sırasında, Hollanda'dan bir hükümet üyesi, tavsiye kararının taslağına, kapsamını tanımlayan 2. paragrafa ekstra bir madde –“(d) seks işçileri”- eklemek için bir değişiklik önerdi. Hollandalı temsilci, tanınmadıkları takdirde seks işçileri gibi önemli bir hedef grup için etkili programlar geliştirmenin zor olduğunu savundu. Ancak hükümet temsilcileri bu konuda farklı anlayışlara sahipti. Fransız temsilci, “seks işçileri yasal bir işçi kategorisi olmadığı için hükümetinin değişikliği destekleyemeyeceğini” belirtti. Komitenin tüm üyeleri, Paragraf 2 kapsamında değerlendirilebilecekleri için seks işçilerine açık bir atıfta bulunmanın gereksiz olduğu sonucuna vardılar. Tavsiye Kararı 2(a) “her türlü biçim veya düzenleme altında ve tüm işyerlerinde çalışan tüm işçiler”i ve 2(b) ise “özel ve kamu sektörleri ile kayıtlı ve kayıt dışı ekonomiler de dahil olmak üzere tüm ekonomik faaliyet sektörleri” kapsamında değerlendireceğini belirtmiştir. Hollandalı delege, seks işçilerinin de Paragraf 2(a)'daki genel tanıma dahil olduğu anlayışıyla değişikliği geri çekmiştir.” Tavsiye kararının hazırlanma aşaması ve tartışmalara ilişkin ayrıca bkz. Rodriguez Garcia, s. 109-111.

⁵² RG., 6.5.1930, 1489. Özellikle frengi (bel soğukluğu ya da sifilis) hastalığının Osmanlı'nın ve Cumhuriyetin ilk yıllarında önemli bir problem olduğu, hastalıkla mücadele ile fuhşun düzenlenmesi arasındaki ilişki için bkz. Karacaer Çakır, Gül. “Cumhuriyet Dönemi Toplum Sağlığı Politikalarında Bulaşıcı Hastalıklar 1920-1940”, *SDÜ Fen-Edebiyat Fakültesi Sosyal Bilimler Dergisi*, S.53, Ağustos 2021, s. 207 vd.; Cinsel Eğitim Tedavi ve Araştırma Derneği (CETAD), *Bilgilendirme Dosyası 8: Seks Ticareti*, (Ed.Küntay Esin/Çokar Muhtar), Nisan 2007, s. 9.

⁵³ Mevzuatın değerlendirilmesinde geniş bilgi için bkz. Kilislioğlu, Cemre. *Türkiye’de Seks İşçiliği: Düzenlemeler, Uygulama Etkileri*, İstanbul Bilgi Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi, 2020, s. 73 vd; Üçgül, Derya. *Fuhuş, Seks İşçiliği ve Fuhuş Yüzünden Bulaşan Zührevi Hastalıklarla Mücadelenin Hukuki Boyutu*, Çağ Üniversitesi Yüksek Lisans Tezi, 2015, s. 69 vd.

⁵⁴ Kanunun 128. maddesi ile idarenin özerk bir düzenleme yetkisine kavuştuğu, konuyla ilgili ana esaslar ve temel hükümler belirlenmediğinden idarenin fuhuş ve genel kadınlarla ilgili her türlü normu koymakta serbest olduğu, yürütme organına asli ve koşulsuz verilen bu yetkinin Anayasa'nın 7. maddesine aykırı olduğu yönünde bkz. Dursun, s. 435. Hükümde geçen “*Umumi kadınlarla umumi evler ve bunlara benzer mahaller bu yönetmelikte tarif ve tahdit olunacaktır.*” cümlesinde yer alan “tahdit” kelimesinin sayıca sınırlamayı hedeflediğini ve mevcutlar dışında genelevlerin açılmaması ve zaman içinde kapatılması emrini zımnen ihtiva ettiği yönünde bkz. Battal, s. 215.

Kanunu'nun yürürlüğe girdiği yıl olan 1930'da dönemin İçişleri Bakanı tarafından “*Fuhuşla Mücadele Hakkında Tamim*” yayınlamıştır⁵⁵.

Genelge'nin (Tamim) Kanun'un bakış açısından tamamen farklı olduğu görülmektedir. Onsekiz maddeden oluşan genelgede fuhuş, Türk aile hayatını, toplumun ahlaki yapısını ve hatta devletin dirliğini tehdit eden bir olgu olarak görülmektedir. Buna göre, yeni genelevlerin açılması yasaktır ve mevcut olanlardan izinsiz olanlarının kapatılması öngörülmektedir. Genelgenin tüm maddeleri birlikte değerlendirildiğinde yasaklayıcı bir tutum ve baskı altında tutmak suretiyle kazanç amaçlı fuhuş sona erdirmeye yönelmiş bir anlayış öne çıkmaktadır. Kanunda belirtilen Yönetmeliğin yürürlüğe konduğu 1933 yılına kadar uygulama alanı bulan Genelge ile, içki yasakları, ölçsüz baskınlar ve fuhuş yapan ve yaptıranların cezalandırıldığı, bir dönem olmuştur⁵⁶.

Yasaklayıcı ve cezalandırıcı bakış açısının ağır bastığı kısa bir sürenin sonrasında, Kanunun belirtmiş olduğu “*Fuhuşla ve Fuhuş Yüzünden Bulaşan Zührevi Hastalıklarla Mücadele Nizamnamesi*”, 1933 yılında yürürlüğe girmiştir. Nizamname ile düzenleyici bakış açısıyla genel kadınların ve genelevlerin kamusal alanda tanındığı, denetlendiği hukuksal bir düzene dönmüştür. Ancak Nizamnamenin adının fuhuşla mücadeleyi de kapsaması dikkate değerdir. Nitekim devlet politikası olarak genel kadınların bir yönüyle kabul edildiği ve düzenlendiği ancak istenmediği şeklinde değerlendirilmesi mümkündür. Bu Nizamnamenin yerini 1961 yılında yürürlüğe giren “*Fuhuşla ve Fuhuş Yüzünden Bulaşan Zührevi Hastalıklarla Mücadele Tüzüğü*” almıştır. 1973 yılında yapılan değişiklik ile Tüzüğün adı “*Genel Kadınlar ve Genelevlerin Tabi Olacakları Hükümler ve Fuhuş Yüzünden Bulaşan Zührevi Hastalıklarla Mücadele Tüzüğü*” olmuştur. Günümüzde bazı küçük değişiklikler ile halen yürürlükte olan ilgili Tüzüğü incelemeden önce bir hususu belirtmekte fayda vardır. Tüzükte yapılan değişiklik ile “*fuhuşla mücadele*” başlığı yerine, “*genel kadınların tabi olacakları hükümler*” başlığı tercih edilmiştir. Bu durum kamu otoritesinin konuya bakış açısını göstermesi bakımından son derece önemlidir.

Tüzükle ilgili genel bir değerlendirme yapılması gerekirse, amacın fuhuşun kontrol altında tutulması yoluyla cinsel yolla bulaşan hastalıkların yayılmasının engellenmesi olduğu söylenmelidir. Tüzük bu amacın gerçekleştirilmesi için gerekli idari yapının teşkilinin nasıl olacağına, genelevlerin açılış ve idare şekline ve genel kadınların sağlık yönünden denetlenmesine odaklanmaktadır. Genel kadınların, istihdam ilişkisi açısından; çalışma türünün, şeklinin, hak ve yükümlülüklerinin ne

⁵⁵ Detaylı bilgi için bkz. Adliye Ceridesi, Sene:8, Sayı:96, Temmuz 1930, 62-65. <https://adaletdergi.isi.adalet.gov.tr/adliye-ceridesi.html>. (ET. 02.01.2025)

⁵⁶ Dönem uygulamalarına ilişkin arşiv değerlendirmeleri için bkz. Karacaer Çakır, s. 209. “*Tamim ertesi, fahişeler sıkı bir gözetim altına alındı. Birçok kez fahişe avına çıkıldı; gelişigüzel evler basıldı. Mesken masuniyetine tecavüz edildi. Gizlilik ve ketumiyete yeterince dikkat edilmez oldu. Haysiyet ve namus masuniyeti rencide oldu.25 Bu gelişmeler karşısında hükümet geri dönüş yapmak zorunda kaldı.*” Bkz. Toprak, Zafer. “İstanbul’da Fuhuş ve Zührevi Hastalıklar 1914-1933”, *Tarih ve Toplum*, S. 39, Mart 1987, s. 31-40. Kanunda belirtilen Tüzüğün yürürlüğe girmesiyle ilgili tamimin yürürlükten kalktığı ve uygulanamayacağı yorumunu amacı aşar nitelikte değerlendiren görüş için bkz. Battal, s. 216.

olduğuna ise yer verilmemiştir⁵⁷. Hatta Tüzük, genel kadının sağlığını koruma⁵⁸ değil genel kadından kaynaklanan hastalıklara karşı toplum sağlığını koruma amacıyla hareket etmektedir⁵⁹.

Tüzüğün “Teşkilat” başlıklı Birinci Bölümü’nde fuhuşla mücadele komisyonları ve komisyonların idari, sağlık ve icrai kısımları düzenlenmiştir. Genelevlerin tespit ve tescili, genel kadınların tescili ve sağlık denetimi⁶⁰, kayıt dışı fuhuş yerlerinin tespiti ve kapatılması, fuhuşa teşvik eden yahut yer temin eden kimselerin tespit edilmesi, zührevi hastalıklara yakalananların belirlenmesi gibi hususlar söz konusu komisyonların ilgili kısımlarının görev alanı içinde düzenlenmiştir.

Tüzüğün “Tarifler” başlığını taşıyan ikinci bölümünde ise fuhuş yerleri ve genel kadın tanımlarına yer verilmiştir. Fuhuş yerleri tabirinin genelev⁶¹, birleşme yerleri ve tek başına fuhuş yapılan evleri kapsadığı belirtilmiş ve her birinin tanımı ayrı maddelerde yapılmıştır (m.19)⁶². Genel kadın, “Başkalarının cinsî zevkini menfaat karşılığı tatmin etmeyi sanat edinen ve bunun için değişik erkeklerle münasebette bulunan kadınlar.” şeklinde tanımlanmıştır (m.15). Fuhuşu sanat edinmek tabiri genel kadınlığın bir tercih olduğunu çağrıştırmaktadır. Dolayısıyla genel kadınlığın nedenleri, ekonomik ve sosyal arka planı gözard edilmiştir. Bu “sanatı” icra edecek kişiler kadın, müşterisi ise erkek olacak şekilde bir kurgu vardır. Erkekler, translar yahut günümüzde farklı tanımlamalar yapılan cinsiyet kimlikleri açısından bir düzenleme yoktur⁶³.

Genel kadınların tespit, tescil, muayene ve tedavileri Tüzüğün Üçüncü Bölümü’nde yer alır.

⁵⁷ Doktrinde ilgili tüzüğün hukuki ilişkinin niteliğine dair açık bir anlatımının olmadığı, ancak tüzüğün 40. maddesinde “çalışma”dan; 52. maddesinde işveren olarak “genelev patronu”ndan ve işveren vekili olarak “yönetici”den söz edildiği haklı olarak ifade edilmiştir. Centel, Tankut, “Genelev Kadınının Sosyal Güvenliği”, *Günümüzde Yargı*, 23, Mart 1978, s. 12. Tüzük m.40/3 “Tedavi altında bulunan kadınların çalışması yasaktır, tedavi sonunda, bunların resmi muayene tabibi tarafından muayeneleri yapılarak iyileştikleri tespit olunduktan sonra çalışmalarına izin verilir.”. Tüzük m.52/4 “Bir şahıs, aynı belediye hududu içerisinde olmak ve her biri için ayrı ayrı sorumlu yönetici göstermek şartıyla birden fazla genelev açabilir. Yöneticiler (patron vekilleri), patronları hesabına işlettikleri genelevlerin bu Tüzük hükümlerine göre çalıştırılmasından patronla birlikte sorumludurlar.”.

⁵⁸ Doktrinde Tüzüğün genel kadınların beden sağlığıyla ilgilendiği ancak ruhsal sağlığına ilişkin bir düzenlemeye yer verilmediği, bu durumun vahim bir hata olduğu ifade edilmiştir. Bkz. Dursun, s. 436.

⁵⁹ Cinsel yolla bulaşan hastalıkların önlenmesi amacıyla güden Tüzük, genel kadınların sağlık gözetim ve denetimini çok sıkı düzenlerken, genel kadınların faaliyetlerinden doğan risklere karşı korunmaları bakımından sağlıklı ve güvenli cinsel ilişkide bulunmaya ilişkin düzenlemeye yer vermemiştir. Tüzüğün 75. maddesinde yer alan “Fuhuş yerlerinde alınması gerekli genel hijyen şartları yanında bir korunma aracı olarak prezervatif bulundurulur. Bu prezervatifler, ziyaretçilerden arzu edenlere bedeli mukabilinde verilir.” düzenlemesi kamu otoritesinin bakış açısını ortaya koyar niteliktedir. Dolayısıyla müşteri olarak nitelendirebileceğimiz erkekler bakımından bir kural yahut denetimin olmadığı söylenmelidir.

⁶⁰ “Bütün genel kadınlar, izinli olsalar dahi, haftada iki defa, 23 üncü maddede yazılı kadınlarda, on günde bir defa kendilerini resmi tabibe muayene ettirmeye mecburdurlar.” (m.25).

⁶¹ Uygulamada kadınların genelevi sadece bir işyeri olarak kullanmadıkları, tüm zamanlarını burada geçirdikleri ifade edilmiştir. Kilislioğlu, s. 78. Cinsel yolla bulaşan hastalıklar hastanesine düzenli olarak başvuran yüz elli kadınlı yapılan görüşmeler neticesinde oluşturulan bir çalışmada aynı husus vurgulanmıştır. Bkz. Şimşek, Şükran/Kısa, Adnan/ Dziegielewski Sophia. “Sex Workers and the Issues Surrounding Registration in Turkey”, *Journal of Health & Social Policy*, 17:3, 2003, s. 57

⁶² Tüzüğün 16-18 maddelerinde sırasıyla genelev, birleşme yerleri ve tek başına fuhuş yapılan evler tanımlanmıştır. “Genel kadınların bir arada oturarak fuhuş yaptıkları veya bu maksat için toplandıkları yerlere (Genel ev) ismi verilir.” (m.16); “Fuhuş maksadiyle muhtelif kimselere kısa müddetler için açık bulundurulmuş kapalı yerlere (Birleşme yerleri) denilir.” (m. 17); “Fuhuşu tek başına yapan kadınların ikametgâh edinip içinde fuhuş yapmayı itiyat ettikleri yerlere (Tek başına fuhuş yapılan ev) denir.” (m.18). Birleşme yerleri ve tek başına fuhuş yapılan evlere uygulamada rastlanmamaktadır.

⁶³ Düzenleme nedeniyle eşcinsel veya transseksüel olarak fuhuş yapanlara dair mücadelenin söz konusu olmadığı, bu bireylerin fuhuş sektöründen alıkoyulmalarına dair çabaların sonuçsuz kaldığı yönünde bkz. Üçgül, s. 70.

Komisyonun bir kadını genel kadın olarak tescil edebilmesi için; fuhşu kendisine sanat edinmesi veya komisyonun bu yöndeki kararı, yirmi bir yaşını bitirmiş olması, Türkiye Cumhuriyeti tabiiyetinde olması gerekir (m.21). 1973 yılında Tüzüğe eklenen ek maddeye göre ayrıca, genel kadın olarak tescil edilecek kadın evli olmamalıdır. Genel kadınların tescil prosedürlerini düzenleyen Tüzüğün 22. maddesi, düzenlemenin 21. yüzyıl hukuk anlayışının çok gerisinde olduğunu göstermesi bakımından örnek teşkil edebilir⁶⁴. Hükme göre, tescil edilen kadınların kimlikleri alınarak kendilerine hüviyet muayene cüzdanı adında bir belge verilmektedir. Kimlik bilgileri ve sağlık kontrolü çizelgelerinden oluşan bu belge ile kişi fuhş yapan kimse olarak damgalanmakta, toplum dışına itilmekte ve daha fenası tacize, ayrımcılığa ve kötü muameleye açık hale getirilmektedir⁶⁵.

Tüzüğün 4-6. bölümleri arasında fuhş yerlerinin açılma şartları ve yükümlülükler düzenlenmiştir. Bu yerlere ilişkin ortak hükümlere ise 7. bölümde yer verilmiştir. Genelev açılacak yerler, bölge ve sağlık koşulları dikkate alınarak belirlenmiştir. Polis teşkilatı ve hükümet veya belediye tabibi bulunmayan yerlerde genelev açılmaz (m.46). Genelevlerin hangi bölgelerde açılabileceği Fuhşla Mücadele Komisyonu tarafından belirlenecektir (m.47). Resmi daire ve müesseseler, ibadet ve eğitim yerleri, spor sahaları, genel toplanma, eğlence ve bayram yerleri yakınında ve bu yerlerden görülebilecek bir mesafede genelev açılması mümkün değildir (m.48).

Genelev işletenlerin yükümlülüklerinin düzenlendiği 55 vd. madde hükümlerinde, yükümlülüklerin ağırlıklı olarak cinsel yolla bulaşan hastalıkların önlenmesi amacına hizmet ettiği görülmektedir. Bu yönüyle hükümlerin çoğu muayene, hastalık tespiti, ilgili mercilere sağlık durumunun bildirilmesi vb. konuları içerir. Genel kadınların çalışma koşulları ve haklarına ilişkin tipik bir çalışma ilişkisine kıyasla neredeyse hiçbir düzenleme yapılmadığı söylenebilir. Genelev işletenin her kadına bir oda tahsis etmesi (m.59), müşterek alanların, odaların ve kadınların eşyalarının temizliklerini sağlamakla yükümlü olması (m.58), genel kadınları zorlaması veya fena muamelede bulunmasının yasaklanması (m. 57), dolaylı olan az sayıdaki düzenlemelere örnek verilebilir.

Genelevi terketmek isteyen bir genel kadının herhangi bir vaad veya mecburiyet veya borçla bağlı bulunmuş olsa dahi, arzusuna aykırı orada alıkonulduğu anlaşılırsa, kadının kimlik ve sanatına ait belgeleriyle birlikte derhal çıkması sağlanır (m.61)⁶⁶. Tüzüğün “Sosyal Yardım” başlıklı Onuncu

⁶⁴ “Genel kadın olarak tescili gerekeceği komisyon tarafından 20 nci maddeye göre yapılan inceleme ile anlaşılan kadınların her biri için ekli örneğe göre (Sicil kartonu) tertip edilip numaralanır ve bu kartona kadınların bir fotoğrafı yapıştırılıp adları, soyadları, yaşları, doğdukları, ikamet ettikleri ve fuhş yapacakları yerler kaydolunur. Bu kartonlar, komisyonca uygun görülen bir yerde saklanır. Kadınların nüfus hüviyet cüzdanları da makbuz karşılığında alınarak kartona eklenir. Bu suretle kaydedilen genel kadınların ellerine sicil kartonunun numarasını gösteren, ekli örneğine uygun bir (Hüviyet muayene cüzdanı) verilir. Bu cüzdanda, sahibinin kim olduğunu gösteren bilgilerden başka, sicil kartonundakinin aynı olan bir fotoğrafı ve yılın her ayına mahsus birer sahife üzerine haftada iki defa yapılacak muayenelerin kaydına mahsus haneleri gösteren bir kısım bulunur. Bu cüzdanlar her yıl değiştirilir.” (m.22).

⁶⁵ Kimlik belgesine el konulmasının oldukça sembolik olduğu ve amacın genel kadınları sadece kayda geçirmek değil fişlemek ve norm dışı olarak sınırlamak olduğu yönünde bkz. Kilislioğlu, s. 78. Tüzükte kullanılan dilin genel kadınları ötekileştirdiği ve hedef gösterdiği, bu durumun İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’nin 23. maddesine aykırı olduğu, Türkiye’nin taraf olduğu birçok Uluslararası sözleşmeye de aykırılık teşkil ettiği yönünde bkz. Işık, s. 241. Yazar, genel kadınların kimliğinin alınmasının bu kimselerin resmi işlerini takip etmesini zorlaştırdığını ve aracılara bağıllığı artırdığını ifade etmektedir. s. 237. Ayrıca bkz. Çoksezen Merki, s. 265.

⁶⁶ Bu yönde bir düzenleme olmasına karşın genel kadınlar fuhş hayatından vazgeçseler dahi genel kadınlığa ilişkin kayıtları silinmez ve saklanır. Aksi yönde bir Danıştay Kararı için bkz. D10D., 15.09.2008, 7420/6094. “Dava

Bölümünde, fuhuş hayatından vazgeçen genel kadınların Zührevi Hastalıklar ve Fuhuşla Mücadele Komisyonu tarafından korunacağı, bu kadınların nüfus cüzdanlarının geri verileceği ancak bir süre durumlarının gizlice takip edileceği düzenlenmiştir (m.108)⁶⁷.

Halen yürürlükte olan Tüzüğün, uygulanması zor, çağın gereksinimlerinin gerisinde, insan haklarına ve insan haysiyetine aykırı bazı düzenlemeler içeren ve en önemlisi sorunları ortadan kaldırma kabiliyetini kaybetmiş bir hukuki düzenleme olduğu kabul edilmelidir⁶⁸. 2000’li yılların başında söz konusu Tüzüğün yerine geçmek üzere bir takım düzenleme girişimleri olmuş ancak nihayete erdirilememiştir. TBMM. 21. Dönem 2. Yasama Yılı Birleşim Tutanaklarında genel kadınlar ile ilgili bir soru önergesine cevaben Bakan “*Genelevlerde Çalışan Kadınlar İçin Yasa Tasarısı*” taslağı için çalışmalar yapıldığını, bu çalışmaların içeriğini ve neden sonuca varmadığını açıklamıştır⁶⁹. Tasarının hedefleri; genelev faaliyetlerinin sonlandırılması, kadınların kendilerini geliştirme fırsat ve özgürlüğüne sahip olabilmeleri için iyi bir işe sahip olmaları ve topluma yeniden kazandırılmaları olarak belirlenmiştir. Bu hedeflerin gerçekleştirilmesi için bazı tedbirler öngörülmüştür. Genelevlerde çalışan kadınların, bu statüde geçen ve sigortalı sayılmayan sürelerini hizmet belgelerine dayanarak borçlandırılmaları; kadınların, bir defaya mahsus olmak üzere isim ve/veya soy isimlerini değiştirebilmeleri; genel kadınların İş Kanunu çerçevesinde iş olanağına kavuşturulabilmeleri (engelli ve eski hükümlülerin tabi olduğu usul ve esasların uygulanması) bunlardan en öne çıkanlarıdır. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı ve İçişleri Bakanlığının olumlu

dosyasının incelenmesinden, davacının 18.12.1992 tarihinde genelevde genel kadın olarak çalışmak istediği yolundaki beyanı üzerine parmakizi ve fotoğrafının alındığı, 05.06.2003 tarihli dilekçeyle davalı idareye başvurarak, genel kadın olarak çalışmayı bıraktığından bahisle arşivdeki genel kadın kaydının silinmesini istediği, davalı idarece isteğinin Emniyet Teşkilatı Parmak İzi Teknik Hizmetler Yönetmeliği’nin 25. ve 26. maddelerinde belirtilen durumlar dışında kayıtların iptal edilemeyeceği belirtilerek reddi üzerine, davacının evli ve iki çocuk annesi olarak fuhuş dışındaki işlerde çalışmak suretiyle geçimini sağlamaya çalıştığını, fuhuş hayatına dönmemeye kararlı olduğunu ileri sürerek anılan işlemin iptali istemiyle davanın açıldığı anlaşılmaktadır. Fuhuş yapmayı bırakarak evlenen ve iki çocuk annesi olarak aile yaşantısı içine giren davacının artık genel kadın olmadığı ve "genel kadın" olduğu şeklinde tutulan kaydının mevcut duruma aykırı ve hak ihlallerine yol açacak nitelikte olduğu dikkate alındığında, davacı hakkında "genel kadın" olarak tutulan arşiv kaydının silinmemesine ilişkin işlemde hukuka uyarlık bulunmamaktadır. Ancak sisteme kaydedilmiş olan parmak izinin silinme koşullarının gerçekleşmediği anlaşıldığından, davacının parmak izinin "genel kadınlık" işiyle bağlantı kurulmaksızın korunması gerekirken, genel kadın olduğu belirtilmek suretiyle saklanması hukuka aykırılık oluşturmaktadır.”.

⁶⁷ Genel Kadınların Islah-ı Nefs talep işlemleri için ayrıca bkz. Üçgül, s. 72.

⁶⁸ Işık, s. 241. Doktrinde 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun fuhuş suçuna ilişkin 227. maddesi düzenlemesi karşısında, Umumi Hıfzıssıhha Kanunu’nun genel kadınları düzenleyen hükümleri ile bu hükümlere istinaden çıkarılmış olan ilgili Tüzüğün zımnen ilga edildiği ifade edilmiştir. Bu görüşe göre, TCK. 227 hükmünün gerekçesinde 21.03.1950 tarihli “*İnsan Ticaretinin ve Başkalarının Fuhşunu Sömürmenin Önlenmesine Dair Sözleşme*”ye atıf yapılmıştır. Sözleşme’nin 6. maddesinde “*İşbu Sözleşme Taraflarından her biri, fuhuş yapan veya fuhuş yaptığından şüphelenilen kişileri özel bir kayda veya özel bir evrak taşımaya veya denetim ya da bildirim için istisnai şartlara tabi kılan her türlü mevcut kanun, yönetmelik veya idari hükmü iptal veya ilga etmek için gerekli tüm tedbirleri almayı kabul etmektedir.*” hükmü yer almaktadır. TCK.’nın fuhuş suçuna ilişkin tanımında (m.227) bu sözleşme hükümleri esas alındığından, TCK. 277 ile ilgili düzenlemeler ilga edilmiş olmaktadır. Detaylı bilgi için bkz. Özgenç, s. 47-49. Her ne kadar genel kadınlara ilişkin hükümlerin ilga edilmesi gerektiğine ilişkin görüşü desteklese de, TCK. 227 hükmünün ilgili hükümleri ilga ettiği savına katılmıyoruz. Öncelikle Ceza Kanununun fuhuş suçunu ele alış biçiminin gerekçede yer verilse de İnsan Ticaretinin ve Başkalarının Fuhşunu Sömürmenin Önlenmesine Dair Sözleşme’den farklı olduğu ortadadır. Yine Türkiye şu tarih itibarıyla ilgili sözleşmeye taraf değildir.

⁶⁹ <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d21/c033/tbmm21033097.pdf>. (ET. 10.01.2025) Bakan tarafından soru önergesine verilen cevapta, İçişleri Bakanlığından 12 Mayıs 2000 tarihinde alınan bilgiye göre Türkiye’de il ve ilçeler itibarıyla toplam 56 genelev bulunduğu, bu genelevlerde toplam 2226 genel kadın çalıştığı belirtilmiştir.

görüş vermemesi üzerine anılan taslak tasarı haline dönüşmemiştir.

Bu gelişmelerden kısa bir süre sonra TBMM 21. Dönem 3. Yasama Yılı Birleşim tutanaklarında yine genel kadınlarla ilgili bir soru önergesine dönemin İçişleri Bakanının verdiği cevapta "*Fuhşun Kontrolü ve Fuhuşla Bulaşan Hastalıkların Önlenmesine İlişkin Tüzük Tasarısı*" hazırlandığı ve görüş için ilgili kurula gönderildiği belirtilmiştir⁷⁰. Yapılan açıklamada, mevcut Tüzüğün günümüz şartlarına ve problemlerine cevap veremediği, mevzuattaki eksikliklerden dolayı geçimini fuhuş yaparak kazanan ancak tescil edilmeyen kişilerin gizli fuhşa yöneldiği ve denetimsiz fuhşun arttığı, tüzük tasarısında cinsiyet ayrımı yapılmaksızın (transeksüel, travestiler ve eşcinselleri de kapsayacak biçimde) bu işi meslek olarak yapmak isteyen herkesi içerecek şekilde bir düzenleme öngörüldüğü ifade edilmiştir. Tüzük tasarısının metnine ulaşamamak da dönemin arşiv haberlerinde, tescili yapılan genel kadın ile işletmeci arasında iş sözleşmesi yapılacağı; genel kadınlara müşteri seçme hakkı tanınacağı gibi hükümlere yer verildiği anlaşılmaktadır. Yürürlüğe girmeyen bu tüzük tasarısında genel kadınlığın tipik bir iş ilişkisine yakın bir şekilde ele alındığı söylenebilir⁷¹. Ancak kısa sayılabilecek bir süreçte genel kadınlara ilişkin hazırlanan "*Genelevlerde Çalışan Kadınlar İçin Yasa Tasarısı*" ile "*Fuhşun Kontrolü ve Fuhuşla Bulaşan Hastalıkların Önlenmesine İlişkin Tüzük Tasarısı*" arasında derin anlayış farkı vardır. İlki sona erdirmeye odaklı, ikincisi ise kapsamı genişleten, düzenleyici bir yapıdadır. Bu durum ülkemizde konuya bakış açısındaki karmaşıklığı ve düzenleme yapmadaki zorluğu ortaya koymaktadır.

Fuhuş olgusu birçok disiplini bir yönüyle ilgilendirdiğinden tıp, sosyoloji, psikoloji, hukuk (özellikle ceza hukuku) gibi alanlarda yapılan akademik çalışmalarda ve sivil toplum kuruluşlarının araştırmalarında konuyla ilgili istatistiksel bilgilere ulaşılmaya çalışılmaktadır⁷². Ancak son yirmi yılda kamu otoritesinin bu konuda bir bilgi veya veri sunma faaliyetinden kaçındığı anlaşılmaktadır. Yapılan çalışmalar 2002 yılından itibaren yeni genelev ruhsatı verilmediğini, mevcutların da kapatılmaya çalışıldığını ortaya koymaktadır. Yine genel kadın olarak tescil işlemleri, bu yöndeki taleplere rağmen neredeyse durma noktasındadır⁷³. Valilik tarafından genel kadınlık tescil talepleri reddedilen kişilerin iptal davaları sonucunda tescil edildikleri görülmektedir⁷⁴.

⁷⁰ <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d21/c041/tbmm21041007.pdf> (ET.24.01.2025)

⁷¹ Dönemin arşiv haberleri için bkz. <http://arsiv.ntv.com.tr/news/188898.asp>; <https://www.hurriyet.com.tr/gundem/hayat-kadinina-yeni-standart-38432146> (ET. 25.01.2025)

⁷² Litaretürde son sağlıklı istatistiksel bilginin Ankara Ticaret Odası tarafından açıklanmış olduğu kabul edilmektedir. O tarihte Türkiye genelinde 56 genelevin olduğu ve kayıtlı genel kadın sayısının üç bin civarında olduğu ifade edilmiştir. CETAD, s. 29; Işık, s. 215; Üçgül, s. 16; Şahin, s. 827.

⁷³ Kılıslıoğlu, s. 97; Üçgül, s. 78; Işık, 216, 217. Işık, ülkemizde son duruma ilişkin sayısal verileri Bilgi Edinme Kanunu kapsamında, Emniyet Genel Müdürlüğü Asayiş Daire Başkanlığı'ndan istediğini ancak kurumun "*ilgili bilgilerin 4982 sayılı Bilgi Edinme Kanunun 7. maddesi uyarınca kurum dışı kullanılmasının uygun olmaması sebebiyle uygun görülmediği gerekçesi ile*" bilgi vermediğini ifade etmiştir.

⁷⁴ "... davacının gizli ve etraflıca yapılacak inceleme ile elde edilebilecek müspet delillerle genel kadın vasıflarını haiz olduğu ortaya çıkarılırsa öncelikle kendisini fuhşa sürükleyen sebepler komisyonca araştırılıp tekrar namuslu bir hayata dönmelerini sağlayacak tedbirler düşünülerek, sağlanacak tedbirlerin fayda vermediği hallerde, hakkında 21. maddedeki şartlar varsa komisyonca genel kadın olarak tesciline karar verilmesi, ayrıca Tüzüğün amacı göz önüne alındığında idarenin üzerine düşen görevini yerine getirmesi gerekirken, genelevlerin mevcut fiziki durumu dikkate alındığında genel kadın sayısının artışının uygun olmayacağından bahisle, davacı hakkında Tüzükte öngörülen gerekli inceleme ve araştırma yapılmadan, çalışma hürriyetini sınırlandıracak mahiyette, davacıyı yasadışı yollardan fuhuş yapmaya zorlayan, dolayısıyla zührevi hastalıkların yayılmasının engellenmesi (kamu yararı) amacına aykırı olarak davacının genel kadın olarak çalışma izni talebinin reddine dair davaya konu işlemde hukuka uyarlık

Hangi amaçla olursa olsun idarenin hukuk kurallarını uygulamaması ve mevzuatı işlevsiz hale getirmesi kabul edilemez. Tüzüğün günümüz hukuki değerlerine aykırı olduğunu ifade etsek de, hukuk devletinde olması gereken mevzuatın görmezden gelinmesi değil uygulamaya yön verecek gerekli düzenlemelerin yapılmasıdır. Düzenleyici bir perspektifle hazırlanmış mevzuata bakıldığında kuralların adapte edildiği bir sistemin oluşturulduğu, devletin kontrol ve denetim mekanizmalarını işlettiği söylenebilir. Ancak teoride genel kadınların sahip olduğu düşünülen hak ve güvenceler pratikte uygulama alanı bulmamaktadır⁷⁵. Genel kadınlık meslek olarak görülmemektedir. Çalışma hakkı, seyahat özgürlüğü, sözleşme özgürlüğü, medeni hakları (ör. evlenme) gibi temel insan hakları dahi kısıtlanmaktadır⁷⁶. Mevzuatın eksiksiz uygulandığı bir varsayım dahi bu durumu değiştirmeyecektir. Bu yönüyle konunun, cinsiyet eşitliği, kadın hakları, insan onuru ve haysiyetini temel alan bir hukuksal yaklaşımla tekrar değerlendirilmesi gereği açıktır.

V. GENEL KADINLARIN FÜHUŞ FAALİYETİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ VE BU FAALİYETİN AHLAKA AYKIRILIĞININ DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Hukuki Niteliği

Tüzükte genel kadınların yürüttükleri faaliyetlerin sanat olarak kabul edilmesi ve sosyal güvenlik sistemine dahil edilmek suretiyle sigortalı sayılmaları, yaptıkları faaliyetin mesleki bir faaliyet, başka bir ifade ile iş olarak kabulünün mümkün olup olmadığını akla getirmektedir.

Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu bir uyuşmazlıkta, “*kadının mevzuatta belirtilen koşullara sahip olmasına rağmen, genelevlerin fiziki durumu dikkate alındığında genel kadın sayısındaki artışın uygun olmayacağından bahisle idarenin genel kadın olarak tescil edilme talebini reddetmesini*”, temel hak ve hürriyetler kapsamında incelemiştir. Kararda “*Çalışma ve Sözleşme Hürriyeti*” başlığını taşıyan Anayasa m.48 hükmü kapsamında değerlendirme yapılması dikkate değerdir. Mahkeme, bu hüküm gereğince, herkesin dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetine sahip olduğunu, kanuni bir dayanak olmaksızın çalışma hürriyetinin idari bir işlemle sınırlandırılmayacağını, idarenin üzerine düşen görevin sağlıklı ve güvenli bir çalışma ortamını hazırlamak olduğunu, bu yapılmadığı gibi idarenin sorumluluklarını yerine getirmemesinden doğan eksiklikler nedeniyle çalışma hürriyetinin sınırlandırılmayacağını ifade etmiştir⁷⁷. Bu noktada

bulunmamaktadır.” DİDDGK. 11.02.2016, 350/225. Ayrıca bkz. D10D. 10.06.2021, 11582/3281; D10D. 10.06.2021, 11832/3290; D10D. 25.05.2022, 6875/2787; D10D. 30.06.2010, 16486/5833; D10D. 31.12.2010, 401/11852. Ayrıca bkz. Özgenç, s. 49, dn.91.

⁷⁵ Işık, s. 241.

⁷⁶ Tüzükte yer almamasına rağmen çoğu genelevde, genel kadınların genelev dışında çalışmasını ve genelevi terketmesini engellemek gibi sebeplerle seyahat olanaklarının sınırlandırıldığı, emniyetten alınacak izin yahut resmi izin uygulamalarının yapıldığı ifade edilmektedir. Kilislioğlu, s. 95, 96; Şimşek/Kısa/Dziegielewski, s. 57.

⁷⁷ “...Bununla beraber, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 13. maddesinde, temel hak ve hürriyetlerin, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceği ifade edilmiş; Anayasa'nın 'Temel Haklar ve Ödevler Başlıklı' ikinci kısmının 'Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler' başlıklı üçüncü bölümü içinde yer alan 'Çalışma ve sözleşme hürriyeti' başlıklı 48. maddesinde; herkesin, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahip olduğu belirtilmiştir. Yukarıda belirtilen hükümlere göre, kanunî bir dayanağı olmaksızın kimsenin çalışma hürriyetini sınırlandıran bir idari işlem tesis edilemeyeceği gibi, idare tarafından mevzuatta gösterilmeyen sebeplere dayanılarak bir kişinin çalışma hürriyetinin engellenmesi de mümkün değildir. Uyuşmazlık konusu olayda ise, idare tarafından sağlıklı ve güvenli bir çalışma ortamı sağlanmasına yönelik gerekli tedbirlerin alınarak idarenin üzerine düşen görevini yerine getirmesi gerekirken, bu yapılmayarak, söz konusu eksiklikler gerekçe gösterilerek ve kanunî bir dayanağı olmaksızın davacının çalışma hürriyetini sınırlandıracak mahiyette işlem tesis edilmiştir. Bu durumda; davacının gizli ve etraflıca yapılacak inceleme ile elde

çalışma ve sözleşme hürriyeti kapsamında değerlendirme yapan mahkemenin, genel kadınların yaptığı faaliyeti bir meslek, “iş” faaliyeti olarak kabul ettiği anlaşılmaktadır. Sözleşme hürriyeti bakımından genel kadın ile genelev işletmesi arasında bir sözleşme ilişkisi olduğunun kabulü de mümkün hale gelmektedir.

Anayasa Mahkemesi, kanunda fuhuş eylemine karşılık bir yaptırım bulunmadığı halde cezalandırılma nedeniyle suç ve cezaların kanuniliği ilkesinin ihlal edildiği iddiasına ilişkin başvuruda, değerlendirmelerini ulusal ve uluslararası hukuk bakımından detaylı şekilde yapmıştır. Hukukumuzda ilgili Tüzüğün isteğe bağlı fuhuşu düzenleyen tek norm olduğu ve fuhuş “*meslek edinmiş*” kadınlar yönünden hükümler içerdiği ifade edilmiştir. Hatta erkeklerin ya da eşcinsellerin fuhuş meslek edinmesine ilişkin bir düzenleyici norm bulunmadığından, bu kişilerin fuhuş açısından hukuk boşluğu olduğu ortaya konmuştur⁷⁸. Böylece Mahkemenin dolaylı da olsa, ilgili Tüzük kapsamında tescil edilmiş genel kadınların yapmış oldukları faaliyeti meslek olarak değerlendirdiği söylenebilecektir.

Anayasa Mahkemesi başka bir kararında ise genel kadınların faaliyetlerinin meslek olarak kabul edilemeyeceğine hükmetmiştir⁷⁹. Mahkemeye göre; fuhuş, sadece bu faaliyette bulunan kişiyi değil, tüm toplumu ahlak, sağlık ve kişi hakları bakımından etkilemektedir. Bir yetenek veya eğitim unsuruna bağlanarak fuhuşun meslek olarak kabulü insan haysiyeti ile bağdaşmaz. Aksinin kabulü insan haklarında gerileme olacaktır. Fuhuştan elde edilen gelirlerin vergilendirilmesi yahut profesyonel olarak fuhuş yapan kimselerin sosyal güvenlik sistemine entegre edilmesi, Türkiye’de

edilebilecek müspet delillerle genel kadın vasıflarını haiz olduğu ortaya çıkarılırsa öncelikle kendisini fuhuşa sürükleyen sebepler komisyonca araştırılıp tekrar namuslu bir hayata dönmesini sağlayacak tedbirler düşünülerek, sağlanacak tedbirlerin fayda vermediği hallerde, hakkında 21. maddedeki şartlar varsa komisyonca genel kadın olarak tesciline karar verilmesi, ayrıca Tüzüğün amacı göz önüne alındığında idarenin üzerine düşen görevini yerine getirmesi gerekirken, genelevlerin mevcut fiziki durumu dikkate alındığında genel kadın sayısının artışının uygun olmayacağından bahisle, davacı hakkında Tüzükte öngörülen gerekli inceleme ve araştırma yapılmadan, çalışma hürriyetini sınırlandıracak mahiyette, davacıyı yasadışı yollardan fuhuş yapmaya zorlayan, dolayısıyla zührevi hastalıkların yayılmasının engellenmesi (kamu yararı) amacına aykırı olarak davacının genel kadın olarak çalışma izni talebinin reddine dair davaya konu işlemden hukuka uyarlık bulunmamaktadır.” DİDDGK. 11.02.2016, 350/225.

⁷⁸ “Hukukumuzda yetişkin bireylerin gerçekleştirdiği isteğe dayalı fuhuşu düzenleyen tek norm olan söz konusu Tüzük, sadece fuhuş meslek edinmiş “kadınlar” yönünden düzenlemeler içermektedir. Dolayısıyla Tüzük’te fuhuş meslek edinmiş erkekler veya eş cinsellere ilişkin herhangi bir düzenleyici norm bulunmamaktadır ve bu kişilerin fuhuş yönünden hukuk boşluğu mevcuttur. Söz konusu hukuk boşluğu nedeniyle kayıt dışı ve denetimsiz olarak fuhuş yapılması durumuyla karşılaşılmaktadır. AKPM’nin 4/10/2007 tarihli ve 1579 sayılı kararında da belirtildiği üzere kayıt dışı fuhuş hâlinde güvenli olmayan cinsel birliktelikler nedeniyle sağlık yönünden AİDS gibi tedavisi olmayan bulaşıcı hastalıkların yaygınlaşması gibi ciddi sorunlar ortaya çıkmaktadır. Ayrıca kayıt dışı fuhuş hâlinde fuhuşun suç örgütlerinin, insan ticareti yapanların daha rahat hareket edebildiği bir sektöre dönüşmesi, fuhuş yapan kişilerin tamamen satıcıların ve müşterilerin merhametine terk edilmesi, şiddet görmeleri gibi olumsuz sonuçlarla karşılaşılmaktadır.” AYM., 18.10.2017, RG., 21.12.2017, 30277.

⁷⁹ “Fuhuş, sadece bu kapsamında kalan davranışta bulunan kişileri değil bu olgunun var olduğu toplumdaki diğer bireyleri sağlık, ahlak ve kişi -özellikle kadın- hakları gibi birden çok yönden ve derinden etkilemektedir. Rızasıyla fuhuş ifa eden yetişkin bireylerin bir taraftan bu rızalarının geçerliliği tartışmalıyken, diğer yandan bu şekilde yapılan eylemlerin bir eğitim veya yetenek unsuruna bağlanması suretiyle meslek sayılması insan haysiyetiyle bağdaşmaz niteliktedir. Fuhuşun mesleki faaliyet çerçevesinde değerlendirilmesi insan bedeninin (özellikle kadın bedeninin) ekonomik pazar hâline getirilmesine yol açacaktır ki bu durum insan hakları açısından gerileme niteliğinde sayılmaktadır. Ayrıca Türkiye’de olduğu gibi bazı ülkelerde fuhuşun yasaklanmayıp düzenlenmesi yoluyla kontrol altına alınmasının zorunlu sonucu olarak ortaya çıkan fuhuştan elde edilen gelirin vergilendirilmesi veya profesyonel olarak fuhuş yapan kişilerin sosyal güvenlik kayıtlarının bulunması fuhuşun mesleki faaliyet olarak sınıflandırılması için yeterli kıstas kabul edilemez. Dolayısıyla fuhuşa yönelik eylemlerin bu kategori altında korunması olanaklı bulunmamaktadır.” AYM., 04.07.2018, RG., 19.09.2018, 30540.

fuhşun düzenleme yoluyla kontrol edilmesinin doğal bir sonucudur. Bunların kıstas alınarak fuhşun bir meslek faaliyeti olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Karar oy çokluğu ile alınmıştır. Karara muhalif üyenin karşı oy gerekçesinde; *“ilgili kanun ve ona dayanarak çıkartılan Tüzük ile genel kadınlık statüsünün bir meslek faaliyeti olarak kabul edildiği, başvurucunun mevzuatta belirtilen tüm koşulları sağlayarak başvurması ve talebinin mevzuatta öngörülme-yen soyut gerekçelerle reddedilmesinin özel hayata saygı hakkının ihlali anlamına geleceği”* belirtilmiştir.

Genel kadınların iş ve sosyal güvenlik hukuku mevzuatında görünümüne geçmeden önce vergi hukuku kapsamında vergilendirilmeleri hakkında kısa bir değerlendirme yapmakta fayda vardır⁸⁰. Gelir Vergisi Kanunu’nun⁸¹ ilk maddesine göre, gerçek kişilerin gelirleri, gelir vergisine tabidir. Gelir olarak kabul edilen unsurlar Kanun’un 2. maddesinde düzenlenmektedir⁸². Genel kadınların kazançlarının bu unsurlardan hangisine girdiği tartışma konusu olmuş ve vergi idaresi tarafından bu husus bir özelge ile açıklanmıştır. Buna göre; *“...genelev işletmesinde çalışan kadınların bir işverene tabi ve belirli bir işyerine bağlı olarak çalışmaları halinde elde ettikleri gelirin ücret olarak değerlendirilmesi ve ücret bordrosu düzenlenmek suretiyle Gelir Vergisi Kanununun 94 üncü maddesinin 1 inci bendi gereğince 103 üncü ve 104 üncü maddelere göre tevkifata tabi tutularak vergilendirilmesi gerekmektedir.”*⁸³. Özelgede genel kadınların kazançları ücret olarak değerlendirilmiştir. GVK. m. 61’de ise ücret; *“İşverene tabi belirli bir işyerine bağlı olarak çalışanlara hizmet karşılığı verilen para ve ayınlar ile sağlanan ve para ile temsil edilebilen menfaat”* olarak tanımlanmıştır. Bu bakımdan vergi idaresinin bakış açısının iş hukuku sistematığına uygun olduğu söylenebilir. Ancak Vergi Hukukunun kendine özgü değerlendirme kıstasları olduğu ve özel hukuktan bağımsız nitelik taşıdığı da ifade edilmelidir. Örneğin, Vergi Usul Kanunu⁸⁴ m.9/2’de *“Vergiye doğuran olayın kanunlarla yasak edilmiş bulunması mükellefiyeti ve vergi sorumluluğunu kaldırmaz.”* hükmüne yer verilmiştir. Dolayısıyla Vergi Hukukunun işlemin hukuka ve ahlaka aykırılığı ile ilgilenmediğinden bahisle, genelev işletenin ve genel kadının vergi vermesinin tek başına genelevlerde yürütülen faaliyetleri hukuka ve ahlaka uygun hale getirmeyeceği de düşünülebilir⁸⁵.

Genel kadınların sosyal güvenlik statülerine ilişkin ilk düzenleme dönemin Sosyal Sigortalar Kurumu tarafından 1974 yılında çıkarılan bir genelgedir. Genelge’de, genel kadınların iş sözleşmesi ile çalışmadıkları, serbest meslek yürüttükleri ve bu nedenle sosyal sigortalara tabi olamayacakları belirtilmiştir⁸⁶. 29.06.1978 tarih ve 2167 sayılı *“506 Sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun Bazı Madde*

⁸⁰ Bu konuda geniş bilgi için bkz. Işıkoğlu, Ümit Çağlar. “Kanunen Yasaklanmış ve Genel Ahlaka Aykırı Fiiller Dolayısıyla Elde Edilen Gelirlerin Vergilendirilmesi”, *Vergi Raporu Dergisi*, S.235, Nisan 2019, s. 88 vd.

⁸¹ RG., 06.01.1961, 10700.

⁸² “Gelirin Unsurları” başlığını taşıyan m.2 hükmüne göre; “Gelire giren kazanç ve iratlar şunlardır: 1. Ticarî kazançlar, 2. Zirai kazançlar, 3. Ücretler, 4. Serbest meslek kazançları, 5. Gayrimenkul sermaye iratları, 6. Menkul sermaye iratları, 7. Diğer kazanç ve iratlar. Bu Kanunda aksine hüküm olmadıkça, yukarıda yazılı kazanç ve iratlar gelirin tespitinde gerçek ve safi miktarları ile nazara alınır.”.

⁸³ İzmir Vergi Dairesi Başkanlığı’nın 22.02.2012 tarih ve B.07.1.GİB.4.35.16.01.-176200-213 sayılı Genelev İşletmesinde Çalışan Kadınların Ücret İstisnası Hakkında Özelgesi.

⁸⁴ RG., 12.01.1961, 10705.

⁸⁵ Bu yönde açıklamalar için bkz. Battal, s. 218.

⁸⁶ SSK. 29.05.1974 S.174. *“...genel kadınların durumu Fuhuşla ve Fuhuş Yüzünden Bulaşan Zührevi Hastalıklarla Mücadele Tüzüğü ile düzenlenmiş olup, bu tüzük genel kadınların genelev sahipleriyle aralarındaki hukuki münasebetin mahiyeti hakkında herhangi bir hüküm ihtiva etmemekte, sadece umumun sağlık ve ahlak bakımından korunmasına matuf tedbirlerin alınması hususunda hükümlere yer vermiş bulunmaktadır. Genel Müdürlüğümüze*

ve Fıkralarının Değiştirilmesine ve Bu Kanuna Bazı Ek ve Geçici Maddeler Eklenmesine Dair Kanun” 4. Ek maddesi ile bu durum değişmiştir⁸⁷. Bu düzenlemeye göre “1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanununda belirtilen genel kadınlar da bu Kanun hükümlerine tabidirler. Bu kimseleri çalıştıranlar bu Kanuna göre işveren sayılırlar.”⁸⁸. 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu⁸⁹ ile aynı sosyal güvence sürdürülmektedir.

5510 sayılı Kanunun 4/1,a maddesine göre, iş sözleşmesi ile bir veya daha fazla işveren tarafından çalıştırılanlar sigortalıdır. Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise iş sözleşmesi ile çalışıp çalışmadıkları tartışmalı olan yahut iş sözleşmesi ile çalışmayan bazı kişiler de 4/1,a kapsamında sigortalı sayılmışlardır⁹⁰. Burada sayılan gruplardan biri de Umumi Hıfzıssıhha Kanunu kapsamında tescil işlemi yapılmış genel kadınlardır (m.4/2,e). Devlet izin ve denetimi altında olmaksızın fuhuş yapan kimseler, hiçbir hal ve koşul altında sigortalı sayılmazlar⁹¹. İlgili düzenlemeler genel kadınların iş sözleşmesine bağlı çalışıp çalışmadıkları tartışmasına girmemiş, sosyal koruma düşüncesine dayanarak bu kadınları sosyal güvenlik güvencesi kapsamına almıştır⁹². Kanun kapsamında genel kadınların işvereni, genelev işleten ve bu kimseleri çalıştıran kişilerdir. Genelev de işyeri olarak kabul edilir⁹³.

Kanımca, 1974 tarih ve 1741 sayılı SSK. Genelgesinde genel kadınların işçi olmadıklarından bahisle sigortalı sayılmamaları ve devam eden süreçte Sosyal Sigortalar Kanunu kapsamına dahil edilmeleri, ilgili genelgede belirtilen hususların tam aksinin kabul edildiği, bu kimselerin işçi olduklarına kanaat getirildiği anlamı taşımaz. Sadece bu düzenlemeler dikkate alınarak genel kadınların işçi olduklarını söylemek de doğru olmayacaktır. 5510 sayılı Kanun’un m.4/2 hükmünün

intikal eden vakalardan genelev işleten kimselerin, evlerinde çalışan genel kadınlar üzerinde, bunların gününde muayeneye gönderilmeleri, evinden ayrılanların polise bildirilmesi, genelevlerin sağlık şartlarına uygun bir şekilde muhafazası gibi tüzükle konan mükellefiyetler dışında murakabe ve talimat verme gibi herhangi bir yetkisinin bulunmadığı, genel kadınların belediyelerce tespit olunan ücretleri müşterilerden doğrudan doğruya kendilerinin aldıkları ve bu ücretlerin yarısını, teamül gereğince, günlük mübrem ihtiyaçlarını karşılayan genelev sahibine verdikleri, ayrıca tüzük hükümlerine aykırı hareketlerinden dolayı Fuhuşla Mücadele Komisyonuna karşı şahsen sorumlu oldukları ve bunun dışında istedikleri evde istedikleri zaman ve şekilde çalışmakta serbest oldukları anlaşılmaktadır. Bu durum muvacehesinde, genel kadınların çalışma durumları nazara alınarak, bunları işverene bir hizmet akdi ile bağlı telakki etmeye imkan bulunmamakta ve bu gibilerin kendi nam ve hesabına çalışanlar meyanında kabul edilerek, sigortalı sayılmamaları icabetmektedir.” Genelgenin eleştirisi için bkz. Centel, Genel Kadın, s. 12.

⁸⁷ RG., 11.07.1978, 16343.

⁸⁸ Tunçomağ, Kenan. *Sosyal Güvenlik Kavramı ve Sosyal Sigortalar*, 4. Baskı, Beta Yayınevi, 1988, s. 119; Centel, Tankut. *Türk Sosyal Güvenlik Hukuku*, 1. Baskı, Onikilevha Yayınevi, Temmuz 2021, s. 147.

⁸⁹ RG., 16.06.2006, 26200

⁹⁰ Doktrinde bazı yazarlar, genel kadınların statülerinin ve sözleşme ilişkilerinin iş sözleşmesi ile çalışma ilişkisine tam olarak uymadığını ortaya koymakta ve konuya mesafeli yaklaşmaktadır. Bu görüşte olanlara göre, 5510 m.4/2 hükmü iş sözleşmesi ile çalıştıkları tartışmalı olan yahut iş sözleşmesi dışında bazı hukuki ilişkilerle çalışan kesimi tahdidi bir düzenleme ile 4/1,a kapsamında sigortalı saymıştır. Bkz. Güzel, Ali/Okur, Ali Rıza/Caniklioğlu, Nurşen. *Sosyal Güvenlik Hukuku*, 20. Baskı, Beta Yayınevi, Kasım 2024, s. 95; Alper, Yusuf. *Sosyal Sigortalar Hukuku*, 11. Baskı, Dora Yayınevi, Ağustos 2020, s. 64; Sümer, Haluk Hadi. *Sosyal Güvenlik Hukuku*, 4. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2023, s. 42; Tuncay, Can/ Ekmekçi, Ömer/ Gülver, Ender. *Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri*, 22. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2023, s. 292. Aksi yönde 5510 m.4/2’de düzenlenmiş olsa da genel kadınların iş sözleşmesi ile çalışan grubunda yer aldığı yönünde bkz. Sözer, Ali Nazım. *İşçi, Bağımsız Çalışan ve Kamu Görevlileri Bakımından Türk Sosyal Sigortalar Hukuku*, 6. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2023, s. 77; Tunçomağ, 119.

⁹¹ Güzel/Okur/Caniklioğlu, 100; Sözer, 78.

⁹² Şakar, Müjdat. *Sosyal Sigortalar Uygulaması*, 12. Baskı, Beta Yayınevi, Şubat 2017, s. 97; Uşan, Fatih. *Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları*, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ekim 2009, s. 81.

⁹³ Uşan, s. 81.

düzenlenme mantığına bakıldığında iş sözleşmesi ile çalışmayan bazı kişiler de işçi gibi değerlendirilerek sigortalı sayılmışlardır. Sigortalı ve işçi farklı statülerdir. Bir kişinin sigortalı olması, tek başına ona işçi statüsünü kazandırmaz. Biz de genel kadınların tartışmalı olan hukuki statülerinin çalışma mevzuatına ilişkin diğer düzenlemeler ve iş ilişkisinin unsurlarını değerlendirerek belirlenmesi gerektiği kanatindeyiz.

6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu⁹⁴, iş kazası ve meslek hastalıklarının önlenmesi açısından önemli bir düzenlemedir. Kanunun kapsamı geniş bir perspektifle ele alınmıştır. Kamu yahut özel sektör olmasına bakılmaksızın tüm işler, işyerleri, bunların işverenleri, çırak ve stajyer dahil çalışanları, faaliyet konusuna bakılmaksızın uygulama alanı içinde yer alır (İSGK. 2/1). Çalışan, işçiyi de içine alan daha kapsayıcı bir kavramdır. Kendi özel kanunlarındaki statülerine bakılmaksızın kamu veya özel işyerlerinde istihdam edilen gerçek kişi, çalışandır (İSGK. 3/1,b). Kanun'da genel kadınlara ilişkin bir düzenleme veya dolaylı bir atıf yer almamaktadır. Ancak Kanun'un kapsam dışında bıraktığı bir takım iş ve işyerleri arasında da genel kadın yahut genelev sayılmamıştır⁹⁵. İSGK. m.9 uyarınca çıkarılan İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin İşyeri Tehlike Sınıfları Tebliği⁹⁶ eki olan İşyeri Tehlike Sınıfları Listesinde 96.09.12 Nace Kodu ile *Genelev Hizmetleri* "tehlikeli" sınıfta yer almıştır. Bu açıklamalar ışığında genel kadınların, kanun kapsamında yer aldıklarının ve çalışan olarak değerlendirilmeleri gerektiği kanaatindeyim.

4857 sayılı İş Kanunu'nda⁹⁷ genel kadınlara ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemektedir. Ancak Kanun'un kapsam dışında bıraktığı işler, işyerleri ve kişilerin düzenlendiği 4. maddesinde genelev ve genel kadınlara ilişki bir istisna hükmü de yer almamaktadır. Bu yönde bir irade ortaya konmuş olsaydı dahi, İş Kanunu kapsamında yer almayan ancak işçi oldukları kabul edilen kimselere Türk Borçlar Kanunu'nun⁹⁸ hizmet sözleşmesine ilişkin hükümlerinin uygulanacağı tartışma dışıdır. Bu yönüyle genel kadın faaliyetlerinin doğrudan İş Kanunu kapsamının dışında bırakılmaması, işçi olduklarına dair müspet yorum yapmaya elverişli olmakla birlikte, aslolan genel kadınların genelevi işletenlere iş sözleşmesi ile bağlı olup olmadıklarının belirlenmesidir. Bunun için yürütülen faaliyetin iş sözleşmesinin unsurlarını ne oranda barındırdığının tespiti gerekir. Genel kadının yürüttüğü faaliyet bakımından, iş sözleşmesinin unsurları olarak; iş görme, ücret ve bağımlılık ayrı ayrı değerlendirilmelidir.

İş görme edimi, insan faaliyeti olarak iş sözleşmesinin temel unsurlarından biridir. İş görmeye iktisadi açıdan yaklaşılr ve iktisadi yönden karşı taraf için ekonomik değeri olan her türlü faaliyet böyledir⁹⁹. İş Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu, iş sözleşmesinin tanımını yaparken işin türü ve

⁹⁴ RG., 30.06.2012, 28339.

⁹⁵ "Ancak aşağıda belirtilen faaliyetler ve kişiler hakkında bu Kanun hükümleri uygulanmaz: a) Fabrika, bakım merkezi, dikimevi ve benzeri işyerlerindeki hariç Türk Silahlı Kuvvetleri, genel kolluk kuvvetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Müsteşarlığının faaliyetleri. b) Afet ve acil durum birimlerinin müdahale faaliyetleri. c) Ev hizmetleri. ç) Çalışan istihdam etmeksizin kendi nam ve hesabına mal ve hizmet üretimi yapanlar. d) Hükümlü ve tutuklulara yönelik infaz hizmetleri sırasında, iyileştirme kapsamında yapılan işyurdu, eğitim, güvenlik ve meslek edindirme faaliyetleri." (İSGK. m.2/2)

⁹⁶ RG., 26.12.2012, 28509.

⁹⁷ RG., 10.06.2003, 25134.

⁹⁸ RG., 04.02.2011, 27836.

⁹⁹ Sümer, Haluk Hadi. *İş Hukuku*, 27. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2024, s. 41; Çelik, Nuri vd. *İş Hukuku Dersleri*, 36. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2023, s.173 vd.

niteliğine ilişkin herhangi bir sınırlayıcı hükme yer vermemektedir¹⁰⁰. Görülecek işin türü, niteliği, ifası sırasında bir takım araç-gereçlerin kullanımı, değerli ve yararlı bir fiil olup olmaması vs. önem taşımamaktadır¹⁰¹. Sadece görülen işe bakılarak bir faaliyet iş hukuku kapsamının dışına itilemez. İş görme ediminin konusu olan iş; fiziksel, zihinsel, teknik, sanatsal ve bilimsel olabilir¹⁰². Yargıtay'ın ilgili kararında ve doktrinde artistik (sanatsal) nitelik gösteren edimlerin de iş görme kapsamında düşünülebileceği ifade edilmiştir. Şüphesiz burada kastedilen güzel sanatlar olmalıdır. Ancak ilgili tüzükte genel kadınlar, genel kadın tanımının yapıldığı hüküm başta olmak üzere diğer birçok hükümde “*fuhuşu sanat ve geçim kaynağı yapan kimseler*” olarak ifade edilmektedir. Bir yönüyle, hukuk sistemimizin genel kadınları sanatçı, faaliyetlerini de sanat olarak gördüğü söylenmelidir. Genel kadın ile cinsel münasebette bulunan kimse arasında ise bir sözleşme ilişkisi yoktur. İşin görülmesi neticesinde üçüncü kişinin herhangi bir ihtiyacının giderilmesi, bu kişi ile işçi arasında iş sözleşmesine sebebiyet vermez. Bunun nedeni, işçinin işveren için ifa yükümlüsü olması, iş ediminin işverene taahhüt edilmesidir¹⁰³. Tüm bu açıklamalar ışığında genel kadınların iş görme edimini yerine getirdikleri söylenebilir.

İş sözleşmesinin bir diğer esaslı unsuru ücrettir. İş görme ediminin yerine getirilmesinin karşılığı diğer tarafın ücret ödemesidir¹⁰⁴. Ücret olmaması halinde iş sözleşmesinden söz edilemez. Ancak sözleşmede açıkça belirli bir ücretin belirlenmemesi, sözleşmenin iş sözleşmesi olmadığı anlamına gelmemelidir. İşin ancak ücret karşılığı yapılacak bir iş olması yeterlidir¹⁰⁵. Genel kadının ücreti üçüncü kişiden alarak bir kısmını genelev işleten işverene vermesi; genelev işletenin ücreti alması ve bir kısmını genel kadına vermesi yahut genelev işletenin genel kadının ücretini ödemesi ve üçüncü kişiden gelen karşılığı kendisinin alması gibi ihtimaller ücretin ödenme şekline ilişkindir¹⁰⁶. Yoksa genel kadının sanat olarak kabul edilen faaliyetlerini ücret karşılığı yaptığı tartışma dışıdır.

İş sözleşmesinin belirleyici unsuru ise, iş ilişkisinde bir tarafın bağımlı olarak iş görmesidir. Bağımlılık, işçinin işverenin yönetim, denetim ve gözetimi altında iş görmesi; onun emir ve talimat verme ve cezalandırma yetkisini kabul etmesi anlamına gelir¹⁰⁷. Her işçi ile işvereni arasındaki bağımlılık ilişkisi aynı ağırlıkta değildir. İşin niteliğinin artması ve çalışma metodlarının esnekleşmesi bağımlılık unsurunu zayıflatır. İş sözleşmesinde işçi, az olsa da işverene kişisel ve

¹⁰⁰ Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı, Muhittin/Baysal, Ulaş. *İş Hukuku*, 7. Baskı, Lykeion Yayınları, Ankara 2022, s. 328-330; Sümer, s. 41. Genelev işletenin genel kadını fuhuş yapması için işe aldığı ve hizmet sözleşmesinin konusunun değişik erkeklerle cinsel ilişkide bulunmak olduğu yönünde bkz. Centel, Genel Kadın, s. 12.

¹⁰¹ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 329; Sümer, s. 41.

¹⁰² “... işgücünün düşünsel, bilimsel ya da artistik bir nitelik göstermesi de mümkündür. Gerçekten burada önemli olan, faaliyetin türü değil, belki de hukuksal bir değer taşıması ve yabancı bir gereksinmenin giderilmesine yönelmesidir.” Y10HD. 24.01.1974, 199/1274; Ekmekçi, Ömer/Yiğit, Esra. *Bireysel İş Hukuku*, 6. Baskı, Onikilevha Yayınevi, İstanbul 2024, s. 26; Süzek, Sarper/Başterzi Süleyman. *İş Hukuku*, 24. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2024, s. 237; Sümer, s. 41.

¹⁰³ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 330.

¹⁰⁴ Süzek/Başterzi, s. 238; Sümer, s. 42; Çelik vd., s. 173.

¹⁰⁵ Ekmekçi/Yiğit, s. 26; Süzek/Başterzi, s. 238; Çelik vd., s. 173, 174.

¹⁰⁶ “... genelev kadını ile patronu arasındaki ilişki gereğince patron kadına yatacak ve mesleğini yürütecek bir yer ve geçimini sağlamakta; kadın da gelen erkeklerle cinsi münasebette bulunmayı kabul etmektedir.” Tunçomağ, s. 119. “Genelev işletenin adamını fiş kesmekte ve peşin olarak ödenen parayı doğrudan kendisi, genelev işletene verilmek üzere almaktadır. Genelev işleten ile genelev kadını arasındaki ücret ilişkisi ise, bundan sonra görülmektedir.” Centel, Genel Kadın, s. 12.

¹⁰⁷ Doğan, Sevil. *İş Sözleşmesinde Bağımlılık Unsuru*, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2016, s. 73; Sümer, s. 42; Ekmekçi/Yiğit, s. 27; Süzek/Başterzi, s. 239; Çelik vd., s. 175.

hukuki anlamda bağımlı olmalı, iş görme borcunu işverenin iş organizasyonu içinde yerine getirmelidir¹⁰⁸. Genel kadınlar ile genelevi işleten işveren arasında bağımlı bir ilişkinin olduğu kabul edilmelidir¹⁰⁹. Hatta genel kadınların bir yönüyle işyerleri olan genelevlerde yaşamaları¹¹⁰, geneleve giriş-çıkış usulleri, şehir değiştirmelerinin izne tabi olması, genelev işletenlerin genel kadınlara ilişkin tüzükte yer alan sağlık ve güvenlik denetimi yetkileri ve çalışma ilişkisini sona erdirebilmeleri, genel kadınların genelev işletenin kurduğu iş organizasyonuna, zaman çizelgesine ve işyeri/genelev düzenine bağlı olması, genel kadınların işi reddetme hakkı/olanağı olmaması düşünüldüğünde kuvvetli bir bağımlılığın olduğu dahi söylenebilir¹¹¹.

Tüm değerlendirmeler sonucunda, mevcut hukuk sistemimiz ve düzenlemeler kapsamında genel kadınların iş sözleşmesi ile iş gördüğü söylenebilecektir. Ancak bir borçlar hukuku sözleşmesi olarak iş sözleşmelerinde kararlaştırılan edimlerin suç teşkil etmemesi, kamu düzenine ya da ahlak ve adaba aykırı olmaması gerekir. Genel kadınların faaliyetlerinin ahlaka aykırı olup olmadığı bir sonraki başlıkta ayrıca değerlendirilecektir.

Suçların ve cezaların kanuniliği ilkesine göre, bir fiilin suç sayılması kanunda düzenlenmesine bağlıdır. Fuhuş suçu Türk Ceza Kanunu¹¹² 227. maddesinde düzenlenmektedir. Hükme göre, fuhşa teşvik etmek, aracılık etmek, yer temin etmek ve fuhuşu kolaylaştırmak fiilleri suç olarak nitelendirilmiştir. Ancak düzenlemede fuhuş yapmak tek başına suç olarak değerlendirilmez. Kaldı ki, genel kadınların faaliyetleri Umumi Hıfzıssıhha Kanunu ve Kanuna dayanılarak çıkarılan ilgili Tüzük hükümleri uyarınca icra edildiğinden TCK. 227 kapsamında değerlendirilemez.

B. Ahlaka Aykırılığının Değerlendirilmesi

Borçlar hukuku sözleşmelerine hâkim olan ilke sözleşme serbestisidir. Buna göre taraflar sözleşmenin içeriğini kanunda belirlenen sınırlara uyarak serbestçe belirleyebilecektir. TBK. m. 27'ye göre; *“Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür.”* Bu bakımından bir sözleşmenin

¹⁰⁸ Süzek/Başterzi, s. 241; Sümer, s. 42; Çelik vd., s. 178. “İşveren, işin zamanına, yerine ya da içeriğine ilişkin talimatlar verebileceği gibi, bunlardan hiçbiri de bulunmayabilir. Ancak işverenin işi denetleme yetkisi, işçinin rapor verme yükümlülüğü dahi işçinin işverene olan bağımlılığı ve bu anlamda iş sözleşmesinin varlığını gösteren emarelerdendir. Bu nedenle bir çalışma ilişkisinin iş ilişkisi olup olmadığı değerlendirilirken somut olayın özelliklerine göre çalışan ile iş sahibi arasındaki ilişki ayrıntılı bir biçimde incelenmelidir.”. Doğan, s. 199.

¹⁰⁹ Genelev işletenlerin genel kadınlar üzerinde tam bir yönerge ve denetim yetkisine sahip olduğu, işini yapmayan veya savaştıran genel kadınının genelevden kovulabildiği, genelev kadınının işverene bağımlı olarak iş gördüğü yönünde bkz. Centel, Genel Kadın, s. 12.

¹¹⁰ Tüzükte bu yönde bir zorunluluk belirtilmemesine rağmen, uygulama genel kadınların genelevlerde yaşadıkları bilinmektedir. Bkz. Işık, s. 237; Çokar/Yılmaz Kayar, s. 85.

¹¹¹ “...bağımsız çalışan kişiyle işçiyi birbirinden ayıran önemli diğer bir kriter, işin yönetim ve denetiminin kime ait olduğudur. İşçi, işverenin yönetim ve denetim sorumluluğu altında bulunan bir organizasyon içinde yer alır. Çalışma saatleri ve işin yapılacağı yer işverence belirlenir. İş araçları ve dokümantasyonu genelde işverence sağlanır. Bu konudaki alt bir kriter ise çalışanın kendisi, başkası ya da bir hizmet organizasyonu kapsamında iş yapması olgusudur. İşçinin işveren tarafından önceden belirlenen amaca uyma yükümlülüğü var iken, bağımsız çalışan açısından böyle bir zorunluluk bulunmamaktadır. İşçinin önceden iş koşullarını ve işin yapılması sırasında kullanılacak araçları seçme yetkisi ya da işin yapılacağı yer ve zamanı belirleme serbestisi yoktur. Çalışan kişi işin yürütümünü kendi organize etse dahi, üzerinde iş sahibinin belirli ölçüde kontrol ve denetimi söz konusuysa, iş sahibine bilgi ve hesap verme yükümlülüğü varsa, doğrudan iş sahibinin otoritesi altında olmasa da bağımlı çalışan olduğu kabul edilebilir.” YHGK. 20.06.2019, 10-3550/748; Y10HD., 02.10.2024, 8055/9380; Y9HD., 01.10.2020, 23561/10209. Bağımlılığı tespit etmeye yarayan ölçütler için ayrıca bkz. Doğan, s. 200 vd.

¹¹² RG., 12.10.2004, 25611.

geçerli olarak kabul edilmesinin şartlarından biri de ahlaka aykırı olmamasıdır. Ahlaka aykırılık kavramına ne anlam verileceğinin somutlaştırılması önemlidir¹¹³.

Doktrinde ağırlıklı olarak kabul gören “sosyal ahlak”, ahlak kavramının içini hukuk dışı bir kaynak olan toplumu oluşturan makul ve dürüst kişilerin anlayışları ile doldurmaktadır¹¹⁴. Burada esas alınacak ahlak kuralları bireylere, sözleşme taraflarına veya hakime ait subjektif ahlak anlayışına dayanmaz. Toplumun genelinin benimsediği etik değerlere aykırılıklar, ahlaka aykırılık olarak değerlendirilir. Her toplumun farklı bir ahlak anlayışının olması¹¹⁵ veya aynı toplumda ahlaki değerlerin zamanla değişmesi olağandır¹¹⁶. “Hukuki ahlak” ise, ahlak kavramının sosyal ahlak ile tanımlanamayacağını, bilinmeyen başka bir bilinmeyen ile açıklanamayacağını ortaya koyar. Buna göre ahlak, Anayasa ve diğer kanun hükümlerinin temelini oluşturan etik değerler esas alınarak belirlenmelidir¹¹⁷. Ancak hukuki ahlak kavramını savunanların büyük kısmı sosyal ahlakı tamamen dışlamazlar. Bu görüşe göre ahlak kurallarının belirlenmesinde iki kaynağa başvurulabilir. Bunlar toplumun genel eğilimleri ile oluşan sosyal ahlak ile Anayasa ve kanun hükümlerinde temel bulan hukuki ahlaktır. Ahlak kurallarının tespitinde bu iki kaynak çatıştığında hukuki ahlaka üstünlük tanınması gerekecektir¹¹⁸.

Ahlaka aykırılık farklı şekillerde gerçekleşebilir. Sözleşmenin yapılması yahut sözleşmede kararlaştırılan edimin ahlaka aykırı olması söz konusu olabilir¹¹⁹. Para karşılığında cinsel ilişkide bulunmak için akdedilmiş sözleşme ahlaka aykırıdır¹²⁰. Yine sözleşmenin amacının genel ahlaka

¹¹³ Bu konuda geniş bilgi için bkz. Ateş, Derya. *Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlaka Aykırılık*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007; Hatemi, Hüseyin. *Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları (Özellikle B.K. 65 Kuralı)*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1976; Kocayusufpaşaoğlu, Necip. *Borçlar Hukuku Genel Bölüm Birinci Cilt, Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme*, 6. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014, s. 550 vd.; Esener, Turhan/ Gündoğdu, Fatih. *Borçlar Hukuku I, Sözleşmelerin Kuruluşu ve Geçerliliği (TBK m. 1-48)*, 1. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017, s. 220 vd.; Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 26. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2021, s. 371 vd.; Gümüş, Mustafa Alper. *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri*, 1. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2021, s. 221-224.

¹¹⁴ Kılıçoğlu, Ahmet M. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 25. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2021, s. 142, 143; Reisoğlu, Safa. *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 25. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2014, s. 138; Yıldırım, Abdülkerim. *Türk Borçlar Hukuku*, 8. Baskı, Ankara 2018, s. 102; Nomer, Haluk N. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 14. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2015, s. 79; Ateş, s. 98; Esener/Gündoğdu, s. 220; Gümüş, s. 221, 222; Eren, s. 371; Battal, s. 211.

¹¹⁵ Sosyal ahlakın toplumdan topluma değişkenlik göstermesine ilişkin ekstrem bir örnek olarak, Eskimolarda erkeğin eşini veya kızını misafire sunması gösterilebilir. Bkz. Ateş, 98, dn.272.

¹¹⁶ Esener/Gündoğdu, s. 220. Anayasa Mahkemesi genel ahlakı şu şekilde açıklamıştır; “(Genel ahlâk) deyimi, belli bir zamanda bir toplumun büyük çoğunluğu tarafından benimsenmiş bulunan ahlâk kurallarıyla ilgili hareketleri gösteren ve kolayca anlaşılan bir anlam taşımaktadır.” AYM, 28.01.1964,128/8.

¹¹⁷ Kocayusufpaşaoğlu, s. 552, 553. Kanun koyucunun genel ahlak kurallarına aykırılığı düzenlediği hükümlerin ihlalinin aynı zamanda hukuk düzenine aykırılık oluşturacağı yönünde bkz. Reisoğlu, s. 138; Ateş, s. 100; Battal, s. 214.

¹¹⁸ Köroğlu Ölmez, Belin. “Sigorta Sözleşmelerinde Ahlaka Aykırılık: Genelev Örneği”, *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.12, S.2, Aralık 2022, s. 1064; Kocayusufpaşaoğlu, s. 553.

¹¹⁹ Nomer, s. 79; Kocayusufpaşaoğlu, s. 555; Kılıçoğlu, s. 143.

¹²⁰ Yıldırım, s. 102; Kocayusufpaşaoğlu, s. 555; Kılıçoğlu, s. 142; Eren, s. 372. Almanya’da konu “Hayat Kadınlarının Hukuksal İlişkilerine Dair Kanun” (Gesetz zur Regelung der Rechtsverhältnisse der Prostituierten) ile düzenlenmiştir. Üç maddeden oluşan Kanun 20.12.2001 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Kanuna göre, cinsel eylemler önceden kararlaştırılmış bir ücret karşılığında gerçekleştirilmişse, bu anlaşma yasal olarak geçerli bir talep oluşturur. Aynı durum, özellikle bir iş ilişkisi bağlamında, bir kişinin önceden kararlaştırılmış bir ücret karşılığında belirli bir süre için bu tür eylemlerde bulunmayı kabul etmesi halinde de geçerlidir (m.1) Talep, temlik edilemez ve sadece kişinin kendi adına ileri sürülebilir. Söz konusu talebe yönelik yapılabilecek itirazlar ise hiç ifa etmeme, borcun alacaklıya ifası ve üçüncü kişiye ifasına ilişkin Alman Medeni Kanunu (BGB) §362 ve zamanaşımı ile

aykırı olması mümkündür¹²¹. Sözleşmenin amacı kavramına, tarafların doğrudan amaçları ile gerçekleşme ihtimali yüksek olan dolaylı amaçları da girer. Doğrudan amaç bakımından, genelev işletmek üzere ortaklık kurmak yahut genelev açması için arkadaşına para verme taahhüdünde bulunmak ahlaka aykırı kabul edilebilir¹²². Yargıtay'ın önüne gelen bir uyuşmazlıkta, davacı, davalı ile genelev işletmek üzere ortaklık kurduklarını ve payına düşen kârın kendisine verilmediğini ileri sürmüştü; davalı ise genelev işletmek üzere kurulan ortaklıkların Borçlar Kanunu ilgili hükümleri gereği ahlaka aykırılık nedeniyle geçersiz olduğunu savunmuştur. Yargıtay yapmış olduğu değerlendirmede, genelev işletmesinin ahlaka aykırılığının açık olduğunu, köleliğin devamını andıran ve insan onuruna yakışmadığını ortaya koymuştur. Ancak devamında bazı sosyal zorunluluklarla devletin izni ile genelev işletilmesine izin verildiğini, bunun genelev işletmeye ahlakilik kazandırmayacağını fakat ahlakilik tartışmasını pratikte önleyeceğini ifade etmiştir. Yüksek Mahkemeye göre, genelev işletilmesine izin verilmesi sonrasında işletmeye ilişkin işlem ve sözleşmelere hukuk alanında varlık tanımamak mantıkla bağdaşmayacaktır¹²³.

Dolaylı amaçları bu yönde olmak şartıyla, gerekli tescil ve izin işlemleri yapılmaksızın genelev olarak işletilmek üzere bir taşınmazın satış veya kiralanmasına yönelik sözleşmelerin ahlaka aykırı oldukları ve geçersiz sayılmaları gerektiği ifade edilebilir. Yargıtay İçtihadi Birleştirme Kurulu vermiş olduğu bir kararında, genelev olarak kullanılmak üzere taşınmaz kiralanmasına yönelik sözleşmenin geçerliliğini, yetkili mercilerden izin alınıp alınmamasına göre değerlendirmiştir. Buna göre, izin alınmaksızın yapılan sözleşme ahlaka aykırılık nedeniyle geçersiz olacaktır. İzin alınarak açılan genelevlere ilişkin kira sözleşmesinin kanuna ve ahlaka aykırı olduğu yahut ahlaka aykırı bir amacı elde etmek için yapıldığının iddia edilemeyeceğini belirtilmiştir. Buna göre, izin alınarak açılan genelev işletmelerine ilişkin işlem ve sözleşmelerin ahlaka aykırılığı ileri sürülemez¹²⁴.

Genelev işletmesi ve ona bağlı sözleşmelerin ahlaka aykırılığının denetimi bakımından, öncelikle genelevin devletin izni ve kontrolünde açılıp açılmadığının belirlenmesi gerekir. Aksi halde bu yerler, bu yerleri işletenler ve faaliyetlerinin tümüyle hukuka aykırı olacağı, ahlaka aykırılık denetiminin yapılmasına dahi gerek olmayacağı açıktır¹²⁵. Doktrinde devlet izni ile açılmış genelev

sınırlandırılmıştır (m.2) Cinsel hizmetlerin sunulup sunulmayacağını, türünü ya da kapsamını belirleyen talimatlara izin verilmez. Hayat kadınları söz konusu olduğunda, bağımlı istihdam bağlamında talimat verme hakkının sınırlı olması, sosyal güvenlik hukuku anlamında bir istihdamın üstlenilmesini engellemez (m.3). Açıklamalar için ayrıca bkz. Köroğlu Ölmez, s. 1059, dn.35; Kılıçoğlu, s. 142, dn.133.

¹²¹ Sözleşmenin amacının genel ahlaka aykırı olması için, sözleşmenin her iki tarafının da bu amacı gütmesi gerekir. Nomer, s. 80; Kocayusufpaşaoğlu, s. 556-557; Eren, s. 372; Battal, s. 212.

¹²² Eren, s. 373, 374; Ateş, s. 229.

¹²³ “O halde hükümetin izni ile genelev işletilmesinin mümkün bulunmasına ve olayımızda da izni mevcut olmadığına ilişkin bir itiraz ileri sürülmemesine göre genelevin ortak olarak işletilmesine ve ortakların, ortaklıktan doğan haklarını birbirlerinden istemelerine engel yoktur ve bu durumda ahlaki aykırılık iddiası dinlenemez.” Y13HD., 13.12.1976, 2884/8294.

¹²⁴ “Bundan başka Umumi Hıfzıssıhha Kanununun 128, 129, 130, 131 ve 132 inci maddelerinde umumi kadınlar hakkında hususi hükümler konulmuş olduğu gibi zührevi hastalıklarla mücadele nizamnamesinde de bu evlerin nerelerde ve ne gibi şartlar altında açılabilceği ayrıca gösterilmiştir. Bu sebeplerden ötürü Hükümetin izin ve müsaadesi olmaksızın genel ev açmak ve işletmek kanuna ve ahlaka mugayir bulunmuş ise de, Hükümetin izni telahuk edince bu aykırılığın, bahis konusu edilmesine lüzum ve icap kalmaz. Ve genel ev olarak kullanılmak üzere kiralanayan gayrimenkule müteallik akitlerin kanun ve ahlaka mugayir olduğu yahut ahlaka mugayir bir maksadın istihsali zımında yapıldığı iddia edilemez.”YİBGKK., 14.01.1948 30/2.

¹²⁵ Türk Ceza Kanunu 227. maddesi değerlendirildiğinde her ne kadar fuhuş eylemi bir suç olarak düzenlenmemişse de; fuhşa yer etmin etmek, aracılık etmek, teşvik etmek, fuhuşu kolaylaştırmak suçtur. Bu bakımdan gerekli tescil, ruhsat

işletmesi ve ona bağlı sözleşmelere farklı yaklaşılması gerektiği görüşünde olanlar¹²⁶ olduğu gibi devlet izninin genelevde yürütülen faaliyetlerin ahlaka aykırılığını ortadan kaldırmadığını ifade edenler de vardır¹²⁷.

Genelev işletenler (işveren) ile genel kadınlar arasında yapılacak iş sözleşmesinin ahlaka aykırılığının değerlendirilmesinde yukarıda değinilen Yargıtay kararlarına benzer yönde bir tutum sergilemek gerektiği kanaatindeyim. Kanuni düzenleme ile izin verilen bir çalışma biçiminin, ahlaka aykırı olduğu gerekçesiyle geçersiz sayılması mümkün olmamalıdır. Sosyal sigorta sistemine dahil edilen, çalıştırandan ve çalışandan vergi alınan, yapılan tescil işlemleri ile insan onuruna ve saygınlığına aykırı olarak çalıştırılmasına izin verilen kişilerin, üstüne üstlük tüm bunlarla bağlantılı olan çalışma hakkı ve ona bağlı kazanımlarını yok saymak mantıkla bağdaşmaz. Bir insanın para karşılığı cinsel ilişkide bulunmasının genel ahlak kurallarına ve insan haysiyetine aykırı olduğu haklı olarak savunulabilir. Ancak genel kadınlar ile genelev işletenler arasındaki iş ilişkisi ve iş sözleşmesi bu ahlaka aykırılığın sebebi değil, sonucudur. Sebep ise, devlet kontrolünde açılan genelevler ve çalışması için tescil edilen kadınları cinsel yolla bulaşan hastalıkları önleme saikiyle de olsa düzenleyen Umumi Hıfssıhha Kanunu ve Kanuna dayanılarak çıkarılan Tüzük'tür. Ahlaki olmadığı açık olan bir kuralın hukuk tarafından meşru görülüp görülemeyeceği hususu son derece önemlidir¹²⁸.

ve izinler alınmaksızın yapılan faaliyetler için genelev işletmesi açılması, kişilerin çalıştırılması veya teşvik edilmesi hukuka aykırıdır. Bağımsız olarak fuhuş faaliyetinde bulunmak suç olmamakla birlikte ahlaka aykırı olarak değerlendirilmelidir. Doktrinde adam öldürtmek için sözleşme ve rüşvet vaadine ilişkin sözleşme durumunda hem ahlaka hem de hukuka aykırılık nedeniyle iki geçersizlik sebebinin birarada olduğu yönündeki görüşler için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, s. 555. Bu tarz sözleşmelerin “*ahlaka aykırılığın ikincilliği*” kuralı gereği ilk olarak emredici hükümlere aykırılık nedeniyle geçersiz olacağı yönünde bkz. Gümüş, s. 224.

¹²⁶ Elbir, Halid Kemal. “Realist bir Tevhid-i İctihat Kararı, Genelev Olarak Kullanılmak Üzere Gayrimenkul Kiralanması Muteber Midir?”, *Sosyal Hukuk ve İktisat Mecmuası*, Y. 1, S. 2, 1948, s. 89 vd; Tunçomağ, Kenan. “1980 Yılı Başında Türkiye’nin Sosyal Güvenlik Durumu”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 45, S. 1-4, 1981, s. 712, 713; Centel, Genel Kadın, s. 12; Kocayusufpaşaoğlu, s. 555; Eren, s. 373; Gümüş, s. 224; Nomer, s. 79. Alman hukukunda yer alan tartışmalar için bkz. Köroğlu Ölmez, s. 1065 dn.50.

¹²⁷ İlgili Tüzüğün genelevlerin açılmasını mümkün kılmakla beraber bunlara ilişkin sözleşmeleri geçerli hale getirmeyeceği yönünde bkz. Öktem, İmran. “Umumi Ev Olarak Kullanılmak Üzere Gayri Menkul Kiralanması”, *İzmir Barosu Dergisi*, Sene: 3, S. 2-10, s. 89-102; Postacıoğlu, İlhan E. “Mahkeme İctihatları 14.01.1948 tarih E.30 K.2 Yargıtay İctihadi Birleştirme Genel Kurulu Kararı İctihat Notu”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 15, S. 4, 1949, s. 1294. Genelevde çalışan işçinin, iş sözleşmesinin geçersiz olacağı ve bu kişinin ücreti için dava açamayacağı yönünde bkz. Battal, s. 212,213. Devletin izninin ve yasal düzenlemelerin varlığının ahlaka aykırılı ortadan kaldırma yönünde ispat aracı olarak değerlendirilemeyeceği yönünde bkz. Ateş, s. 230, 231. Kılıçoğlu, s. 142, 143. Genelev işletmesinin faaliyetlerinin ahlaka aykırı olarak değerlendirilmesinin, Anayasanın insanca yaşama ve insan haysiyetine ilişkin kurallarına uygun olduğu yönünde bkz. Hatemi, s. 262-264; Esener/Gündoğdu, s. 221; Reisoğlu, s. 138; Eren, s.373. Önceki bölümlerde incelediğimiz genel kadınlara ilişkin tüzüğün 20. maddesinde fuhuşla mücadele komisyonunun öncelikli görevinin kadını fuhşa sürükleyen sebepleri araştırması ve kadının tekrar namuslu bir hayata dönmesine yönelik önlemler alması olduğu ifade edilmiştir. Dolayısıyla aslında tüzük, genel kadının namuslu olmayan/iffetsiz bir hayat sürdüğünü kabul etmektedir. Sözlüklerde “namusuyla yaşamak” sözünün karşılığı, ahlak ve onura bağlı yaşamak olarak açıklanmaktadır. Bu yönüyle tüzüğün de genel kadınlar ve genelev işletmelerine ilişkin işlemlerin ahlaka aykırılığını kabul ettiği varsayımı kabul edilebilir görünse de, bu durum kanımca söz konusu işlemlerin geçerliliğini etkilemeyecektir. İlgili düzenleme için ayrıca bkz. CETAD, s. 29.

¹²⁸ İdare tarafından düzenleme yapılmasının bu gibi hareketleri teşvik değil zararlarının sınırlandırılması amacı taşıdığı, bunlara bağlı sözleşmelere ve sonuçlarına geçerlilik tanınmanın kamu vicdanının inciteceği yönünde bkz. Öktem, s. 102. Genelev işletmesinin hukuki düzenlemeye tabi tutulmasının onun ahlaka aykırılığını ortadan kaldırmayacağı yönünde bkz. Postacıoğlu, s. 1291. Ahlak ve hukuk kurallarının ortak bir zemime sahip olduğu ve ahlaka aykırı bir davranışın hiçbir zaman hukuki koruma altına alınmayacağı yönünde bkz. Özgenç, s. 40; Reisoğlu, s. 138; s. Ateş, 100. Hukuka uygunluk koşulunun gerçekleştiği durumlarda ahlaka aykırılığı söz konusu olmayacağı yönünde bkz.

Hukuk kuralları sadece ahlak kurallarının üzerine inşa edilmezler. Ancak, ahlak içinde olduğu toplumun değerleri ile bağlantılıdır. Ahlaka aykırı olan bazen meşru olabilir. Meşruiyet kavramı dar anlamıyla, bir işlemin veya olayın hukuk normuna uygun, yasal olmasıdır. Geniş anlamıyla ise, bir kurum veya kuralın, “*hukuksal*”, “*ahlaki*” veya “*etik*” normlara uygunluğunu ifade eder. Başka bir ifade ile bir kural, hukukun, ahlakın, etiğin veya geçerliliği olan bir değer üzerine inşa edilmiş ise meşrudur¹²⁹. Bu yönüyle yetkili organ tarafından konulmuş olan kurala uygunluk olarak değerlendirilen hukukilik kavramından ayrılır. Pozitif hukuk kuralları her zaman meşruiyetin bir kıstası, ispat aracı veya açıklayıcısı olmayabilirler¹³⁰.

Kumar ve bahis, toplumda ahlaki normlar dikkate alındığında meşru olarak değerlendirilmez. Ancak kanun koyucu, milli piyango, sayısal oyunlar ve spor bahislerini devlet kontrolünde yürüterek hukuki bir zemine taşımıştır. Söz konusu kurum ve işlemler pozitif hukuk kurallarında da kendilerine yer bulmuştur¹³¹. Ayrıca Türk Borçlar Kanunu’nun kumar ve bahis başlıklı onaltıncı bölümünde, kumar ve bahis borç ilişkisi olarak kabul edilmiş ve ifası mümkün kılınmıştır. Kumar ve bahis borcunun ifası, borcu sona erdiren geçerli bir ifadır. Ancak hüküm, borcun ifa edilmemesi halinde ifanın talep ve dava edilmesini engeller. Bu düzenlemeler ışığında, piyango, şans oyunları ve bahise ilişkin ahlak kurallarının dikkate alınmayacağı ifade edilmektedir¹³².

Doktrinde ahlaka aykırılık üzerinden yapılan bir meşruiyet tanımının, şekli ve maddi anlamda farklı unsurları ifade edebileceği, şekli meşruiyetin, hukuka uygunluğa karşılık geldiği, maddi meşruiyetin ise ilgili müessesenin, toplumun geneline hâkim olan etik ve ahlak kurallarıyla birlikte değerlendirileceği ifade edilmiştir¹³³. Bu yönüyle toplumun genelinin etik ve ahlak kurallarıyla bağdaşmayan, insan haysiyetine aykırı olan para karşılığı ticari cinsel ilişkinin konusunu oluşturduğu bir hizmet sözleşmesine şekli bir meşruiyet sağlandığı ifade edilebilecektir¹³⁴.

Tunçomağ, Sosyal Güvenlik, s. 713. Hukuk kurallarına uygun olarak oluşturulan genelevlere ahlaki normları şiddetli bir şekilde uygulayarak hiçbir hayat hakkı tanımamanın çelişkili olduğu yönünde bkz. Elbir, s. 89.

¹²⁹ Köroğlu Ölmez, s. 1157. Dar anlamıyla hukuka aykırılığın, kanunlara aykırılık anlamına gelebileceği ancak hukuk düzenine aykırılığın, hukuka ve ahlaka aykırılığı kapsar nitelikte olduğu yönünde bkz. Hatemi, s. 31 vd. Etik, hukuk kurallarının uyması gereken ilke, temel ve esasları gösteren kaynak olarak değerlendirilebilir. Bu yönüyle hukuk kurallarının temelini oluşturan bir üst değer olarak kullanılabilir. Bkz. Ateş, s. 79.

¹³⁰ Atay, Ender Ethem. “Hukukta Meşruiyet Kavramı”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.1, S.2, 1997, s. 121-122. Yargıtay LGBT kişiler arasında dayanışma sağlamak amacıyla kurulan derneğin adında ve amacında kanunda öngörülen sınırlamalara ve ahlaka aykırılık olmadığından bahisle, derneğin kapatılmasına ilişkin davayı reddetmiştir. Y7HD., 25.11.2008, 4109/5196.

¹³¹ Bu kurumların yapısı, iş ve işlemlerine ilişkin çok sayıda kanun, kanun hükmünde kararname, Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ve yönetmeliğe yer verilmiştir. Bazılarına örnek vermek gerekirse; Milli Piyango Teşkilane Dair Kanun RG., 11.07.1939, 4255; Şans Oyunları Hasılatından Alınan Vergi, Fon Ve Payların Düzenlenmesi Hakkında Kanun, RG., 21.03.2007, 26469; Milli Piyango Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, RG., 06.06.1988, 19834; Milli Piyango İdaresi Genel Müdürlüğü Bilet Satış, Çekiliş Ve İkramiye Yönetmeliği, RG., 04.10.2006, 26309; Futbol ve Diğer Spor Müsabakalarında Bahis ve Şans Oyunları Düzenlenmesi Hakkında Kanun, RG., 09.05.1959, 10201; Spor Müsabakalarına Dayalı Sabit İhtimalli ve Müsterek Bahis Oyunlarının Özel Hukuk Tüzel Kişilerine Yaptırılması Hakkında Kanun, RG., 27.02.2008, 26800.

¹³² Hatemi, s. 265, 266; Köroğlu Ölmez, s. 1057, 1058.

¹³³ Köroğlu Ölmez, s. 1057, 1058.

¹³⁴ Benzer yönde bkz. Tunçomağ, Sosyal Güvenlik, s. 713; Tunçomağ, s. 120. Ayrıca bkz. Centel, Genel Kadın, 12; Elbir, 89. Genel kadınlar ve genelev işletenlerin yapacakları sigorta sözleşmeleri bakımından benzer yorum için bkz. Köroğlu Ölmez, s. 1069, 1070. Aksi yönde bkz. Postacıoğlu, s. 1293. Yazar, kamu hukuku bakımından fuhşa tanınmış olan hayat hakkının bu sahada kalması ve medeni hukuk sahasına taşırılmaması gerektiği kanaatindedir. Genel kadınların düzenlendiği Tüzükte bunu sağlar bir düzenleme olmadığı gibi, tüzük hükümlerinin yorum yoluyla

SONUÇ

Çalışmamızda genel kadınların, uluslararası belgelerde ve mevcut hukuk sistemimizde hukuki statülerinin ne olduğunu ortaya koymaya çalıştık. Ancak vardığımız sonuçların istediklerimiz, talep ettiklerimiz, savunduklarımız olmadığını belirtmek isteriz. Problemi çözmenin ilk adımı bir problem olduğunu kabul etmektir. Sayıları az olsa da hâlâ ülkemizde insan haklarına ve haysiyetine aykırı bir şekilde çalışan genel kadınların olduğunu, tescil edilmemiş çok daha fazla sayıda kadın, erkek veya trans bireyin çeşitli yollar ve farklı formlar ile para karşılığı cinsel ilişkiyi meslek edindiğini, bu kişilerin cinsel ve ekonomik sömürü, ayrımcılık ve kötü muamele başta olmak üzere ciddi problemlerle yüzleştiğini, devlet ve toplum olarak bu konuda iyi bir sınav vermediğimizi kabul etmeliyiz.

Genel Kadınlar ve Genelevlerin Tabi Olacakları Hükümler ve Fuhuş Yüzünden Bulaşan Zührevi Hastalıklarla Mücadele Tüzüğü, kamu sağlığının korunması ve cinsel yolla bulaşan hastalıkların önlenmesini önceleyen hükümlere yer vermektedir. Bu noktada yer verilen önleyici ve koruyucu hükümlerin dahi yetersiz, insan haklarına ve onuruna aykırı olduğu açıktır. Fuhşun önlenmesi, genel kadınların onurlu bir hayata geçmesinin sağlanması, genel kadınların sömürülmesinin önüne geçilmesi gibi toplum için çok daha önemli konular düzenlemelerde çok sınırlı ve yüzeysel kalmaktadır. Genel kadınlara ilişkin mevzuatımızın arafta kalmış olduğunu söylemeliyiz. Şöyle ki; genel kadınların ve genelev kurumunun ortadan kaldırılması bir seçenektir. Aksi bir yön seçilecekse, genel kadınların bir meslek icra ettikleri ve tipik diyebileceğimiz çalışma ilişkilerine ilişkin hukuki korumadan faydalanmaları düşünülmelidir. Yargı kararlarında, idari tasarruflarda ve toplum davranışlarında da kendini gösteren bu arafta kalmışlık neticesinde, genel kadınların faaliyeti ahlaka aykırı olarak değerlendirilmiş, yaptıkları faaliyet bir meslek olarak kabul edilmemiş; ancak bu düzeni ortadan kaldıracak düzenlemeler de yapılmamıştır. Farklı dönemlerde çalışmamızda bahsettiğimiz iki ayrı yaklaşımı benimseyen reform girişimleri olsa da sonuç elde edilememiştir.

Genelev ve işleteni ile genel kadına ilişkin özel hukuktan doğan sözleşme ilişkilerinde, konu ahlaka aykırılık temelinde tartışılmakta ve genel eğilim olarak sözleşmelerin ahlaka aykırı olduğundan bahisle geçersiz olacağı değerlendirilmektedir. Bir insanın para karşılığı cinsel ilişkide bulunmasının genel ahlak kurallarına ve insan haysiyetine aykırı olduğu haklı olarak savunulabilir. Ancak, genelev işletenler (işveren) ile genel kadınlar arasında yapılacak iş sözleşmesinin ahlaka aykırılığının değerlendirilmesinde kanımca farklı bir yorum yapılmalıdır. Kanuni düzenleme ile izin verilen bir çalışma biçiminden doğan sözleşmenin, ahlaka aykırı olduğu gerekçesiyle geçersiz sayılması mümkün olmamalıdır. Sosyal güvenlik ve vergi sistemlerine dahil edilen, yapılan tescil işlemi ile insan onuruna ve saygınlığına aykırı olarak çalıştırılmasına izin verilen kişilerin, üstüne üstlük tüm bunlarla bağlantılı olan çalışma hakkı ve ona bağlı kazanımlarını yok saymak doğru olmayacaktır.

Mevcut sistemimiz ve pozitif hukuk düzenlemeleri ışığında genel kadınların işçi olarak kabul edilmelerinin mümkün olduğunu ifade etsek de, doğal hukuk bakımından ayrı bir değerlendirme

genişletilmesi de imkansızdır. Kaldı ki yorum yapılırken normlar hiyerarşisi bakımından ilgili Tüzüğün Borçlar Kanunu'na aykırı hükümler ihtiva edemeyeceği dikkate alınmalıdır. Öktem, s. 102. Yazara göre, ahlaka aykırı bir harekete idari makamlarca izin verilse bile bu hareketlere yöneltilmiş sözleşmeleri geçerli saymak hususunda hukukun ve sosyal yapının ne gibi bir menfaati olduğu tartışılmalıdır.

yapmak gerekir. Fuhşa meşru bir iş ilişkisi olarak bakmak, genel kadınların insanca yaşamasını, hak ve özgürlüklerini elde etmesini, işçi - işveren ilişkisinde aramak hali hazırdaki sömürü düzeninin devam etmesinden başka bir anlam ihtiva etmeyecektir. Devletin fuhşu meşrulaştırıcı yaklaşımından uzaklaşması gerekir. Fuhşla mücadele edilmesini ve genelevlerin kapatılmasını sağlayacak kanuni düzenlemelerin yapılması toplumun menfaati açısından son derece önemlidir. Ancak şu ayrımı da yapmalıyız ki, devlet ve toplum fuhuş yapanla, genel kadınla değil fuhuşla ve onu ortaya çıkaran olgularla mücadele etmelidir. Bu konuda ülkemizce “*İnsan Ticaretinin ve İnsanların Fuhuş Yoluyla Sömürülmesinin Yasaklanmasına Dair Sözleşme*”nin onaylanması ve hukuk sistemimizin İskandinav modeli olarak da adlandırılan önleyici (Abolitionist) yaklaşımı esas alan bir sistematikte yeniden ele alınması uygun olacaktır. Bu yaklaşıma göre, fuhuş yapan kimseler mağdurdur ve onlara destek olmak, insana onuruna yakışır çalışma olanağı sağlamak, sosyal ve ekonomik iyiliklerine katkıda bulunmak devletin ve toplumun görevidir.

Genelevlerin kapatılmasını sağlayacak düzenlemelerin yapılması kolaydır. Kaldı ki, çalışmamızda daha önce ifade ettiğimiz gibi son yıllarda bir devlet politikası olarak yeni genelev açılmadığı ve genel kadınların tescil işlemlerinin neredeyse durma noktasına geldiği ortadadır. Böylece son yıllarda devlet politikasının yasaklayıcı yaklaşımı kabul etmeye başladığı söylenebilir. Ancak hukuk sistemi ile kurumsallaştırılmamış, hukuki, ekonomik ve sosyal temellerle desteklenmeyen politikaların; sömürü, şiddet, ayrımcılık ve kötü muameleyi bitirmek bir yana artmasına neden olabileceği unutulmamalıdır. Zor olan, para karşılığı cinsel ilişki olarak fuhşun ortadan kalkmasını sağlayacak koşulların sağlanmasıdır. Genel kadınlar ve fuhşu meslek edinen tüm bireyler kendilerini cinsel ve ekonomik sömürüye dayalı bir hayata mahkum etmeyecek işlere, düzgün geçim kaynakları sağlayacak gelir getirici projelere ihtiyaç duymaktadır. Devletin sağlayacağı ekonomik alternatiflerin sosyal hizmetler ve eğitim fırsatları ile desteklenmesi de çok önemlidir. Aksi halde genelevler kapatılsa da, şu anda olduğu gibi fuhşu bir sömürü aracı olarak kullananlar kendilerine farklı yollar ve mecralar bulmaya devam edecek, fuhşa sürüklenen kimseler daha fazla sömürü, taciz ve kötü muameleye maruz kalacaktır.

KAYNAKÇA

- Alper, Yusuf. *Sosyal Sigortalar Hukuku*, 11.Baskı, Dora Yayınevi, Ağustos 2020.
- Atay, Ender Ethem. “Hukukta Meşruiyet Kavramı”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.1, S.2, 1997, s.121-166.
- Ateş, Derya. *Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlâka Aykırılık*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007.
- Battal, Ahmet. “Ticari İşletme Kıstasları Karşısında Genelevlerin Durumu”, *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S.5, 199, s.207-224.
- Centel, Tankut. “Genelev Kadınının Sosyal Güvenliği”, *Günümüzde Yargı*, 23, Mart 1978, s.11-13. (Genel Kadın)
- Centel, Tankut. *Türk Sosyal Güvenlik Hukuku*, 1. Baskı, Onikilevha Yayınevi, Temmuz 2021.

- Cinsel Eğitim Tedavi ve Araştırma Derneği (CETAD), *Bilgilendirme Dosyası 8: Seks Ticareti*, (Ed.Küntay Esin/Çokar Muhtar), Nisan 2007. (CETAD)
- Cohen, Rachel Lara, vd. *Introduction: The Body/Sex/Work Nexus: A Critical Perspective on Body Work and Sex Work*, in C. Wolkowitz, R.L. Cohen, T. Sanders and K. Hardy (eds) *Sex/Body/Work: Intimate, Sexualized and Embodied Labour. Critical Perspectives on Work and Employment*, University of London Institutional Repository, 2013.
- Cox, K'reisa J. *Vocation or Victimization: An Analysis of Legal Models Addressing Prostitution*, Seattle Pacific University Honors Projects, 126/2021.
- Çelik, Nuri vd. *İş Hukuku Dersleri*, 36. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2023.
- Çokar, Muhtar/Yılmaz Kayar, Habibe, *Seks İşçileri ve Yasalar: Türkiye’de Yasaların Seks İşçilerine Etkileri ve Öneriler*, İnsan Kaynağını Geliştirme Vakfı, İstanbul, 2011.
- Çoksezen Merki, Duygu. “Fuhşun Nitelendirilmesi Sorunu ve Yargının Buna Yaklaşımı”, Prof. Dr. Nami Çağan Anısına Armağan, Atılım Üniversitesi Yayınları, Ankara, 2020, 605-622.
- Deady, Gail M. “The Girl Next Door: A Comparative Approach to Prostitution Laws and Sex Trafficking Victim Identification Within the Prostitution Industry”, *Wash. & Lee J. Civ. Rts. & Soc. Just.*, Vol. 17, Issue, 2, 2011, s.515-555.
- Di Nicola, Andrea. vd. *Study on National Legislation on Prostitution and Trafficking in Woman and Children*, Transcrime Joint Research Center on Transnational Crime, European Parliament, 2005.
- Doğan, Sevil. *İş Sözleşmesinde Bağımlılık Unsuru*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2016.
- Dursun, Hasan. “Fuhşa ve Fuhuş Hakkındaki Temel Türk Hukuk Normlarına Genel Bir Bakış”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S.93, 2011, s.405-442.
- Ekmekçi, Ömer/Yiğit Esra. *Bireysel İş Hukuku*, 6.Baskı, Onikilevha Yayınevi, İstanbul 2024.
- Elbir Halid Kemal, Realist bir Tevhid-i İctihat Kararı, Genelev Olarak Kullanılmak Üzere Gayrimenkul Kiralanması Muteber Midir?”, *Sosyal Hukuk ve İktisat Mecmuası*, Y. 1, S. 2, 1948, s.89 vd.
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 26.Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2021.
- Esener, Turhan/ Gündoğdu, Fatih. *Borçlar Hukuku I, Sözleşmelerin Kuruluşu ve Geçerliliği (TBK m. 1-48)*, 1.Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017.
- Fox, Joshua A. “International Law After Dark: How Legalized Sex Work Can Comport with International and Human Rights Law”, *Chicago Journal of International Law*, Vol. 22, No. 1, 2021, s.185-222.
- Gümüş, Mustafa Alper. *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri*, 1.Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara,

2021.

- Güzel, Ali/Okur, Ali Rıza/Caniklioğlu, Nurşen. *Sosyal Güvenlik Hukuku*, 20. Baskı, Beta Yayınevi, Kasım 2024.
- Hatemi, Hüseyin. *Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları (Özellikle B.K. 65 Kuralı)*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1976.
- Işık, Aydın. “İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi 23. Madde Kapsamında Seks İşçilerinin Türkiye’deki Durumunun Değerlendirilmesi”, *İzmir Barosu Dergisi*, Ocak 2020/1, s.207-251.
- Işıkoğlu, Ümit Çağlar. “Kanunen Yasaklanmış ve Genel Ahlaka Aykırı Fiiller Dolayısıyla Elde Edilen Gelirlerin Vergilendirilmesi”, *Vergi Raporu Dergisi*, S.235, Nisan 2019, s.86-101.
- Jeffrey, Leslie Ann. *Sex and Borders: Gender, National Identity and Prostitution Policy in Thailand*, Graduate Programme in Political Science York University North York, Ontario, May 1999.
- Karacaer Çakır, Gül. “Cumhuriyet Dönemi Toplum Sağlığı Politikalarında Bulaşıcı Hastalıklar 1920-1940”, *SDÜ Fen-Edebiyat Fakültesi Sosyal Bilimler Dergisi*, S.53, Ağustos 2021, s.202-228.
- Kılıçoğlu, Ahmet M. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 25.Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2021.
- Kilislioğlu, Cemre. *Türkiye’de Seks İşçiliği: Düzenlemeler, Uygulama Etkileri*, İstanbul Bilgi Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi, 2020.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip. *Borçlar Hukuku Genel Bölüm Birinci Cilt, Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme*, 6.Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014.
- Konan, Belkıs. “Osmanlı Devletinden Erken Cumhuriyet Dönemine Kadın Ticaretinin Engellenmesi Yoluyla Yapılan Girişimler”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.70, S.4, 2021, 1479-1504.
- Köroğlu Ölmez, Belin. “Sigorta Sözleşmelerinde Ahlaka Aykırılık: Genelev Örneği”, *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.12, S.2, Aralık 2022, s.1047-1074.
- Lin Leam, Lim. *The Sex Sector: The Economic and Social Bases of Prostitution in Southeast Asia*, Geneva, 1998.
- McCarthy, Michael. “A brief history of the World Health Organization”, *The Lancet*, Volume 360, Issue 9340, 1111 – 1112.
- Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı, Muhittin/Baysal, Ulaş. *İş Hukuku*, 7. Baskı, Lykeion Yayınları, Ankara 2022.
- Mossman, Elaine. *International Approaches to Decriminalising or Legalising Prostitution*, Crime and Justice Research Centre Victoria University of Wellington, October 2007.
- Nomer, Haluk N. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 14. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2015.

- Öktem, İmran. “Umumi Ev Olarak Kullanılmak Üzere Gayri Menkul Kiralanması”, *İzmir Barosu Dergisi*, Sene: 3, S. 2-10, 89-102.
- Özgenç, İzzet. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 20. Baskı, Seçkin Yayınevi, Eylül 2024.
- Phongpaichit, Pasuk. *Rural Women of Thailand: From Peasant Girls to Bangkok Masseuses*, International Labour Organisation, World Employment Programme Research—Working Paper, November 1980.
- Post, Che/ Brouwer, Jan G./ Vols, Michel. “Regulation of Prostitution in the Netherlands: Liberal Dream or Growing Repression?”, *European Journal on Criminal Policy and Research*, Vol. 25, Issue. 2, 2019, s. 99-118.
- Postacioğlu, İlhan E. “Mahkeme İçtihatları 14.01.1948 tarih E.30 K.2 Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu Kararı İçtihat Notu”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 15, S. 4, 1949, 1288-1309.
- Reisoğlu, Safa. *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 25. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2014.
- Rodriguez Garcia, Magaly. *The ILO and the Oldest Non-Profession*, Hofmeester Karin/Bosma Ulbe (Editor), *The Lifework of a Labour Historian, Essays in Honour of Marcel van der Linden*, Vol. 35, 2018, s. 90-114.
- Schulze, Erika vd. *Sexual Exploitation and Prostitution and its Impact on Gender Equality*, European Parliament: Directorate-General for Internal Policies of the Union, Publications Office, 2014.
- Sözer, Ali Nazım. *İşçi, Bağımsız Çalışan ve Kamu Görevlileri Bakımından Türk Sosyal Sigortalar Hukuku*, 6. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2023.
- Sümer, Haluk Hadi. *İş Hukuku*, 27. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2024.
- Sümer, Haluk Hadi. *Sosyal Güvenlik Hukuku*, 4. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2023.
- Süzek, Sarper/Başterzi Süleyman. *İş Hukuku*, 24. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2024.
- Şahin, İsmail. “Fuhuşla Mücadelede İskandinav Modeli”, *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.5, S.2, 2023, s.807-843.
- Şakar, Müjdat. *Sosyal Sigortalar Uygulaması*, 12. Baskı, Beta Yayınevi, Şubat 2017.
- Şimşek, Şükran/Kısa, Adnan/ Dziegielewski, Sophia, “Sex Workers and the Issues Surrounding Registration in Turkey”, *Journal of Health & Social Policy*, Vol.17, Issue.3, 2003, s.55-69.
- Toprak, Zafer. “İstanbul’da Fuhuş ve Zührevi Hastalıklar 1914-1933”, *Tarih ve Toplum*, S. 39, Mart 1987, s.31-40.
- Tuncay, Can/ Ekmekçi, Ömer/ Gülver, Ender. *Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri*, 22. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2023.

- Tunçomağ, Kenan. “1980 Yılı Başında Türkiye’nin Sosyal Güvenlik Durumu”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 45, S. 1-4, 1981, s.709-744. (Sosyal Güvenlik)
- Tunçomağ, Kenan. *Sosyal Güvenlik Kavramı ve Sosyal Sigortalar*, 4. Baskı, Beta Yayınevi, 1988.
- Uşan, Fatih. *Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları*, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ekim 2009.
- Üçgül, Derya. *Fuğuş, Seks İşçiliğive Fuğuş Yüzünden Bulaşan Zührevi Hastalıklarla Mücadelenin Hukuki Boyutu*, Çağ Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi, 2015.
- Weindling, Paul. *The Politics of International Co-ordination to Combat Sexually Transmitted Diseases, 1900–1980s*, in *Aids and Contemporary History*, Virginia Berridge and Philip Strong (Editor), Cambridge University Press, Newyork, 1993, s. 93-107.
- Wijers, Marjan/Doorninck, Marieke Van. *They Get What They Deserve: Labour Rights for Sex Workers*, Safer Sex in The City, Chapter 7, 1st Edition, Routledge, 2009, s.101-116.
- Yıldırım Abdulkerim, *Türk Borçlar Hukuku*, 8. Baskı, Monopol Yayınları, Ankara 2018.

Tarihsel ve Dogmatik Açından *Depositum Irregulare*'nin Karşılığı Olarak Kullanılan Terimler Üzerine*

Ali Selkor ATAK¹ ** 

¹Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye

Makale Bilgisi

Makale Geçmişi

Geliş: 04.12.2024

Kabul: 24.01.2025

Yayın: 05.06.2025

Anahtar Kelimeler:

Roma hukuku, *depositum irregulare* (olağan dışı veya düzensiz saklama sözleşmesi), *depositum* (saklama sözleşmesi), *mutuum* (tüketim ödöncü sözleşmesi), usulsüz tevdi.

ÖZET

Roma hukukunda, sonraki dönemlerde *depositum irregulare* olarak adlandırılmış olan olağan dışı, atipik veya düzensiz saklama sözleşmesi, pek çok tartışmaya konu olmakla birlikte Roma hukuku ve ortak hukuktan günümüze kadar varlığını sürdürmüş bir hukukî müessesedir. *Depositum irregulare*, genellikle bir miktar para veya başka misli eşyanın, açık bir şekilde yani kapalı veya mühürlenmiş bir kutu ya da kese içine konulmadan, saklanmak üzere saklayana bırakılmasıyla kurulan bir sözleşmedir. Saklayan almış olduğu paranın veya misli eşyanın mülkiyetini kazanır ve aldığı şeyleri aynen değil aynı cins ve miktarda olacak şekilde iade etme borcu altına girer. Taşındığı bu özelliklerden dolayı *depositum irregulare*, tüketim ödöncü sözleşmesine (*mutuum*) oldukça benzemektedir. Bununla birlikte *depositum irregulare*'nin onu tüketim ödöncü sözleşmesinden (*mutuum*'dan) ayıran bazı niteliklerinin bulunduğu da ileri sürülmektedir. *Depositum irregulare*'nin farklı sözleşmelerden unsurlar barındıran bu karışık yapısı, hem muhtelif ülkelerin kanunlarında ilgili sözleşmenin farklı şekillerde düzenlenmiş olması hem de Türk hukuk doktrininde *depositum irregulare*'nin karşılığı olarak kullanılan terimlerde bir birlik olmaması gibi sonuçlar doğurmuştur. Bu çalışmada bir yandan Türk hukuk doktrininde müessese ile ilgili farklı terminolojik yaklaşımlar ele alınırken diğer yandan *depositum irregulare*'nin Türk Borçlar Kanunu'nda ve İsviçre, Almanya, İtalya, İspanya, Arjantin gibi Romanist hukuk geleneğinden etkilenmiş olan diğer bazı ülkelerin kanunlarında ne şekilde düzenlendiği ana hatlarıyla açıklanacaktır.

A Historical and Dogmatic Analysis of the Terms Used for *Depositum Irregulare*

Article Info

Article History

Received: 04.12.2024

Accepted: 24.01.2025

Published: 05.06.2025

Keywords:

Roman law, *depositum irregulare* (extraordinary or irregular safekeeping contract), *depositum*

ABSTRACT

The extraordinary, atypical or irregular safekeeping contract, which was called *depositum irregulare* in later periods in Roman law, is a legal institution that has survived from Roman law and common law to the present day, although it has been the subject of many controversies. *Depositum irregulare* is a contract that is formed by depositing generally a sum of money or other fungible things openly, that is without being placed in a closed or sealed box or pouch, to the depositary in order to be kept. The depositary gains the ownership of the deposited money or other fungible things and is under the obligation to restore not exactly the same things he had received but an equal amount of money or objects of the same kind and quantity. Due to these



This article is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License (CC BY-NC 4.0)

(safekeeping contract-the contract of bailment), *mutuum* (loan for consumption), irregular deposit (or literally “improper deposit”).

features *depositum irregulare* is very similar to the loan for consumption (*mutuum*). However, it is also claimed that *depositum irregulare* has some features that distinguish it from the loan for consumption. This complex structure of *depositum irregulare*, which incorporates elements of different contracts, has resulted in both the existence of different regulations on *depositum irregulare* in the laws of various countries and the lack of unity in the terms used as the equivalent of *depositum irregulare* in the Turkish legal doctrine. In this study, the terms used for *depositum irregulare* in the Turkish legal doctrine will be discussed and how *depositum irregulare* is regulated in Turkish Code of Obligations and in the codes of some other countries influenced by the Romanist legal tradition, such as Switzerland, Germany, Italy, Spain and Argentina, will be outlined.

To cite this article:

Atak, A. S. (2025). “Tarihsel ve Dogmatik Açıdan *Depositum Irregulare*’nin Karşılığı Olarak Kullanılan Terimler Üzerine”, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 8(1), s. 128-156. <https://doi.org/10.51120/NEUHFD.2025.149>

* Bu makale, IV. Uluslararası Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Kongresi’nde sözlü olarak sunulan ancak tam metni yayımlanmayan “*Depositum Irregulare’nin Tarihçesi, Türk Hukuk Doktrininde Bu Sözleşmeye Yönelik Terminolojik Tartışmalar ve Sözleşmenin Romanist Hukuk Geleneğinden Etkilenmiş Ülkelerin Kanunlarındaki Yansımaları*” başlıklı tebliğin içeriği geliştirilerek ve önemli ölçüde değiştirilerek üretilmiş hâlidir.

** **Sorumlu Yazar:** Ali Selkor ATAK, selkor.atak@deu.edu.tr

GİRİŞ

Roma Devleti’nde büyük ölçekli bankacılık kurumlarının bulunmadığı ve bankaların faaliyet alanında yer alan ticarî işlemlerin genellikle banka benzeri kurumlar aracılığıyla değil özel şahıslar tarafından gerçekleştirildiği ileri sürülmektedir¹. Bankacılık kapsamındaki faaliyetleri yürüten kişilerin yaptıkları hukukî işlemlerden birisi de *depositum irregulare* idi². *Depositum irregulare*’de bir miktar misli eşya veya daha sık olmak üzere bir miktar paranın, saklanmak üzere saklayana bırakılması söz konusu olurdu. Misli eşya veya paranın olağan saklama sözleşmesine (*depositum*)³ konu olması da mümkündü. Bu durumda saklanması için

¹ Bürge, Alfons. “Fiktion und Wirklichkeit: Soziale und rechtliche Strukturen des römischen Bankwesens”, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung*, Bd. 104, 1987, s. 465, s. 466, s. 476, s. 508, s. 555-556; Finley, Moses Israel. *Ancient Economy*, Updated Edition with a Foreword by Ian Morris, University of California Press, Berkeley, Los Angeles, London, 1999, s. 198; Zimmermann, Reinhard. *The Law of Obligations-Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford University Press, New York, 1996, s. 155, dn. 3, s. 218; Andreu, Roma bankacılığı ve ticarî hayatının ekonomik yatırımları geliştirmeye yönelik olarak bilinçli bir şekilde oluşturulmuş mecralar olmadığını ifade etmekle birlikte yine de bunların ekonomik bir role sahip olduklarının inkâr edilmemesi gerektiğini vurgulamaktadır, bkz. Andreu, Jean. *Banking and Business in the Roman World*, translated by Janet Llyod, Cambridge University Press, Cambridge, 1999, s. 152; aynı yönde bkz. Harris, William Vernon. “A Revisionist View of Roman Money”, *The Journal of Roman Studies*, Vol. 96, 2006, s. 11; Collins, Andrew/Walsh, John. “Fractional Reserve Banking in the Roman Republic and Empire”, *Ancient Society*, Vol. 44, 2014, s. 192.

² Karaaslan, Muzaffer. *Roma Hukukunda Bankacılık Faaliyetleri Kapsamında Düzensiz Vedia (Depositum Irregulare)*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2023, s. 157.

³ *Depositum* sözcüğünün “bir yana koymak, saklamak, biriktirmek” anlamına gelen “*deponere*” fiilinden türetildiği, “*deponere*” fiilinin de “koymak” anlamına gelen “*ponere, posit-*” fiilinden de+ ön ekiyle türetildiği ifade edilmektedir, bkz. <https://www.nisanyansozluk.com/kelime/depo> (Erişim tarihi: 03.12.2024).

bırakılan şey veya paranın genellikle kapalı ya da mühürlenmiş bir kutu veyahut kese içine konulup ferden belirlenebilir hale getirilmek suretiyle bırakılması gerekirdi⁴. Olağan saklama sözleşmesinden farklı olarak *depositum irregulare*'de bu misli eşya veya para, kapalı ya da mühürlenmiş bir kutu veyahut kese içinde değil açıkta olacak şekilde teslim edilirdi⁵. Olağan saklama sözleşmesinde saklayan, saklanmak üzere bırakılan şey üzerindeki mülkiyet hakkını veya zilyetliği kazanamaz ve bu şeyin yalnızca vâzı'ı-yedi (*detentor*'u⁶-elde bulundurana) olurdu⁷. Ayrıca saklayan, saklatanın rızası olmadığı sürece, aldığı şeyi kullanma yetkisine sahip değildi⁸. Bunun yanı sıra saklayan, aldığı şeyi aynen iade etmekle yükümlüydü⁹. Farklı şekilde ifade edilecek olursa, olağan saklama sözleşmesinde saklayanın sözleşmeden doğan borcu parça borcuydu¹⁰. *Depositum irregulare*'de ise saklayan almış olduğu paranın veya misli eşyanın mülkiyetini kazanır, dolayısıyla bunlar üzerinde dilediği gibi tasarruf edebilir ve aldığı

⁴ Zimmermann, s. 216; Küçükgüngör, Erkan. *Roma Hukukunda Vedia Sözleşmesi* (Depositum), Yetkin Yayınları, Ankara, 2002, s. 43, s. 119; Tiftik, Mustafa. *Türk Hukukunda Vedia Sözleşmesi*, Yetkin Kitabevi, Ankara, 2007, s. 82; Tahiroğlu, Bülent. *Roma Borçlar Hukuku, [1.07.2012'de yürürlüğe giren Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Düzenlenmiş Yeni Bası]*, Der Yayınları, İstanbul, 2012, s. 169; Kaser, Max/Knütel, Rolf. *Römisches Privatrecht*. 20. Aufl. Verlag C.H. Beck, München, 2014, s. 234; Rado, Türkân. *Roma Hukuku Dersleri, Borçlar Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014, s. 59; Söğütü, Özlem. *Roma Özel Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 441; Tamer, Diler. *Roma Hukuku, Cilt -2-, Borçlar Hukuku*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 163.

⁵ Umur, Ziya. *Roma Hukuku Ders Notları*, 3. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 1999, s. 345; Küçükgüngör, s. 120; Tiftik, s. 83; Tahiroğlu, s. 173; Akıncı, Şahin. *Roma Borçlar Hukuku, 818 sayılı BK ve 6098 sayılı TBK ile Mukayeseli*, Sayram Yayınları, Konya, 2013, s. 103 vd.; Rado, s. 62; Erdoğan, Belgin. *Roma Borçlar Hukuku Dersleri*, 1.07.2012'de yürürlüğe giren Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış Yeni Bası, Der Yayınları, İstanbul, 2019, s. 60; Tamer, s. 163.

⁶ *Detentor*: Bir mal üzerinde, kendisinin olma niyeti bulunmaksızın egemenlik icra eden kimse. Roma hukukunda âriyet alan, vedia alan, kiracı, zilyet (*possessor*) değil *detentor* durumunda idiler, bkz. Umur, Ziya. *Roma Hukuku Lügatı*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1983, s. 57; bu kimseler zilyetliği korumak için başvurulana zilyetlik *interdictum*'larından faydalanamazlardı, bkz. Söğütü, s. 643.

⁷ Di Marzo, Salvatore. *Roma Hukuku*, (beşinci tab'ından çev. Ziya Umur), 2. Baskı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1959, s. 417; Zimmermann, s. 205; Küçükgüngör, s. 37; Umur, 1999, s. 344; Tahiroğlu, s. 169; Akıncı, s. 98; Rado, s. 59; Erdoğan, s. 58; Söğütü, s. 441; Tamer, s. 160; Karaaslan, s. 193.

⁸ Kaynaklarda, saklayanın saklamak üzere aldığı şeyi saklatanın rızası olmadan kullanması durumunda hırsızlık suçunu işlemiş sayılacağı ifade edilmektedir, bkz. *Gai. Ins.3.196: "Itaque si quis re, quae apud eum deposita sit, utatur, furtum committit..."* : "Nitekim bir kimse, kendisine vedia (*depositum*) olarak bırakılan bir şeyi kullanırsa *furtum* işler..."", çeviri için bkz. *Gaius Institutiones*, Borçlar Kısım, çev. Türkân Rado, Doğan Kardeş Yayınları, İstanbul, 1953, s. 84-85; *I.4.1.6: "...itaque sive creditor pignore, sive is apud quem res deposita est ea re utatur, sive is qui rem utendam accepit in alium usum eam transferat quam cuius gratia ei data est, furtum committit..."* : "Şu halde, rehinli alacaklı veya vedia alan, aldıkları şeyi kullanırlarsa ve keza bir şeyi kullanmak için alan, o şeyden kendisine tanınmış olan kullanma amacından başka bir şekilde şekilde yararlanırsa, *furtum* işlemiş olur..."", çeviri için bkz. *Iustinianus Institutiones*, çev. Ziya Umur, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1968, s. 290-291; bu şekildeki hırsızlık, kullanım hırsızlığı-*furtum usus* olarak nitelendirilmekteydi, bkz. Jörs, Paul/Kunkel, Wolfgang/Wenger, Leopold/Honsell, Heinrich/Mayer-Maly, Theo/Selb, Walter. *Römisches Recht*, 4. Aufl., Springer Verlag Berlin, Heidelberg, New York, 1987, s. 302 (Eser bundan sonraki atıflarda yazarların eserin önsözünde öngördükleri şekle uygun olarak ilk önce Kunkel'in daha sonra eserin ilgili paragrafını yazmış olan yazarın ismi verilmek suretiyle ["Kunkel/Honsell", "Kunkel/Mayer-Maly" veya "Kunkel/Selb" şeklinde] zikredilecektir); Zimmermann, s. 205; Küçükgüngör, s. 81; Akıncı, s. 101; Rado, s. 61; Erdoğan, s. 59; Söğütü, s. 443; Tamer, s. 161; Karaaslan, s. 192; Di Marzo, olağan saklama sözleşmesinde saklayanın sakladığı şeyi saklatanın onayı olmadan kullanmasının kullanım hırsızlığı olarak nitelendirilmesinin *Iustinianus* hukukunda gerçekleştiğini ifade etmektedir, bkz. Di Marzo, s. 418; aynı yönde bkz. Tahiroğlu, s. 171.

⁹ Zimmermann, s. 215; Küçükgüngör, s. 83; Tiftik, s. 82; Tahiroğlu, s. 174; Rado, s. 60; Söğütü, s. 441; Tamer, s. 161.

¹⁰ Sohm, Rudolph/Mitteis, Ludwig/Wenger, Leopold. *Institutionen, Geschichte und System des römischen Privatrechts*, Verlag von Duncker & Humblot, München und Leipzig, 1949, s. 398; Umur, 1999, s. 345; Tahiroğlu, s. 174; Tamer, s. 161.

şeyleri aynen değil aynı cins ve miktarda olacak şekilde iade etme borcu altına girerdi¹¹, yani *depositum irregulare*'de saklayanın borcu cins (çeşit) borcu niteliğindeydi¹². Tüketim ödöncü sözleşmesinde de (*mutuum*), ödönc alan almış olduğu şey üzerindeki mülkiyet hakkını kazanır ve aldığı şeyi aynı cins ve miktarda olacak şekilde iade etme borcu altına girerdi¹³. Her iki sözleşmede de iade borcu altına girenin aldığı şey üzerindeki mülkiyet hakkını kazanması ve aldığını aynen değil aynı cins ve miktarda iade etme yükümlölüğü altına girmesi, bu iki sözleşmeyi birbirinden ayırt etmeyi zorlaştırmaktadır¹⁴.

Aşağıda ayrıca değinileceğı gibi bu sözleşmenin *depositum irregulare* olarak anılması da *Iustinianus* döneminden (M.S. 527-565) çok daha sonra gerçekleşmiştir, zira o dönemdeki hukukçular söz konusu hukukî işlemi biliyor olsalar da sözleşmeye bu ismi veren onlar değildir. Bu nedenle ilk önce *depositum irregulare* kavramının¹⁵ ne zamandan beri kullanıldığını ve kavramın tarihçesi ile ilgili açıklamalara yer verilecektir. Daha sonra 818 sayılı eski Borçlar Kanunu'nda *depositum irregulare* karşılığı olarak kullanılan “usulsüz tevdi” terimi ile ilgili terminolojik tartışmalara ve bununla bağlantılı olarak farklı ölkelerin kanunlarında sözleşme için kullanılan terimlere değinilecektir. Sonraki başlık altında ise *depositum irregulare* ile ilişkilendirilen Klâsik Hukuk Dönemi'ne ait bazı metinler ve sözleşmenin ölkemizde ve farklı ölkelerin kanunlarında ne şekilde düzenlenmiş olduğu ana hatlarıyla ele alınacaktır.

I. ROMA HUKUKUNDA *DEPOSITUM IRREGULARE* KAVRAMI

Depositum irregulare ve tüketim ödöncü sözleşmesi arasındaki benzerlikler nedeniyle

¹¹ Zimmermann, s. 216; Küçükgöngör, s. 120; Tiftik, s. 83; Umur, 1999, s. 346; Tahiroğlu, s. 174; Akıncı, s. 103; Rado, s. 62; Tamer, s. 163.

¹² Sohm/Mitteis/Wenger, s. 398; Tahiroğlu, s. 174; Rado, s. 62; Erdoğan, s. 59; Tamer, s. 163.

¹³ Umur, 1999, s. 339; Tahiroğlu, s. 150; Akıncı, s. 92; Rado, s. 48, s. 56; Erdoğan, s. 50; Söğütölü, s. 434; Tamer, s. 148.

¹⁴ Gürsel, Nurettin. “Usulsüz Tevdi”, *Adalet Dergisi*, Yıl: 41 S. 1, Ocak 1950, s. 79; bununla birlikte iki sözleşmenin birbirinden farklılık gösterdiği noktalar da bulunmaktadır. Bu farklılıklara doktrinde verilen başlıca örnekler şunlardır: 1. *Depositum irregulare*'de kural olarak saklatanın menfaati ön plandayken, tüketim ödöncü sözleşmesi ödönc alanın menfaatine yapılmaktadır, 2. Roma hukukunda *depositum irregulare* eksik iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme iken, tüketim ödöncü tek tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir, 3. *Depositum irregulare*'den doğan dava iyi niyet davası iken, tüketim ödöncü dar hukuk davası doğuran bir sözleşmedir, 4. *Depositum irregulare*'de şekle tâbi olmayan basit bir anlaşma (*pactum*) ile faiz kararlaştırılabilirken, tüketim ödöncü sözleşmesinde faiz talep edilebilmesi için bunun sözlü şekle bağlı olan bir *stipulatio* ile kararlaştırılması gerekirdi, 5. Aile evlâtlarına para ödönc verilmesini engellemek için çıkarılan *Senatus Consultum Macedonianum* hükümleri tüketim ödöncü sözleşmesi için uygulanırken, *depositum irregulare* için uygulanmazdı, bkz. Buckland, William Warwick. *A Text Book of Roman Law from Augustus to Justinian*, Second Edition, Cambridge University Press, Cambridge, 1932, s. 470; Sohm/Mitteis/Wenger, s. 398; Kaser, Max. *Das römische Privatrecht, das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*, erster Abschnitt, Verlag C.H. Beck, München, München, 1971, s. 536; Kunkel/Honsell, s. 303 vd.; Zimmermann, s. 217; Umur, 1999, s. 346; Tahiroğlu, s. 174 vd.; Rado, s. 62; Akıncı, s. 103, s. 104; De Soto, Jesús Huerta. *Para, Banka Kredisi ve Ekonomik Çevrimler*, çev. Bilge Öztürk Göktuna, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 49 vd.; Söğütölü, s. 444; Tamer, s. 163; Karaaslan, s. 197 vd.

¹⁵ *Depositum irregulare* ve onun karşılığı olarak kullanılan tâbirlerden söz edilirken, genel olarak hukukî müessese söz konusu ise “kavram”, yasal düzenlemelerde geçen ibareler söz konusu olduğunda “terim” sözcükleri kullanılmakla birlikte, bu çerçeveye sınırlı olmaksızın metinde her iki kullanıma da (“*depositum irregulare* kavramı” ve “*depositum irregulare* terimi” gibi) yer verilmiştir; bu hususla ilgili olarak kavram, sözcük ve terim kelimeleri arasındaki ilişki için bkz. Kamacı Gencer, Duygu/Çiçek, Hatice. “Kavram, Sözcük ve Terim Arasındaki İlişki”, *Kocatepe Beşeri Bilimler Dergisi*, C. 3, S. 1, 2024, s. 2 vd.

depositum irregulare, Roma hukukundaki en tartışmalı konuların başında gelmektedir¹⁶. Romalı hukukçuların bu müesseseye âşına olduğu genellikle kabul edilmektedir. Bununla birlikte modern Roma hukuku doktrininde bu âşinalığın hangi dönemden itibaren başladığı, sözleşme için hangi dönemlerde hangi hükümlerin uygulandığı veya sözleşmenin Klâsik Hukuk Dönemi'nde tüketim öduncünden bağımsız ayrı bir sözleşme olarak kabul edilip edilmediği gibi hususlar pek çok tartışmaya ve birbirinden farklı görüşlerin ileri sürülmesine yol açmıştır. Konu hakkında bu kadar farklı görüş bulunmasının başlıca sebeplerinden birisi *depositum irregulare* ile ilişkilendirilebilecek mevcut *Digesta*¹⁷ metinlerinden bir kısmının muhtelif çelişkiler ve farklı yorumlanmaya açık belirsiz ifadeler barındırmasıdır. Dolayısıyla bu metinlerin Klâsik Hukuk Dönemi'ndeki durumu yansıtmadığı ve *Corpus Iuris Civilis*'i¹⁸ hazırlayan hukukçular tarafından *interpolatio*'lar¹⁹ ile değiştirildiğine yönelik görüşler yaygın olmakla birlikte aksini iddia edenler de vardır ve konu bu bakımdan da tartışmalıdır. Konuyla ilgili *Digesta* metinleri ve metinlere yönelik tartışmalar ise ayrı bir çalışmanın konusunu oluşturabilecek kadar kapsamlıdır ve bu nedenle çalışmamızda bu hususlara yer verilmemiştir.

Depositum irregulare'nin *Iustinianus* dönemindeki hukukçularca bilindiği genellikle kabul edilmekle birlikte Klâsik Dönem hukukçularının bu sözleşmeyi tanımadığı ve Klâsik Hukuk Dönemi'nde *depositum irregulare* için tüketim öduncü sözleşmesine yönelik hükümlerin

¹⁶ Johnston, David. *Roman Law in Context*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, s. 87; Zimmermann da *depositum irregulare*'nin Roma hukukundaki en tartışmalı müesseselerden biri olarak kabul edildiğini belirtmektedir, bkz. Zimmermann, s. 217.

¹⁷ *Digesta* (veya *Pandectae*) *Iustiniani*: Klâsik Dönem hukukçularının eserlerinden alınmış parçaları (*fragmentum*) yan yana koymak sureti ile, imparator *Iustinianus*'un, başlarında *Tribonianus* olmak üzere, on yedi kişilik bir heyete yaptırmış olduğu, gerek *ius civile*'yi, gerekse *praetor* hukukunu içeren büyük toplama eser, bkz. Umur, 1983, s. 58.

¹⁸ *Corpus Iuris Civilis*: *Iustinianus*'un hukukçulara hazırlatmış olduğu hukuk eserlerinin bütününe, Rönesans devrinden itibaren verilen isim. İlk olarak *Dionysius Gothofredus*'un 1583 senesinde düzenleyerek baskıya verdiği bu isim altında *Institutiones*, *Digesta*, *Codex* ve *Novellae* bulunmaktadır, bkz. Umur, 1983, s. 50.

¹⁹ *Interpolatio*: Yazılı bir metin üzerinde anlamını veya kapsamını değiştirmek, bazen kısaltmak veya basitleştirmek için, bile bile yapılan değişiklik. *Iustinianus*'un emriyle *Corpus Iuris Civilis*'i derleyen hukukçuların, Klâsik Dönem hukukçularından parçalar halinde aldıkları metinler ve imparator emirnameleri üzerinde yaptıkları değişiklikler için kullanılan tâbir, bkz. Umur, 1983, s. 95

uygulandığını savunan görüşler bulunduğu gibi²⁰ bunun aksini savunanlara²¹ da rastlanmaktadır. Bu farklı yaklaşımların yanı sıra bu iki sözleşme arasında bir ayırım yapıldıysa da bunun hangi dönemden itibaren başladığı konusunda da farklı görüşler bulunmaktadır²². Ayrıca kavramın, günümüzde yalnızca misli şeylerin saklanmasıyla yönelik olarak kullanılmasının yaygınlaştığı ve bu sınırlandırmayla bile kavrama yönelik tanımların çok farklı olması karşısında, *depositum irregulare* tâbirinin dogmatik bir incelemenin çıkış noktası olarak

²⁰ Buckland, s. 470; Schulz, Fritz. *Classical Roman Law*, Clarendon Press, Oxford, 1951, s. 519 vd.; Di Marzo, s. 419; Kunkel/Honsell, s. 303 vd.; Koschaker, Paul/Ayiter, Kudret. *Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No: 39, İzmir, 1993, s. 222; Küçükgüngör, s. 123, s. 130, s. 133, s. 134; Oudshoorn, Jacobine Gerlinde. *The Relationship between Roman and Local Law in the Babatha and Salome Komaise Archives*, Brill, Leiden, Boston, 2007, s. 136; Rado, s. 62; Erdoğan, s. 60; Karaaslan, s. 124-125, s. 147, s. 148, s. 161; Kaser, *depositum irregulare*'nin Klâsik Hukuk Dönemi'nde tüketim ödücü hükümlerine tâbi tutulduğunu belirtmekle beraber, Klâsik Hukuk Dönemi'nin sonlarından itibaren bu hukukî işlemin tanındığını ifade etmektedir, bkz. Kaser, s. 536; Kaser/Knütel, s. 234; benzer şekilde bkz. Zimmermann, s. 218; Johnston, s. 87; Niemeyer, saklama sözleşmesinin bir alt türü olarak görülen ve Ortak Hukuk öğretisi tarafından *depositum irregulare* olarak adlandırılmış olan hukukî işlemin, tüketim ödücü sözleşmesinin farklı bir uygulaması olduğunu ve yalnızca bu sözleşmeye egemen olan prensipler çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğini, başka bir ifadeyle bu iki sözleşme arasında bir fark olmadığını ileri sürmektedir. Niemeyer'e göre Roma hukukunda *depositum irregulare* hukukî bir varlığa sahip değildir, *depositum* sadece adında geçmektedir, işlem aslında yalnızca bir tüketim ödücü sözleşmesinden ibarettir, bkz. Niemeyer, Theodor. *Depositum Irregulare*, Max Niemeyer Verlag, Halle an der Saale 1889, s. VII, s. 78; Geiger de *depositum irregulare*'nin saklama sözleşmesi hükümlerine tâbi tutulan özel bir tüketim ödücü türü olduğunu ve bu iki sözleşme arasında bir fark olmadığını savunmakta, hatta görüşünü bir adım ileriye taşıyarak Alman Medeni Kanunu'nun *depositum irregulare*'ye ilişkin olan hükmünün (§ 700) gereksiz olduğunu ve görmezden gelinebileceğini ileri sürmektedir, bkz. Geiger, Klaus. *Das Depositum irregulare als Kreditgeschäft*, A. Schubert, München, 1962, s. 4, s. 57; Kübler, *Papinianus*'un *depositum irregulare*'nin yani saklayana kullanma yetkisi tanınmak suretiyle saklaması için para verilmesinin saklama sözleşmesi olarak kabul edilmesini istediğini ve böylelikle yabancılara özgü bir borçlar hukuku müessesesini Roma hukukuna dâhil etmeye çalıştığını ancak *Paulus* ve *Ulpianus*'un ciddi itirazlarıyla karşılaştığını ve bu girişiminin başlangıçta başarısızlıkla sonuçlandığını belirtmek suretiyle *depositum irregulare*'nin Klâsik Hukuk Dönemi'nde genel olarak tanınmamış olmakla birlikte en azından *Papinianus* tarafından kabul edildiğini ifade etmiştir. Bununla birlikte *Papinianus*'un yaşadığı ve yazdığı dönemde, memleketinin hukuk hayatından taşınmış olabileceği görüşleri Roma özel hukukunun bir parçası hâline getirme girişiminin akamete uğradığını ve *Papinianus*'un bu konuda başarısız olduğunu ileri sürmektedir. Ancak Kübler daha sonra imparatorluğun başkentinin doğuya taşındığı ve Roma hukukunun gelişimi üzerinde Yunan hukuk anlayışının daha fazla etkisinin bulunduğu bir dönemde ise bu konuda *Papinianus*'un görüşünün benimsendiğini ifade etmektedir, bkz. Kübler, Bernhard. "Griechische Tatbestände in den Werken der kassuistischen Literatur", *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung*, Bd. 29, 1908, s. 226; *depositum irregulare*'ye ilişkin farklı görüşlerle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Geiger, s. 2 vd.; Küçükgüngör, s. 121 vd.; Collins/Walsh, s. 186 vd.; Karaaslan, s. 106 vd.

²¹ *Depositum irregulare*'nin Klâsik Hukuk Dönemi'nde de bilindiğini savunan karşı görüş için bkz. Huschke, Philipp Eduard. *Die Lehre des römischen Rechts vom Darlehn und den dazu gehörigen Materien*, Gebrüder Kröner, Stuttgart, 1881, s. 23; Mitteis, Ludwig. "Trapezitika", *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung*, Bd. 19, 1898, s. 208 vd.; Weiss, Egon. *Institutionen des römischen Privatrechts als Einführung in die Privatrechtsordnung der Gegenwart*, Verlag für Recht und Gesellschaft, Basel, 1949, s. 347; Evans-Jones, Robin/MacCormack, Geoffrey. "Obligations", *A Companion to Justinian's Institutes*, edited by Ernest Metzger, Duckworth, London, 1998, s. 133; De Soto, s. 61-62, s. 68-69; Adams, Watson, Thomas ve Diósdí, *depositum irregulare*'nin Klâsik Hukuk Dönemi'ndeki mevcudiyetini kabul etmekle kalmayıp bu dönemden önce de bilindiğini ileri sürmektedirler, bkz. Adams, Bertrand. "Haben die Römer "Depositum Irregulare" und Darlehen Unterschieden?", *Studia et Documenta Historiae et Iuris (SDHI)*, 28, 1962, s. 364-365; Watson, Alan. *The Law of Obligations in the Later Roman Republic*, Clarendon Press, Oxford, 1965, s. 165-166; Thomas, Joseph Anthony Charles. *Textbook of Roman Law*, North-Holland Publishing Company, Oxford, 1976, s. 278; Diósdí, György. *Contract in Roman Law, From the Twelve Tables to the Glossators*, translated by J. Szabó, Akadémiai Kiadó, Budapest, 1981, s. 49.

²² Bu konuda bkz. Küçükgüngör, s. 121 vd.; Collins/Walsh, s. 186 vd.; Karaaslan, s. 107 vd.

alınmasının mümkün olmadığına da ileri sürüldüğü görülmektedir²³.

II. ORTA ÇAĞ HUKUK OKULLARINDAN KODİFİKASYONLARA DEĞİN DEPOSITUM IRREGULARE KAVRAMI

Depositum irregulare'nin antik Roma hukuku kaynaklarına dayanmadığı ve antik çağda yaşamış Romalı hukukçular tarafından kullanılmamış olup Roma'ya özgü bir kavram olmadığı bilinmektedir²⁴. Kavram bu şekliyle Klâsik Dönem hukukçularının metinlerinde ve *Corpus Iuris Civilis*'te yer almamaktadır²⁵. Bu nedenle kavramın ne şekilde ortaya çıktığının ve tarihçesinin kısaca ele alınması faydalı olacaktır.

Depositum irregulare kavramının ilk defa *Postglossator*²⁶ hukuk okulunun son temsilcilerinden olduğu ifade edilen²⁷ *Iasonis de Maino* (*Jason de Maino-Giasone del Maino*) tarafından 1485 yılında²⁸ kullanıldığı belirtilmektedir²⁹. *Postglossator* hukuk okulunun önceki temsilcileri de tıpkı *Glossator*³⁰ hukuk okulu temsilcileri gibi bu tâbiri kullanmamışlardır. *Depositum irregulare*, *Iasonis de Maino*'dan itibaren İtalya'da sık kullanılan bir kavram olarak varlığını sürdürmüştür. Buna karşın Fransa'da 16. yüzyılda çok istisnaen kullanılmıştır. Almanya ve Hollanda'da da kavramın daha geç kullanılmaya başlandığı görülmektedir. 17. yüzyıl Alman hukuk doktrininde muhtelif eserlerde *improprium* (gerçek olmayan, uygunsuz),

²³ Niemeyer, s. 2; Gordon, William Morrison. "Observations on Depositum Irregulare", *Studi in Onore di Arnaldo Biscardi*, Vol. 3, Istituto Editoriale Cisalpino, Milano, 1982, s. 363; Bürge, Roma'da bankacılığa ilişkin uygulamaların hukukî yapısını incelediği çalışmasında *depositum irregulare* terimini kullanmamış, bunun yerine "faizli açık (olacak şekilde verilmiş) *depositum*" ("*verzinsliches offenes depositum*") kavramını kullanmayı tercih etmiştir, bkz. Bürge, s. 538; aynı yönde bkz. Theisen, Frank. "Der Darlehensvertrag in seiner historischen Entwicklung", *Studien zur Rechts- und Zeitgeschichte*, Professor Dr. Wulf Eckart Voß zum 60. Geburtstag, V & R Unipress, Göttingen, 2005, s. 12.

²⁴ Cohn, Georg. *Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselsrechts*, herausgegeben von W. Endemann, Bd. 3, Fues's Verlag (R. Reisland), Leipzig, 1885, s. 886, dn. 7; Niemeyer, s. 2; Buckland, s. 469, dn. 13.

²⁵ Geiger, s. 5; Collins/Walsh, s. 186.

²⁶ *Postglossator* veya *Commentator*: Bologna hukuk okulunda faaliyette bulunmuş olan *Glossator*'lardan sonra 13. yüzyılın yarısından itibaren 15. yüzyılın sonlarına kadar gelen hukuk âlimlerine verilen isim. *Glossator*'lar gibi yine *Corpus Iuris Civilis*'in otoritesine dayandıkları için skolastik metoda bağlı kalmakla beraber, *Postglossator*'lar kısa notlar yerine, *Iustinianus* derlemesinin bütün kısımlarını *Glossator*'ların tefsirlerine istinaden, geniş ölçüde açıklayarak şerh etmişlerdi (*Commentator*: Şârih, şerh eden). En büyük temsilcileri *Bartholus da Sassaferrato* ile *Baldus degli Ubaldi* idi. Kendilerinden önce hukuk araştırmalarına yön vermiş olan *Glossator*'lardan farklı olarak Roma hukukunu kendi dönemlerinin ihtiyaçlarına uyacak şekilde tefsir etmişler, modern dönemlerin Uluslararası Özel Hukuk, Ticaret Hukuku gibi branşlarının temellerini atmışlardır, bkz. Umur, 1983, s. 162.

²⁷ *Iasonis de Maino* (*Jason de Maino-Giasone del Maino*)'nun *Postglossator* veya *Commentator*'lar olarak adlandırılan hukuk okulunun en önde gelen hukukçularından *Bartholus*'un metotlarını takip eden son hukukçulardan olduğu belirtilmektedir, bkz. Stein, Peter. *Roman Law in European History*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999, s. 77; https://en.wikipedia.org/wiki/Giasone_del_Maino (Erişim tarihi: 03.12.2024).

²⁸ Savigny, Friedrich Carl von. *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter*, Bd. VI: *Das vierzehnte und fünfzehnte Jahrhundert*, zweite Ausgabe, J. C. B. Mohr, Heidelberg, 1850, s. 410; Niemeyer, s. 110, dn. 21.

²⁹ Niemeyer, s. 110, dn. 21, s. 117-118; Bürge, s. 537, dn. 348; Zimmermann, s. 219, dn. 229; Oudshoorn, s. 137, dn. 125; Collins/Walsh, s. 186; Karaaslan, s. 100, dn. 498.

³⁰ *Glossator*: Bologna Hukuk Okulu'nda 12. yüzyılın başlarından itibaren faaliyette bulunan hukukçulara verilen isim. Skolastik metotla çalışan, yani *Corpus Iuris Civilis*'in otoritesine dayanan *Irnerius* ve öğrencileri, *Iustinianus*'un hazırlatmış olduğu eserin bütün kısımlarını inceden inceye tetkik ederek, sayfa kenarlarına veya altlarına koydukları ek ve açıklamalarla (*glossa*) açıklamışlar, tarihi ve eleştirel düşüncelere girişmeden, metnin anlaşılmasına çalışmışlardır. 13. yüzyılın ortalarından itibaren *Postglossator*'lar (*Commentator*'lar) bu faaliyete halef olmuşlardır, bkz. Umur, 1983, s. 80; *glossator*'larla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Türkoğlu, Halide Gökçe. "Glossator'lar", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Bülent Tahiroğlu'na Armağan, Özel Sayı, C. 23, S. 3, 2017, s. 56 vd.

anomalum (kurula uymayan, istisnai), *mixtum* (karma), *extraordinarium* (olağan dışı), *notissimos terminos egrediens* (en bilinen sınırları aşan) ve bunların yanı sıra daha seyrek ve gereksiz ayrıntı oluşturacak biçimde *irregulare* tâbirleri kullanılmıştır³¹. *Irregulare* tâbiri 18. yüzyıl boyunca da çok bilinmemektedir, bu nedenle *depositum irregulare* Alman doktrininde teknik terim (*terminus technicus*) olarak ancak 19. yüzyıldan itibaren yerleşmiş gibi görünmektedir³². Terimin kullanılmaması veya mevcut olmaması bu hukukî ilişkinin bilinmediği anlamına gelmemektedir. Bununla birlikte terimin kullanılması da terimi kullanan yazarın *depositum irregulare*'ye ilişkin teorik pozisyonunun bir göstergesi olarak nitelendirilmemelidir³³.

Sonuç olarak, Klâsik Hukuk Dönemi'nde bazı hukukçular tarafından *depositum irregulare*'nin tüketim ödücü sözleşmesine (*mutuum*) yönelik hükümlere tâbi tutulduğu ve Klâsik Hukuk Dönemi'nde bu müessesenin bilinmediği yönünde görüşler bulunmakla birlikte³⁴, sözleşmenin *Iustinianus* Dönemi'nde hukuk hayatında yer bulduğu konusunda bir tereddüt bulunmaması karşısında Roma hukuku doktrininde *depositum irregulare*'nin genellikle saklama sözleşmesinin (*depositum*) bir alt türü olarak nitelendirildiği görülmektedir³⁵. Aşağıda ayrıntılı olarak ele alınacak *depositum irregulare*'ye yönelik hükümlerin bulunduğu Türk, İsviçre Borçlar Kanunları ile Alman, İspanyol, İtalyan, Portekiz ve Arjantin Medenî Kanunlarında da söz konusu hükümler saklama sözleşmesi alt başlığında yer almaktadır ve “misli şeylerin saklanması” sözleşmesi (veya olağan dışı ya da atipik saklama sözleşmesi), olağan saklama sözleşmesinin bir türü olarak kabul edilmektedir.

III. TÜRK HUKUKUNDA *DEPOSITUM IRREGULARE*'YE YÖNELİK TERMİNOLOJİK TARTIŞMALAR

A. Yasal Düzenleme

Roma hukuku doktrininde *depositum irregulare* kavramıyla ifade edilen hukukî ilişki, Türk hukukunda TBK md. 570'te “misli şeylerin saklanması” başlığı altında düzenlenmiştir³⁶. Bu hüküm, kanunun ikinci kısmının on dördüncü bölümünde “Saklama Sözleşmeleri” başlığı altında (genel veya olağan) saklama³⁷ sözleşmesine ilişkin hükümlerden (TBK md. 561-569) sonra yer almaktadır. Dolayısıyla bu sözleşmenin, kanun koyucu tarafından olağan saklama

³¹ Niemeyer, s. 110, dn. 21.

³² Bürge, s. 537, dn. 348.

³³ Niemeyer, s. 110, dn. 21.

³⁴ Bkz. yuk. dn. 20.

³⁵ Buckland, s. 469; Sohm/Mitteis/Wenger, s. 397 vd.; Kaser, s. 536; Kunkel/Honsell, s. 303; Koschaker/Ayiter, s. 221 vd.; Zimmermann, s. 201 vd.; Umur, 1999, s. 345; Küçükgüngör, s. 119 vd.; Rado, s. 61 vd.; Erdoğan, s. 60; Tahiroğlu, s. 173 vd.; Söğütü, s. 443 vd.; Tamer, s. 163.

³⁶ “B. Misli şeylerin saklanması

Madde 570: Saklayanın kendisine bırakılan parayı aynen geri vermek zorunda olmaksızın mislen geri vermesi açıkça veya örtülü olarak kararlaştırılmışsa, o paranın yararı ve hasarı kendisine ait olur.

Paranın mühürlü ve açık olarak bırakılmış olması, örtülü anlaşma sayılır.

Saklayan, saklanan tarafından kendisine açıkça yetki verilmedikçe, saklanan diğer misli eşya veya kıymetli evrak üzerinde tasarrufta bulunamaz.”

³⁷ Saklamak kelimesinin, “dikkat etmek, dikkatli olmak, muhafaza etmek” anlamına gelen eski Türkçe “sakla-” fiilinden evrildiği belirtilmektedir. Sakla fiili de düşünmek anlamına gelen eski Türkçe sa- “düşünmek” fiilinden +(u)k ekiyle türetilmiş olan ve “bilinçli, akli başında, uyanık” anlamındaki “sak” sözcüğünden yine eski Türkçe olan +la ekiyle türetilmiştir, bkz. <https://www.nisanyansozluk.com/kelime/sakla-> (Erişim tarihi: 03.12.2024).

sözleşmesinin bir alt türü olarak değerlendirildiği görülmektedir³⁸.

Yeni Borçlar Kanunu'nda “misli şeylerin saklanması” başlığı altında³⁹ düzenlenmiş olan bu sözleşmeye ilişkin hüküm, 22.4.1926 tarih ve 818 sayılı eski Borçlar Kanunu'nda vedia⁴⁰ sözleşmesini düzenleyen hükümler arasında “usulsüz tevdi⁴¹” başlığı altında yer almaktaydı (EBK md. 472)⁴².

Depositum irregulare'de geçen “irregulare” kelimesinin Türkçe karşılığı olarak kanun koyucu tarafından eski Borçlar Kanunu'nda “usulsüz” sözcüğü tercih edilmiştir. Gündelik konuşma dilinde bir olgu veya hukukî işlem için “usulsüz” veya “yolsuz” sıfatı kullanıldığında, ilgili olgu veya hukukî işlemin genel hukukî düzene aykırı nitelikte olduğu şeklinde anlaşılması olasılığı doğmaktadır⁴³. Nitekim *depositum irregulare* hukukçu olmayanlara açıklanmaya çalışılırken “usulsüz tevdi” terimi kullanıldığında karşılaşılan sonuç genellikle muhatabın bunu saklamanın usulüne uygun yapılmadığı şeklinde anlaması olmaktadır⁴⁴. Bu nedenle bu hususun açıklığa kavuşturulması yararlı olacaktır. “Usulsüz” sıfatı muhtelif Türkçe sözlüklerde

³⁸ Nitekim 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun gerekçesinde bu husus açıkça ifade edilmektedir, bkz. Türk Borçlar Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu, s. 230.

³⁹ Yapılan değişiklik araştırma gerekçesine dayandırılmış, bunun dışında başka bir gerekçe belirtilmemiştir, bkz. Türk Borçlar Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu, s. 232.

⁴⁰ Yeni Türk Borçlar Kanunu'nda “saklama sözleşmesi” olarak ifade edilen sözleşme için Eski Borçlar Kanunu'nda “vedia” (EBK md. 463 vd.) terimi yer almaktaydı. Vedia kelimesinin Arapça *wd'* (v-d-a) kökünden türetildiği ve *wada'a* “bıraktı, emanet etti” fiilinin fa'îlâ(t) vezninde sıfatı dişili olduğu belirtilmektedir, bkz. <https://www.nisanyansozluk.com/kelime/vedia> (Erişim tarihi: 03.12.2024); ayrıca bkz. Turan, Fatih M. “İslâm Hukuku Açısından Usulsüz Vedia Akdi”, *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, S. 15, 2010, s. 405.

⁴¹ “Tevdi” sözcüğü birden fazla anlama sahiptir. Sözcük için Türk Dil Kurumu'nun sözlüğünde “emanet etme”; Kubbealtı Lügati'nde “1. teslim etme, emanet verme, verme. 2. *Esk.* Vedâ etme, vedalaşma”; Türk Hukuk Lügati'nde “1-Emaneten tevdi. 2-Satılmak üzere bir komisyoncuya mal bırakmak. 3-Teminat mukabili olarak üçüncü bir şahsa para veya sair kıymetli evrak bırakmak. 4-Alacaklının temerrüdü hâlinde borçlunun borcunu yargıcın tâyin edeceği mahalle veya ticarî eşya hakkında ardiyeye bırakmasıdır ki, borçtan kurtarır (EBK md. 91). 5-Temlik dolayısıyla aidiyeti münazaalı bulunan bir alacak borçlusunun borcunu borçtan beri olmak için mahkemeye veya emrine yatırmasıdır (EBK md. 166).” karşılıkları yer almaktadır (TDK sözlüğü için bkz. <https://www.sozluk.gov.tr/> (Erişim tarihi: 03.12.2024); Kubbealtı Lügati için bkz. Ayverdi, İlhan. *Misalli Büyük Türkçe Sözlük (Kubbealtı Lügati)*, C. 3, 2. Baskı, Kubbealtı Neşriyatı, İstanbul, 2006, s. 3150 (C. 3), ayrıca bkz. <http://lugatim.com/s/tevdı> (Erişim tarihi: 03.12.2024); *Türk Hukuk Lügati*, 3. Baskı, Başbakanlık Basımevi, Ankara, 1991, s. 339); Aydoğdu, hukukumuzda tevdi kelimesinin genellikle vedia (saklama) sözleşmesi kapsamında emanet edilen para veya misli eşyayı ifade ettiğini, bunun yanı sıra tüketim ödücü (karz) sözleşmesi kapsamında “ödünç verilen (şey)” anlamında da kullanıldığını belirtmektedir, bkz. Aydoğdu, Murat. “Konut ve Çatılı İşyeri Kirası Sözleşmelerinde Kiracının Güvence (Depozito) Verme Borcu”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 14, S. 1, 2012, s. 15, dn. 40; kanaatimizce emanet edilen para veya misli eşya için genellikle kullanılması tercih edilen kelime “tevdı”den ziyade bu kelimenin çoğul hâli olan “tevdıat” kelimesidir, emanet edilen para veya misli eşya bakımından bu yönde bkz. Kubbealtı Lügati, “tevdıat” maddesi (Tevdiat: 1. Banka vb. yerlere para yatırma, para veya senet tevdi etme 2. Emânet olarak bırakılan şeyler, emânetler), Ayverdi, C. 3, s. 3150, <http://lugatim.com/s/tevdıat> (Erişim tarihi: 03.12.2024).

⁴² “(B) USULSÜZ TEVDİ

Madde 472: Müstevdiin tevdi olunan meblağı aynen iadeye mecbur olmaksızın mesela iade etmesi sarahaten veya zımnen mukarrer ise, o meblağın nefi ve hasarı kendisine ait olur.

Meblağ, mühürsüz ve açık olarak bırakılmış ise, bu manada zımni bir mukavele mevcut sayılır. İda edilen diğer misli eşya veya kıymetli evrakı müstevdi, sarahaten mezun kılınmadıkça kullanamaz.”

⁴³ Aynı yönde bkz. Gürsel, s. 79; Karaaslan, s. 100; Türk Dil Kurumu'nun çevrim içi (online) sözlüğünde “usulsüz” kelimesi için “1. Yöntemsiz, 2. Yasalara aykırı olan” karşılıkları verilmiştir, bkz. <https://www.sozluk.gov.tr/> (Erişim tarihi: 03.12.2024); Turan, 2010, s. 406.

⁴⁴ Hatta sözleşmenin yapısı açıklandığında *depositum irregulare*'nin mevduat sözleşmelerine benzerliğinden dolayı konuyla ilgili olarak “bankalar da bu usulsüzlüğü yapıyor” şeklinde yorumların yapılması bu duruma verilebilecek güzel bir örnektir.

“yasalara aykırı”⁴⁵, “usûl ve nizâma aykırı”⁴⁶, “yola, yönteme uymayan; yöntemsiz; yolunca, yöntemince yapılmayan; yasaya, kurala aykırı olan; yolsuz”⁴⁷ şeklinde tanımlanmıştır. Hukuk terminolojisinde de “usulsüz” kelimesi genellikle “usulsüz tebligat”⁴⁸, “usulsüzlük” (VUK md. 351)⁴⁹, “kamu görevinin usulsüz üstlenilmesi” (TCK md. 262/1) örneklerinde görüldüğü gibi hukuk kurallarına ve yasalara aykırılığı ortaya koyan şekilde kullanılmaktadır. Hukukçular arasında usulsüz tevdi, usulsüz vedia veya usulsüz saklama kavramlarında geçen usulsüz sözcüğünün hukuka, düzene, yasaya aykırılık anlamında kullanılmadığı ve bu kullanım ile kastedilenin ne olduğu genel olarak bilinip anlaşılabilmektedir. Bununla birlikte sözleşmenin mahiyetini daha iyi yansıtan ve yanlış anlaşılmalara mahal vermeyecek bir kavram seçimi daha sağlıklı olacaktır. “Usulsüz tevdi”, “usulsüz vedia” veya “usulsüz saklama” kavramları yanlış anlaşılmalara yol açabilecek ve müessesenin hukukî mahiyetini tam anlamıyla yansıtmayan kavramlardır. Bu nedenle bu kavramların yerine kullanılabilecek alternatiflerin tartışılmasının yararlı olacağı kanaatindeyiz.

“*Depositum irregulare*” kavramında yer alan “*irregulare*” kelimesinin karşılığı olarak kullanılabilecek bir başka seçenek “düzensiz” kelimesidir. “*Irregulare*”, “düzenli, kurala uygun” anlamındaki “*regularis, regolare*”nin karşıt kavramıdır. İngilizcede *irregular* sıfatının karşılığı olarak “*irregular verbs*” (düzensiz fiiller), “*irregular plural noun*” (düzensiz çoğul isim), “*irregular adjectives*” (düzensiz sıfatlar), “*irregular employment*” (düzensiz istihdam), “*irregular economy*” (düzensiz ekonomi), “*irregular rhythm*” (düzensiz ritim) gibi kavramlarda “düzensiz” karşılığının kullanıldığı görülmektedir⁵⁰. Bu kullanımların çoğunda *irregular*, “olağan kullanımın dışında, olağan kuralların dışında, olağanın dışında” anlamını taşımakla birlikte Türkçeye “düzensiz” olarak çevrilmektedir. “Düzensiz” sıfatı için Türk Dil Kurumu’nun çevrim içi sözlüğünde “1. Düzeni bozuk, karışık olan; tertipsiz, ıttırsız, gayrimuntazam, gayrinizami, aritmik, 2. Düzeni olmayan; sistemsiz” karşılıkları verilmiştir⁵¹.

⁴⁵ <https://www.sozluk.gov.tr/> (Erişim tarihi: 03.12.2024).

⁴⁶ Ayverdi, C. 3, s. 3247, ayrıca bkz. <http://lugatim.com/s/usuls%C3%BCz> (Erişim tarihi: 03.12.2024).

47 Oxford Languages, https://www.google.com/search?q=usulsuz&ei=1qKmY7eqEMOTxc8PirSQ-A0&ved=0ahUKEwi37cfr1pH8AhXDSfEDHQaBN8Q4dUDCA8&uact=5&oq=usuls%3C%BCz&gs_lcp=CgXnd3Mtd2l6LXNlcnAAzIHCAAQgAQQDTIHCAAQgAQQDTIHCAAQgAQQDTIHCAAQgAQQDTIHCAAQgAQQDTIHCAAQgAQQDTIECAAQQzIHCAAQgAQQDTIHCAAQgAQQDTToKCAAQRxDWBBCwAzoFCAAQgAQ6BQguEIAEOggIABCABBCxAzoLCAAQgAQQsQMqgwE6CwguEIAEEMcBEK8BOgsILhCDARCxAxCABDoICC4QgAQQ1AI6BwgAELEDEEM6EQguEIAEELEDEIMBEMcBENEDOggIABCxAxCDAToKCAAQsQMqgwEQQzoECAAQAzolCC4QgAQQsQM6DgguEIAEELEDEIMBENQCSgQIQRGASgQIRhgAUKcHWPEjYN4laAJwAXgAgAGkAYgBrBCSAQQyLjE2mAEEAoAEbSAEEwAEB&scient=gws-wiz-serp (Erişim tarihi: 03.12.2024).

⁴⁸ Tebligatın unsurları olan yazılı bildirim ve belgelendirme unsurları tamam olduğu halde kanuna uygun olmayan bir tebliğ söz konusuysa, bunun usulsüz tebliğ olarak nitelendirildiği belirtilmektedir, bkz. Güneş, Derya Belgin. “Tebliğ Yokluğu”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 74, S. 1, 2016, s. 221-222.

⁴⁹ 213 sayılı Vergi Usul Kanunu’nun usulsüzlüğe ilişkin 351. maddesinde usulsüzlük, “vergi kanunlarının şekle ve usule müteallik hükümlerine riayet edilmemesi” şeklinde tanımlanmıştır.

⁵⁰ Buna karşın “*irregular judgement*” (usulsüz karar), “*irregular conduct*” (usule aykırı hareket), “*irregular process*” (usulsüz işlem) gibi kavramlarda *irregular* kelimesi “usulsüz” olarak çevrilmiştir. Kavramların Türkçe karşılıkları için www.tureng.com sitesinden yararlanılmıştır (Erişim tarihi: 03.12.2024).

⁵¹ <https://www.sozluk.gov.tr/> (Erişim tarihi: 20.11.2024); Ayverdi'nin eserinde düzensiz sıfatı “1. Belli bir düzeni olmayan, gayrimuntazam, gayrinizâmî; 2. Dağınık, gayrimuntazam, tertipsiz; 3. Düzeni bozuk, âhenksiz, akortsuz” şeklinde tanımlanmıştır, bkz. Ayverdi, İlhan. *Misalli Büyük Türkçe Sözlük (Kubbealtı Lugatı)*, C. 1, 2. Baskı, Kubbealtı Neşriyatı, İstanbul, 2006, s. 790 (C. 1), ayrıca bkz. <http://lugatim.com/s/d%C3%BCzensiz> (Erişim tarihi: 03.12.2024); Oxford sözlüğünde ise “hiçbir şeyi yerli yerinde bulunmayan, düzeni olmayan ya da düzeni bozuk olan, karışık, dağınık, düzgün bulunmayan.” açıklamaları yer almaktadır, bkz.

Kanaatimizce olağan saklama sözleşmesi ile *depositum irregulare* arasındaki farkı ortaya koymak bakımından “düzensiz saklama” kavramı “usulsüz saklama” kavramına göre nispeten daha uygun bir tercih gibi görünmekle birlikte yine de yanlış anlaşılmaya müsait bir kavramdır.

B. Doktrinin Yaklaşımı

Depositum irregulare kavramının karşılığı olarak eski Borçlar Kanunu’nda yer alan “usulsüz tevdi” tâbirinin bu kavramı iyi bir şekilde ifade etmediği belirtilmektedir⁵². İmre, “usulsüz tevdi” yerine “*depositum irregulare*”nin tam karşılığını oluşturan “gayri muntazam vedia” veya “karza (ödünce) benzeyen vedia” terimlerinin kullanılmasının daha yerinde olacağını ifade etmektedir⁵³. Bu sözleşme için “gayri muntazam vedia” ve “usulsüz tevdi”nin⁵⁴ yanı sıra “gayrialelade vedia”⁵⁵, “yolsuz tevdi”⁵⁶, “düzensiz saklatım”⁵⁷, “usulsüz veya düzensiz vedia”⁵⁸, “usulsüz vedia”⁵⁹, “düzensiz vedia”⁶⁰, “usulsüz saklama”⁶¹ ve “olağan dışı

https://www.google.com/search?q=duzensiz&ei=1qKmY7eqEMOTxc8PirSQ-A0&ved=0ahUKEWi37cfR1pH8AhXDSfEDHQaBN8Q4dUDCA8&uact=5&oq=usuls%C3%BCz&gs_lcp=CgXnd3Mtd2l6LXNlcnAQAzIHCAAQgAQQDTIHCAAQgAQQDTIHCAAQgAQQDTIHCAAQgAQQDTIHCAAQgAQQDTIHCAAQgAQQDTIECAAQQzIHCAAQgAQQDTIHCAAQgAQQDTToKCAAQRxDWBBCwAzoFCAAQgAQ6BQguEIAEOggIABCABBCxAzoLCAAQgAQQsQMqgwE6CwguEIAEEMcBEK8BOgsILhCDARCxAxCABDoICC4QgAQQ1AI6BwgAELEDEEM6EQguEIAEELEDEIMBEMcBENEDOggIABCxAxCDAToKCAAQsQMqgwEQQzoECAAAzoICC4QgAQQsQM6DgguEIAEELEDEIMBENQCSgQIQRGASgQIRhgAUKcHWPEjYN4lAJwAXgAgAGkAYgBrBCSAQQyLjE2mAEAoAEbSAEAYAEeWAEB&scient=gws-wiz-serp#dobs=d%C3%BCzensiz (Erişim tarihi: 03.12.2024).

⁵² İmre, Zahit. “Usulsüz Vedia Akdi (Türk-İsviçre, Alman ve Fransız Hukukları üzerine bir tetkik)”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 10, S. 1-2, 1944, s. 189, dn. 4; benzer şekilde bkz. Karaaslan, s. 100.

⁵³ İmre, s. 190, dn. 4’e ait metin; bununla birlikte İmre makalesinin gerek başlığında gerek metninde “usulsüz vedia” terimini kullanmayı tercih etmiştir.

⁵⁴ Tiftik, s. 79; De Soto, s. 42 vd.; Zevkliler, Aydın/Gökyayla, Emre K. *Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri*, 18. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2018, s. 395; Aydoğdu, Murat/Kahveci, Nalan. *Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri*, Gözden Geçirilmiş, Yenilenmiş ve Dipnotlu 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 734; Yavuz, Cevdet/Acar, Faruk/Özen, Burak. *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)*, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na göre Güncellenmiş ve Yenilenmiş 15. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2018, s. 762'de yer alan başlıkta misli şeylerin saklanması yanı sıra usulsüz tevdi terimine de yer verilmişken başlık altındaki açıklamalarda yalnızca misli şeylerin saklanması kavramı kullanılmıştır.

⁵⁵ Yarg. Ticaret Dairesi, 07.04.1944, E. 1943/2027, K. 1943/896, İmre, s. 190, dn. 4'ten naklen.

⁵⁶ Arsebük, Esat. *Borçlar Hukuku*, C. 2, Arkadaş Matbaası, İstanbul, 1943, s. 923.

⁵⁷ Velidedeoglu, Hıfzı Veldet/Özdemir, Refet. *Türk Borçlar Kanunu Şerhi (Genel-Özel)*, Yargıtay Yayınları, Ankara, 1987, s. 674.

⁵⁸ Tahiroğlu, s. 173.

⁵⁹ İmre, s. 191; Umur, 1999, s. 345, s. 346; Küçükgüngör, s. 119 vd., Küçükgüngör, konu başlığında usulsüz kelimesinin yanı sıra parantez içinde “gayrimuntazam, düzensiz” kelimelerine de yer vermiş olmakla birlikte metin içinde “usulsüz vedia” kavramını kullanmayı tercih etmiştir; Turan da eserlerinde “usulsüz vedia” kavramını kullanmaktadır, bkz. Turan, Fatih M. *İslam Hukuku Açısından Usulsüz Vedia*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Temel İslam Bilimleri Anabilim Dalı, Erzurum, 2004, s. 11 vd.; Turan, 2010, s. 405; aşağıda ayrıca değinileceği gibi yakın tarihli Yargıtay kararlarında daha çok “usulsüz tevdi” kavramı tercih edilmekle birlikte, bazı kararlarda Yargıtay’ın “usulsüz vedia” kavramını kullandığı görülmektedir, bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 29.11.2022, E. 2021/7570, K. 2022/8454; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 1.7.1999, E. 1998/9691, K. 1999/6031; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 1.7.1999, E. 1999/1095, K. 1999/6032; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 27.11.1989, E. 1989/7057, K. 1989/6640 (<https://lib.kazanci.com.tr/solt/yargitay/browse?q=%22usuls%C3%BCz+vedia%22&sort=tarih+desc>) (Erişim tarihi: 20.11.2024).

⁶⁰ Söğütlü, s. 444; Karaaslan, s. 99.

⁶¹ Şener, Oruç Hami. “Roma Hukukuyla Mukayeseli Olarak Modern Hukukta Saklama Sözleşmesinin Temel Özellikleri”, *Legal Banka ve Finans Hukuku Dergisi*, C. 8, S. 32, Prof. Dr. Ali Necip Ortan’a Armağan (1. Cilt), Legal Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 1030, s. 1031, s. 1072; Tamer, s. 163.

(usulsüz, düzensiz) tevdi”⁶² terimleri de kullanılmaktadır. *Depositum irregulare* karşılığı olarak farklı yazarlar tarafından çok sayıda farklı terimin kullanılması terim konusunda doktrinde bir birlik olmadığını göstermektedir⁶³.

C. Yargıtay'ın Yaklaşımı

Eski tarihli bazı Yargıtay kararlarında⁶⁴ “gayri muntazam vedia” teriminin kullanıldığı görülmektedir.

Yargıtay daha yeni tarihli kararlarında “usulsüz tevdi” terimini kullanmış ve Borçlar Kanunu’ndaki değişikliği kararlarında kullandığı terimlere yansıtmamıştır. Esasen yeni Borçlar Kanunu’ndaki “misli şeylerin saklanması” tâbiri de *depositum irregulare*’yi tam anlamıyla karşılamaktan uzaktır. Böyle olmakla birlikte, Yargıtay’ın yeni kararlarında da “usulsüz tevdi” teriminin kullanıldığı görülmektedir⁶⁵.

Doktrinde Eski Borçlar Kanunu’nda bu hukukî müessesenin bu şekilde adlandırılmış olmasının doğru olmadığı hususu dile getirilmiştir. Borçlar Kanunu’ndaki düzenleme değişmemiş olsaydı, “usulsüz tevdi” teriminin kullanılmaya devam edilmesi, kanundaki terminolojiye sadık kalmak gerekçesine dayandırılabilirdi. Kanundaki değişiklikten sonra bu gerekçenin geçerliliğinin kalmadığı, Yargıtay tarafından “usulsüz tevdi” teriminin kullanılmaya devam edilmesinin yerinde olmadığı ve bu terim yerine “olağan dışı saklama” veya “atipik saklama”, saklama yerine tevdi kelimesinin kullanılması tercih ediliyorsa “olağan dışı tevdi” veya “atipik tevdi” terimlerinden birinin kullanılmasının daha uygun olabileceği kanaatindeyiz.

IV. DEPOSITUM IRREGULARE İÇİN FARKLI ÜLKELERİN KANUNLARINDA KULLANILAN TERİMLER

Yukarıda belirtildiği gibi yeni Borçlar Kanunu’nda *depositum irregulare*’nin kelime olarak karşılığını vermenin tercih edilmediği, bunun yerine sözleşmeyi olağan saklama sözleşmesinden ayıran önemli bir özelliğinin vurgulanarak “misli şeylerin saklanması” (TBK md. 570) başlığının kullanıldığı görülmektedir.

Kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'nun *depositum irregulare*'ye ilişkin olan 481. maddesinin Almanca metninin⁶⁶ kenar başlığı da “*Die Hinterlegung vertretbarer Sachen*”

⁶² Aydoğdu, s. 14.

⁶³ Gürsel bu sözleşme için kullanılan terimlerde birlik olmamasının, sözleşmenin bünyesinin kolayca teşhis edilememesinden ileri geldiğini belirtmektedir, bkz. Gürsel, s. 79.

⁶⁴ Bkz. Yarg. Ticaret Dairesi, 07.04.1944, E. 1943/2027, K. 1943/896 sayılı kararı, İmre, s. 190, dn. 4'ten naklen.

⁶⁵ “Usulsüz tevdi” kavramının kullanıldığı kararlara örnek olarak bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 13.3.2024, E. 2023/3393, K. 2024/2069; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 14.3.2023, E. 2021/4893, K. 2023/1538; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 13.2.2023, E. 2021/5982, K. 2023/806; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 17.1.2023, E. 2022/5806, K. 2023/324 (<https://lib.kazanci.com.tr/solr/yargitay/browse?q=%22usuls%C3%BCz+tevdi%22&sort=tarih+desc>) (Erişim tarihi: 20.11.2024); benzer örnekler için bkz. Karaaslan, s. 101, dn. 505.

⁶⁶ *“B. Die Hinterlegung Vertretbarer Sachen*

Art. 481

Ist Geld mit der ausdrücklichen oder stillschweigenden Vereinbarung hinterlegt worden, dass der Aufbewahrer nicht dieselben Stücke, sondern nur die gleiche Geldsumme zurückzuerstatten habe, so geht Nutzen und Gefahr auf ihn über.

(misli şeylerin saklanması/misli şeylerin tevdi edilmesi) şeklindedir⁶⁷. Böylelikle 818 sayılı eski Borçlar Kanunu'nda *depositum irregulare*'nin karşılığı olarak kullanılmış olan “usulsüz tevdi” teriminin yol açtığı yanlış anlaşılmanın önüne geçilmiştir. Bu yaklaşım *depositum irregulare*'nin olağan saklama sözleşmesinden farkını ortaya koyması bakımından bir yönüyle olumlu olmakla birlikte müessesenin kavram olarak tam karşılığını vermekten uzak olması yönünden eleştirilebilir. Zira doktrinde de belirtildiği gibi misli şeylerin aynen iade edilmek üzere kapalı veya mühürlenmiş bir kutu ya da kese içine konularak olağan saklama sözleşmesi kapsamında kalacak şekilde saklanmak üzere bırakılması da olanak dâhilindedir⁶⁸. Dolayısıyla *depositum irregulare*'nin olağan saklama sözleşmesinden farklı olduğunu ortaya koyacak bir terimin kullanılmasının daha yerinde olacağı kanaatindeyiz⁶⁹. Kanunda “misli şeylerin saklanması” yerine bu sözleşmenin olağan saklama sözleşmesinden farklı olduğunu vurgulayan “olağan dışı saklama sözleşmesi” veya “atipik saklama sözleşmesi” terimlerinden birinin kullanılmasının daha uygun olabileceğini düşünüyoruz⁷⁰.

İsviçre Borçlar Kanunu'ndan farklı olarak Alman Medenî Kanunu'nda (*BGB § 700*) ise *depositum irregulare*'ye daha yakın bir karşılık olarak nitelendirilebilecek olan “*Unregelmäßiger Verwahrungsvertrag*” (düzensiz saklama (vedia) sözleşmesi) terimi kullanılmıştır⁷¹. Latince kökenli dillerin konuşulduğu ülkelerin kanunlarında *depositum irregulare*'ye çok benzeyen terimlerin kullanıldığı görülmektedir. Nitekim İsviçre Medenî Kanunu'nun Fransızca metninde *dépôt irrégulier*, İtalyan Medenî Kanunu'nda *deposito irregolare*⁷², Portekiz Medenî Kanunu'nda *depósito irregular*⁷³, Arjantin Medenî Kanunu'nda *depósito irregular*⁷⁴ terimlerine yer verilmiştir. Avusturya, Fransız ve İspanyol Medenî Kanunlarındaki durum aşağıda ayrıca ele alınacaktır.

2 Eine stillschweigende Vereinbarung in diesem Sinne ist zu vermuten, wenn die Geldsumme unversiegelt und unverschlossen übergeben wurde.

3 Werden andere vertretbare Sachen oder Wertpapiere hinterlegt, so darf der Aufbewahrer über die Gegenstände nur verfügen, wenn ihm diese Befugnis vom Hinterleger ausdrücklich eingeräumt worden ist.”, Türkçe metin için bkz. TBK md. 570 (bkz. yuk. dn. 36).

⁶⁷ İsviçre Borçlar Kanunu'nun Almanca metni için bkz. https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/27/317_321_377/de (Erişim tarihi: 03.12.2024); İsviçre Borçlar Kanunu'nda 481. maddenin Fransızca metninin kenar başlığı “*Dépôt irrégulier*”; İtalyanca metninin kenar başlığı “*Deposito di denaro e di altre cose fungibili*” (para ve diğer misli şeylerin saklanması); İngilizce çevirisinin kenar başlığı ise Almanca metnindekine paralel olarak “*Bailment of fungibles*” (misli şeylerin saklanması/misli şeylerin tevdi edilmesi) şeklindedir; Fransızca metin için bkz. https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/27/317_321_377/fr (Erişim tarihi: 03.12.2024); İtalyanca metin için bkz. https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/27/317_321_377/it (Erişim tarihi: 03.12.2024); İngilizce metin için bkz. https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/27/317_321_377/en (Erişim tarihi: 03.12.2024).

⁶⁸ Karaaslan, s. 101.

⁶⁹ Aynı yönde bkz. Karaaslan, s. 101.

⁷⁰ Karaaslan çalışmasında daha çok *depositum irregulare* terimine yer vermeyi tercih etmekle birlikte, “usulsüz vedia” terimi yerine “düzensiz vedia” veya “olağandışı vedia” terimlerinin kullanılmasının daha uygun olacağını belirtmiş, çalışmasının gerek başlığında gerek metninde “düzensiz vedia” terimini kullanmayı tercih etmiştir, bkz. Karaaslan, s. 2, s. 99, s. 100, s. 122, s. 123, s. 134, s. 152, s. 154, s. 158, s. 173, dn. 768, s. 179, dn. 791, s. 182, s. 206.

⁷¹ § 700 *Unregelmäßiger Verwahrungsvertrag*, madde metni için bkz. aşı. V.

⁷² Art. 1782. (*Deposito irregolare*), madde metni için bkz. aşı. V.

⁷³ *Depósito irregular-ARTIGO 1205º*, madde metni için bkz. aşı. V.

⁷⁴ *Depósito irregular-ARTICULO 1367*, madde metni için bkz. aşı. V.

V. ROMANİST HUKUK GELENEĞİNİ TAKİP EDEN MUHTELİF ÜLKELERİN KANUNLARINDA *DEPOSITUM IRREGULARE*'YE İLİŞKİN HÜKÜMLER

Saklayanın iade borcunun kapsamının cins borcu teşkil ettiği *depositum irregulare*'nin bir saklama sözleşmesi niteliği mi taşıdığı yoksa başka bir sözleşme tipi olarak mı değerlendirilmesi gerektiği sorusu doktrinde ve muhtelif ülkelerin kanunlarında farklı şekillerde cevaplandırılmıştır⁷⁵.

Ele alacağımız farklı ülkelerin kanunlarında yer alan düzenlemeleri incelemeye geçmeden önce, bu ülkelerin kanunlarında yer alan hükümlerle kısmen de olsa benzerlik gösterdiği kanaatinde olduğumuz, Klâsik Dönem hukukçuları *Ulpianus*'a ve *Paulus*'a ait olan metinlere burada yer vermenin faydalı olacağını düşünüyoruz⁷⁶:

*D.12.1.9.9 (Ulpianus libro 26 ad ed.): "Deposui apud te decem, postea permisi tibi uti: nerva proculus etiam antequam moveantur, condicere quasi mutua tibi haec posse aiunt, et est verum, ut et Marcello videtur: animo enim coepit possidere. ergo transit periculum ad eum, qui mutuam rogavit et poterit ei condici."'*⁷⁷

"Sana saklaman için 10 bıraktım, sonra bunları kullanmana izin verdim: *Nerva* ve *Proculus* onların (paraların) yerleri değiştirilmeden⁷⁸ önce bile bunlar için, *mutuum*'da olduğu gibi, bir *condictio* açılabilirliğini savunurlar ve bu doğrudur ve *Marcellus*'a göre de böyledir; çünkü niyet zilyetliği başlatmıştır. Bu nedenle hasar da ödücü isteyene geçer ve ona karşı *condictio* açılabilir."

D.12.1.10 (Ulpianus libro 2 ad ed.): "Quod si ab initio, cum deponerem, uti tibi si voles permisero, creditam non esse antequam mota sit, quoniam debitu iri non est certum."

"Diğer yandan (parayı) sana bıraktığımda, baştan itibaren onu istediğin zaman

⁷⁵ Gautschi, Georg. *Berner Kommentar: Obligationenrecht, Bd. VI, Art. 425 – 491 OR (Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, 2. Abteilung Die Einzelnen Vertragsverhältnisse, 6. Teilband-Besondere Auftrags- und Geschäftsführungsverhältnisse sowie Hinterlegung)*, Verlag Stämpfli & Cie, Bern, 1962, s. 698.

⁷⁶ Bu başlık altında yalnızca konu ile doğrudan bağlantılı olduğunu düşündüğümüz metinlere yer vermiş olmakla birlikte, *Digesta*'da yer alan ve *depositum irregulare* ile ilişkilendirilen metinlerin burada ele aldıklarımızdan ibaret olmadığını belirtmekte yarar görüyoruz. Söz konusu metinlerle ilgili olarak bkz. Niemeyer, s. 5 vd.; Bürge, s. 538 vd.; Küçükgüngör, s. 124 vd.; Collins/Walsh, s. 188 vd.; De Soto, s. 62 vd.; Karaaslan, s. 110 vd.

⁷⁷ Çalışmamızda *Digesta*'dan yapılan alıntılarda ve çevirilerde yararlanılan kaynaklar: Otto, Carl Eduard/Schilling, Bruno/Sintenis, Carl Friedrich Ferdinand. *Das Corpus Juris Civilis in's Deutsche Übersetzt von einem Vereine Rechtsgelehrter*, Verlag von Carl Focke, Bd. II, Leipzig, 1831; Watson, Alan. *The Digest of Justinian*, vol. I, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1998; Behrends, Okko/Knütel, Rolf/Kupisch, Berthold/Seiler, Hans Hermann. *Corpus Iuris Civilis, Text und Übersetzung, auf der Grundlage der von Theodor Mommsen und Paul Krüger besorgten Textausgaben*, Bd. III (11-20), C.F. Müller juristischer Verlag, Heidelberg, 1999.

⁷⁸ Latince metindeki "*moveantur*" kelimesi, paraların saklanmak üzere bırakan ile saklayan arasında karşılıklı olarak el değiştirmesini ifade etmek için kullanılmıştır. Paraları saklamak üzere alan başlangıçta sadece *detentor* iken, bunları kullanmasına saklatan tarafından izin verildikten sonra bir sözleşme ile zilyetliğin ve mülkiyetin devri üzerinde mutabakata varılmış ve tüketim ödücü sözleşmesinin kurulmuş olduğu ve mülkiyetin saklayana geçmesi için bu anlaşmanın yeterli olacağı kabul edilmiştir. Bu, "kısa elden teslim" (*traditio brevi manu*) olarak nitelendirilmektedir. İlgili açıklamalar için bkz. Otto/Schilling/Sintenis, s. 10, dn. 10 (*Digesta*'nın 12. kitabını Latince'den Almancaya çev.: Schneider, Robert M.).

kullanmana izin vermişsem, (para) kullanılmadan⁷⁹ önce ödünç verilmiş olmaz, çünkü borcun doğup doğmayacağı belli değildir.”

D.16.3.1.34 (Ulpianus libro 30 ad ed.): “Si pecunia apud te ab initio hac lege deposita sit, ut si voluisses uteris, prius quam utaris depositi teneberis.”

“Para, sana baştan beri onu istediğin zaman kullanabileceğin kaydıyla saklaman için bırakıldıysa, onu kullanmadan önce *actio depositi* ile sorumlu olursun.”

*Coll.*⁸⁰ 10.7.9 (*Paulus Sententiae* 2.12.9)⁸¹: “*Si pecuniam deposuero eaque uti tibi permisero, mutua magis videtur quam deposita, ac per hoc periculo tuo erit.*”

“Eğer sana saklaman için para bırakır ve bunları kullanmana izin verirsem, (bu) saklama sözleşmesinden çok tüketim öduncü sözleşmesi olarak görülür ve bu nedenle hasar sana ait olur.”

İlgili metinlere göre bir miktar para olağan bir saklama sözleşmesi kapsamında saklanmak üzere bırakıldığında, paranın kullanılmasına baştan itibaren veya sonradan izin verilmesi durumunda, *Ulpianus*’a göre para saklayan tarafından kullanıldıktan itibaren, *Paulus*’a göre kullanma izni verildikten itibaren sözleşme artık bir saklama sözleşmesi olma niteliğini yitirecek ve bir tüketim öduncü sözleşmesi (*mutuum*) olarak kabul edilecektir. Aşağıda değineceğimiz gibi farklı ülkelerin kanunlarındaki düzenlemelerde de bu iki görüşte ifade edilenlere benzeyen hükümlerin yer aldığı görülebilecektir. Bu metinlerle söz konusu kanun hükümleri arasındaki fark ise metinlerde başlangıçta kurulan sözleşme olağan bir saklama sözleşmesi iken günümüzde çoğu ülkede para veya diğer mislî şeylerin kullanma yetkisi tanınarak bırakılması durumunda bu sözleşmeye tüketim öduncü hükümlerinin uygulanacağı öngörülmüş olsa bile sözleşmenin olağan bir saklama sözleşmesi olarak görülmeyip *depositum irregulare* olarak nitelendirilmiş olmasıdır.

Alman, İtalyan ve Portekiz Medenî Kanunlarında düzensiz saklama sözleşmesine yer verilmekle beraber bu sözleşme için tüketim öduncü sözleşmesine ilişkin kuralların uygulanacağı hükme bağlanmıştır. Alman Medenî Kanunu’nda *depositum irregulare*’ye “düzensiz saklama sözleşmesi” başlığı altında saklama sözleşmesini düzenleyen hükümler arasında yer verilmiştir⁸² ve kanun bu müesseseyi kabul etmektedir. Bununla birlikte kanunda

⁷⁹ Bu metinde de bir önceki metinde olduğu gibi paranın “elden çıkarılması” veya “yerinin değiştirilmesi” şeklinde çevrilebilecek olan “*movere*” fiili geçmektedir (“*mota sit*”). Bir önceki metinden farklı olarak burada “paranın yerinin değiştirilmesi” ile kastedilen paranın kullanılması veya harcanmasıdır, bu nedenle “*mota sit*” tâbirinin birebir karşılığını vermek yerine kastedilen asıl anlamı yansıtan “kullanma” fiiline yer vermeyi tercih ettik, bu yönde bkz. Otto/Schilling/Sintenis, s. 11, dn. 11.

⁸⁰ *Mosaicarum et Romanorum Legum Collatio*, <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Responsa/collatio.htm#10> (Erişim tarihi: 03.12.2024).

⁸¹ *Fontes Iuris Romani Antejustiniani, Pars Altera*, ed. Johannes Baviera, S.A.G. Barbera, Florentiae, 1940, s. 340.

⁸² “§ 700 *Unregelmäßiger Verwahrungsvertrag*

(1) Werden vertretbare Sachen in der Art hinterlegt, dass das Eigentum auf den Verwahrer übergehen und dieser verpflichtet sein soll, Sachen von gleicher Art, Güte und Menge zurückzugewähren, so finden bei Geld die Vorschriften über den Darlehensvertrag, bei anderen Sachen die Vorschriften über den Sachdarlehensvertrag Anwendung. Gestattet der Hinterleger dem Verwahrer, hinterlegte vertretbare Sachen zu verbrauchen, so finden bei Geld die Vorschriften über den Darlehensvertrag, bei anderen Sachen die Vorschriften über den Sachdarlehensvertrag von dem Zeitpunkt an Anwendung, in welchem der Verwahrer sich die Sachen aneignet. In

düzensiz saklama sözleşmesi için tüketim öduncü sözleşmesine ilişkin kuralların uygulanacağı kabul edilmiştir⁸³. İade zamanı ve yeri ile ilgili olarak ise tereddüt hâlinde saklama sözleşmesi hükümlerinin uygulanması öngörülmüştür.

İtalyan Medenî Kanunu'nun *depositum irregulare*'yi düzenleyen 1782. maddesine göre saklanmak üzere para veya başka mislî şeylerin verilmesi ve saklayana bunları kullanma yetkisinin tanınması durumunda, saklayan aldığı para veya diğer mislî eşyanın mülkiyetini kazanır ve aynı miktar ve kalitede şeyleri iade etmekle yükümlüdür. Saklama sözleşmesinin bu şekilde yapılması hâlinde, sözleşmenin mahiyetine uygun düştüğü ölçüde (veya uygulanabilir olduğu ölçüde), tüketim öduncüne ilişkin kuralların uygulanacağı hükme bağlanmıştır⁸⁴. Başka bir ifadeyle İtalyan Medenî Kanunu'nda da *depositum irregulare* ile tüketim öduncü arasında bir fark gözetilmediği söylenebilir⁸⁵.

Depositum irregulare'ye ilişkin hükümlerin yer aldığı Portekiz Medenî Kanunu'nun 1205 ve 1206. maddelerine göre konusu mislî eşya olan saklama sözleşmesi olağan dışı veya atipik saklama sözleşmesi olarak nitelendirilir. Alman ve İtalyan Medeni Kanunlarındaki düzenlemelere benzer şekilde Portekiz Medenî Kanunu'na göre de olağan dışı saklama sözleşmesi için (mümkün olduğunca) tüketim öduncü sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulanması öngörülmüştür⁸⁶.

beiden Fällen bestimmen sich jedoch Zeit und Ort der Rückgabe im Zweifel nach den Vorschriften über den Verwahrungsvertrag."

"§ 700 Düzensiz Saklama Sözleşmesi

(1) Mislî şeyler, mülkiyet saklayana geçecek ve saklayan aynı cins, nitelik ve miktarda şeyleri geri vermeyi üstlenecek şekilde emaneten tevdi edildiğinde, saklanmak üzere bırakılan şey para ise tüketim öduncüne, paradan başka bir şeyse mislî mal öduncüne ilişkin hükümler uygulanır. Saklatan, saklayanın tevdi edilen mislî şeyleri tüketmesine izin veriyse, saklayanın şeyleri kendisine mal ettiği andan itibaren para için tüketim öduncüne, (para dışındaki) diğer şeyler için mislî mal öduncüne ilişkin hükümler uygulanır. Ancak tereddüt hâlinde iade zamanı ve yeri her iki durumda da saklama sözleşmesi hükümlerine göre belirlenir."

⁸³ Gierke, "düzensiz saklama sözleşme"sine tüketim öduncüne ilişkin hükümlerin uygulanmasının sözleşmeyi bir tüketim öduncü sözleşmesine dönüştürmeyeceğini vurgulamaktadır, bkz. Gierke, Otto von. *Deutsches Privatrecht*, Bd. 3, Verlag von Duncker & Humblot, München und Leipzig, 1917, s. 737, dn. 54.

⁸⁴ "Art. 1782. (*Deposito irregolare*). Se il deposito ha per oggetto una quantita' di danaro o di altre cose fungibili, con facoltà per il depositario di servirsene, questi ne acquista la proprietà ed e' tenuto a restituirne altrettante della stessa specie e qualità'.

In tal caso si osservano, in quanto applicabili, le norme relative al mutuo."

⁸⁵ Gautschi, s. 698-699.

⁸⁶ "*Depósito irregular-ARTIGO 1205º (Noção): Diz-se irregular o depósito que tem por objecto coisas fungíveis.*

ARTIGO 1206º (Regime): Consideram-se aplicáveis ao depósito irregular, na medida do possível, as normas relativas ao contrato de mútuo." Portekiz Medenî Kanunu'nda olduğu gibi Brezilya Medenî Kanunu'nda da saklayanın aynı cins, nitelik ve miktardaki şeyleri iade etmeyi taahhüt ettiği mislî şeylerin saklanması sözleşmesinin, tüketim öduncü hükümlerine tâbi olacağı öngörülmüştür. Ancak Portekiz Medenî Kanunu'ndan farklı olarak Brezilya Medenî Kanunu'nda *depositum irregulare*'yi karşılayacak "*depósito irregular*" gibi bir kavrama yer verilmemiş olup yalnızca mislî şeylerin saklanmasından bahsedilmiş olduğu görülmektedir: "*Art. 645. O depósito de coisas fungíveis, em que o depositário se obriga a restituir objetos do mesmo gênero, qualidade e quantidade, regular-se-á pelo disposto acerca do mútuo."* (Portekizce metinlerin çevirisinde online çeviri uygulamalarından yararlanılmıştır. Portekiz Medenî Kanunu için bkz.: [143](https://www.deepl.com/tr/translator#pt/tr/Dep%C3%B3sito%20irregular-ARTIGO%201205%C2%BA%20(No%C3%A7%C3%A3o)%3A%20Diz-se%20irregular%20o%20que%20tem%20por%20objecto%20coisas%20fung%C3%ADveis%20ARTIGO%201206%C2%BA%20(Regime)%3A%20Consideram-se%20aplic%C3%A1veis%20ao%20dep%C3%B3sito%20irregular%20na%20medida%20do%20poss%C3%ADvel%20as%20normas%20relativas%20ao%20contrato%20de%20m%C3%BAtuo.%E2%80%9D; Brezilya</p></div><div data-bbox=)

Fransız Medenî Kanunu'nun 1915 ve 1932. maddelerine⁸⁷ göre saklama sözleşmesinin konusu para veya mislî bir şey olsa bile, saklayanın iade borcu daima bir parça borcu niteliği taşımak zorunda olduğu için *depositum irregulare* Fransız hukukunda kendine yer bulamamıştır ve bu hukuk sistemine yabancı bir müessesedir⁸⁸.

Avusturya Medenî Kanunu'nun 959. maddesine göre (*ABGB § 959*) saklayanın kendi talebi veya saklatanın teklifi üzerine, saklayana saklanan şeyi kullanma izni verilirse, saklayanın talebi üzerine bu durum gerçekleştiğinde saklatanın onay verdiği andan, bunu saklatanın teklif etmesi halinde ise teklif saklayan tarafından kabul edildiği veya bırakılan şeyden fiilen yararlanma başladığı andan itibaren sözleşme saklama sözleşmesi olma niteliğini yitirir. Böyle bir durumda saklanan şey tüketilebilen bir şeyse sözleşme tüketim ödöncü sözleşmesine, tüketilemeyen bir şeyse kullanım ödöncü sözleşmesine dönüşmüş sayılır ve bu sözleşmelere ilişkin hükümler uygulanır⁸⁹. Avusturya Medenî Kanunu'nda mislî şeyin saklanmak üzere bırakılmasından bahsedilmemekte ve *depositum irregulare*'yi karşılayacak bir terim de geçmemektedir. Kanunda yer almamakla birlikte Avusturya hukuk uygulamasında *depositum irregulare*'nin kabul edildiği belirtilmektedir⁹⁰.

İspanyol⁹¹ Medenî Kanunu'ndaki düzenlemede mislî şey kavramı veya *depositum*

Medenî	Kanunu	için	bkz.:
https://www.deepl.com/tr/translator#pt/tr/Art.%20645.%20O%20dep%C3%B3sito%20de%20coisas%20fung%C3%ADveis%2C%20em%20que%20o%20deposit%C3%A1rio%20se%20obrigue%20a%20restituir%20objetos%20do%20mesmo%20g%C3%AAnero%2C%20qualidade%20e%20quantidade%2C%20regular-se-%C3%A1%20pelo%20disposto%20acerca%20do%20m%C3%BAtu%C3%A9%2080%9D			
			(Erişim tarihi: 03.12.2024).

⁸⁷ “**Article 1915** Le dépôt, en général, est un acte par lequel on reçoit la chose d'autrui, à la charge de la garder et de la restituer en nature.”

“**Madde 1915** Kural olarak saklama (sözleşmesi), bir kimsenin başkasına ait bir şeyi saklamak ve aynen iade etmek kaydıyla (teslim) aldığı bir (hukukî) işlemidir.”

“**Article 1932** Le depositaire doit rendre identiquement la chose même qu'il a reçue.

Ainsi, le dépôt des sommes monnayées doit être rendu dans les mêmes espèces qu'il a été fait, soit dans le cas d'augmentation, soit dans le cas de diminution de leur valeur.”

“**Madde 1932** Saklayan aldığı şeyi aynen iade etmek zorundadır.

Bu nedenle bir miktar para saklanmak üzere bırakıldığında, değeri artmış olsa da azalmış olsa da bırakılmış olan paraların aynen iade edilmesi gerekir.”

Söz konusu metinlerin çevirisinde <https://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Codigo-Civil-Frances-French-Civil-Code-english-version.pdf> ve <https://www.wipo.int/wipolex/en/text/450530> adreslerinde yer alan İngilizce çevirilerden yararlanılmıştır (Erişim tarihi: 03.12.2024).

⁸⁸ Geiger, s. 57; Gautschi, s. 698.

⁸⁹ “**ABGB § 959 Wann er (Verwahrungsvertrag) in einen Darlehens- oder Leihvertrag (übergehe):** Wird dem Verwahrer auf sein Verlangen oder durch freiwilliges Anerbieten des Hinterlegers der Gebrauch gestattet, so hört im ersten Falle der Vertrag gleich nach der Verwilligung, im zweiten aber von dem Augenblicke, da das Anerbieten angenommen oder von der hinterlegten Sache wirklich Gebrauch gemacht worden ist, auf, ein Verwahrungsvertrag zu sein; er wird bei verbrauchbaren Sachen in einen Darlehens-, bei unverbrauchbaren in einen Leihvertrag umgeändert, und es treten die damit verbundenen Rechte und Pflichten ein.”

⁹⁰ Gautschi, s. 698.

⁹¹ İspanyol Medenî Kanunu'nun 1768. maddesine göre saklayan saklamak üzere aldığı şey üzerinde tasarrufta bulunma veya onu kullanma iznine sahipse, sözleşme saklama sözleşmesi niteliğini kaybeder ve bir tüketim ya da kullanım ödöncü sözleşmesi sayılır. Aynı maddenin ikinci fıkrasında böyle bir iznin bulunduğu var sayılmayacağı ve iznin varlığının ayrıca ispatlanmasının gerektiği hükme bağlanmıştır. Aynı kanunun 1770. maddesinin ikinci fıkrasına göre, saklanmak üzere bırakılan şeyin para olması durumunda saklayan için vekâlet sözleşmesinde vekilin faiz ödeme yükümlülüğüne ilişkin 1724. maddenin uygulanacağı öngörülmüştür (“**Artículo 1768.** Cuando el depositario tiene permiso para servirse o usar de la cosa depositada, el contrato pierde el concepto de depósito y se convierte en préstamo o comodato.”

irregulare'yi karşılayacak bir terim geçmemektedir. Bu kanun uyarınca saklayana saklanmak üzere bırakılan şeyi kullanma izni verildiyse sözleşmenin saklama sözleşmesi olma niteliğini kaybedeceği ve kullanma veya tüketim ödöncü sözleşmesi sayılacağı hükme bağlanmıştır⁹².

Arjantin Medenî Kanunu'nun 1367. maddesine göre bir miktar mislî şey kapalı bir çanta veya kese içine konulmaksızın saklanmak üzere verildiğinde, saklatan vermiş olduğu şeylerin kullanılmasına izin vermemiş veya bunu yasaklamış olsa bile verilen şeyin mülkiyeti saklayana geçer. Saklayan (bunları kullanırsa) aynı nitelik ve miktardaki şeyi geri vermek zorundadır. Bir miktar mislî şey saklayana kullanma yetkisi tanınarak verildiğinde ise tüketim ödöncüne ilişkin hükümler uygulanacaktır⁹³.

Yukarıda belirtilmiş olduğu gibi İsviçre ve onu kaynak alan Türk Borçlar Kanunlarında *depositum irregulare*, mislî şeylerin saklanması başlığı altında düzenlenmiş ve ilgili hükme saklama sözleşmesine yönelik hükümler arasında yer verilmiştir. Ayrıca bu kanunlardaki söz konusu hükümlerde, Almanya, İtalya ve Portekiz gibi ölkelerin kanunlarında görölen örneklerin aksine, mislî şeylerin saklanmak üzere bırakılmış olması durumunda tüketim ödöncü

El permiso no se presume, debiendo probarse su existencia. Artículo 1770/2. Consistiendo el depósito en dinero, se aplicará al depositario lo dispuesto respecto al mandatario en el artículo 1.724. ”). Söz konusu metinlere ilişkin olarak

[https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/DocumentacionPublicaciones/Documents/Spanish_Civil_Code_\(Codigo_Civil_Espanol\).PDF](https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/DocumentacionPublicaciones/Documents/Spanish_Civil_Code_(Codigo_Civil_Espanol).PDF) adresinde yer alan İngilizce çeviriden yararlanılmıştır (Erişim tarihi: 03.12.2024).

⁹² Kanundaki düzenlemeye eleştirel bir yaklaşım ve İspanyol hukukunda *depositum irregulare* ile tüketim ödöncü sözleşmesinin farklı nitelikte olduğunun kabul edilmesi gerektiğini ileri süren görüşler için bkz. De Soto, s. 149 vd.

⁹³ “**Depósito irregular-ARTICULO 1367.- Efectos.** Si se entrega una cantidad de cosas fungibles, que no se encuentra en saco cerrado, se transmite el dominio de las cosas aunque el depositante no haya autorizado su uso o lo haya prohibido. El depositario debe restituir la misma calidad y cantidad.

Si se entrega una cantidad de cosas fungibles, y el depositario tiene la facultad de servirse de ellas, se aplican las reglas del mutuo.” (İspanyolca metnin çevirisinde online çeviri uygulamalarından yararlanılmıştır:

<https://www.deepl.com/tr/translator#es/tr/Dep%C3%B3sito%20irregular-ARTICULO%201367.-%20Efectos.%20Si%20se%20entrega%20una%20cantidad%20de%20cosas%20fungibles%2C%20que%20no%20se%20encuentra%20en%20saco%20cerrado%2C%20se%20transmite%20el%20dominio%20de%20las%20cosas%20aunque%20el%20depositante%20no%20haya%20autorizado%20su%20uso%20o%20lo%20haya%20prohibido.%20El%20depositario%20debe%20restituir%20la%20misma%20calidad%20y%20cantidad.%20ASi%20se%20entrega%20una%20cantidad%20de%20cosas%20fungibles%2C%20y%20el%20depositario%20tiene%20la%20facultad%20de%20servirse%20de%20ellas%2C%20se%20aplican%20las%20reglas%20del%20mutuo.%20E2%80%9D> (Erişim tarihi: 03.12.2024).

sözleşmesi hükümlerinin uygulanması gerektiğine⁹⁴ dair bir düzenleme de yer almamaktadır⁹⁵. Böylelikle İsviçre ve Türk hukuklarında *depositum irregulare* ile tüketim ödücü sözleşmesi arasında fark gözetilmiş⁹⁶ ve Romanist hukuk geleneğini takip eden farklı kanunlarda kabul edilmiş olan *depositum irregulare* için tüketim ödücü sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulanacağına dair yaklaşım benimsenmemiştir.

SONUÇ

Depositum irregulare, bu şekilde adlandırılmış olması dâhil olmak üzere pek çok yönden tartışmalara konu olmuş, kendisiyle ilgili birçok husus henüz net olarak açığa kavuşturulamamış olan, Roma hukukundaki en tartışmalı hukukî müesseselerden biridir. Bu çalışmada söz konusu tartışmaların tamamına değinilmemiş, konu daha çok Türk hukukunda sözleşme için kullanılan terimler ve farklı ülkelerin kanunlarında yer alan hükümlerle Romalı hukukçulara ait bazı metinlerde yer alan açıklamaların taşıdığı benzerlikler bakımından ele alınmıştır.

Bir miktar paranın veya diğer misli şeylerin kapalı veya mühürlenmiş bir kutu ya da kese içine konulmaksızın açık olarak ve mülkiyeti saklayana geçip aynen değil aynı cins ve miktarda iade edilecek şekilde saklanmak üzere verilmesini ifade eden *depositum irregulare*, müessese

⁹⁴ Bununla birlikte İsviçre Borçlar Kanunu'nun Walther Munzinger tarafından 1870/71 yıllarında kaleme alınmış olan ilk tasarısında (md. 512) saklanacak şeyin aynen değil aynı miktar ve nitelikte olacak şekilde iade edilmek üzere tevdi edilmesi hâlinde sözleşmenin tüketim ödücü olarak nitelendirileceği hükme bağlanmıştı, *Schweizerisches Obligationenrecht, Entwurf*, s. 202 (https://play.google.com/books/reader?id=sJZqiJeAi48C&pg=GBS.PA202&hl=en_IE) (Erişim tarihi: 03.12.2024); Schneider, Albert/Fick, Heinrich. *Das schweizerische Obligationenrecht samt den Bestimmungen des Bundesgesetzes betreffend die persönliche Handlungsfähigkeit mit allgemeinfasslichen Erläuterungen*, Schultess, Zürich, 1893, s. 586; Niemeyer, s. 163, dn. 8; Munzinger'in hazırlamış olduğu ilk tasarı hakkında bkz. Bucher, Eugen. "Der Weg zu einem einheitlichen Zivilgesetzbuch der Schweiz", *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, Bd. 72, H. 4, 2008, s. 671 vd.; daha sonra Munzinger'in tasarısı esas alınarak Heinrich Fick tarafından hazırlanmış ve bir komisyon tarafından gözden geçirilmiş 1877 tarihli tasarıda da paranın saklayana, aynen değil aynı miktarda olacak şekilde iade etmesi kararlaştırılmak suretiyle tevdi edilmesi durumunda sözleşmenin tüketim ödücü sözleşmesi sayılacağı hükme bağlanmıştı (md. 492). Bununla birlikte bu tasarıdaki aynı maddenin devamında ifa yeri, faiz ve tüketim ödücünde ödünç alan lehine öngörülmüş olan 6 haftalık iade süresine ait hükümlerin bu sözleşmeye uygulanmayacağı belirtilmişti, bkz. Kommission. *Entwurf 1877, Schweizerisches Obligationenrecht mit Einschluss des Handels – und Wechselrechtes, Entwurf bearbeitet nach den Beschlüssen einer Kommission vom 16. bis 21. Mai 1876 und vom 18. September bis 7. Oktober 1876, Bern, 1877*, s. 208 (https://books.google.com.tr/books?id=RCMYAAAAAYAAJ&printsec=frontcover&hl=tr&source=gbs_ge_summ ary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false) (Erişim tarihi: 03.12.2024).

⁹⁵ 1879 tarihinde hazırlanmış bir başka tasarı, İsviçre Borçlar Kanunu'nda hâlihazırda yürürlükte olan düzenlemeye dayanak teşkil etmiş ve misli şeylerin saklanmak üzere bırakılması durumunda bunun tüketim ödücü sayılacağı kuralından vazgeçilerek, bu durumda yarar ve hasarın saklayana geçeceği belirtilmekle yetinilmiştir (md. 492), bkz. Kommission. *Entwurf 1879, Schweizerisches Obligationen – und Handelsrecht, (Art. 64 der Bundesverfassung), Entwurf des eidgenöss. Justiz – und Polizei-Departements, bearbeitet auf Grundlage der Berathungen und Beschlüsse einer Kommission, Bern, Juli 1879*, s. 151 (https://www.google.com.tr/books/edition/Schweizerisches_Obligationen_und_Handels/0aEJRutJ7LUC?hl=tr&gbpv=1&dq=Entwurf+1879,+Schweizerisches+Obligationen+%E2%80%93+und+Handelsrecht,+Art.+64+der+Bundesverfassung,+Entwurf+des+eidgen%C3%B6ss.+Justiz+%E2%80%93+und+Polizei-Departements,+bearbeitet+auf+Grundlage+der+Berathungen+und+Beschl%C3%BCsse+einer+Kommission,+Be rn,+Juli++1879&pg=PP3&printsec=frontcover) (Erişim tarihi: 03.12.2024).

⁹⁶ Schneider/Fick, s. 586'da *depositum irregulare*'de sözleşmeden yarar sağlayan parayı veren iken tüketim ödücü sözleşmesinde sözleşmenin parayı alan yararına yapıldığı ve bu nedenle sözleşmeye kural olarak saklama sözleşmesine yönelik hükümlerin uygulanması gerektiği belirtilmekte ve bu iki sözleşme arasında gözetilen ayırım bu gerekçeye dayandırılmaktadır.

olarak bilinse bile, kavram bu şekliyle antik çağ Roma hukukçuları tarafından kullanılmamış ve *Iustinianus* Dönemi'nden (M.S. 527-565) dokuz yüz yıldan fazla bir süre geçtikten sonra ortaya çıkmıştır. Kavramın İtalya'da benimsenmiş olduğu ancak Almanya'da kullanımının yaygınlaşmasının 19. yüzyıldan itibaren gerçekleştiği belirtilmektedir.

Sözleşme tartışmalı bir yapıya sahip olmakla birlikte Romanist hukuk geleneğinden etkilenmiş pek çok kanunda düzenleme konusu olmuştur. İsviçre ve Türk Borçlar Kanunlarında da kendine yer bulmuş olan *depositum irregulare*, 818 sayılı eski Borçlar Kanunu'nda vedia sözleşmesini düzenleyen hükümler arasında “usulsüz tevdi” başlığı altında yer almaktaydı. Bu terim doktrinde eleştirilmiş ve yerine daha uygun bir terimin kullanılması yönünde öneriler getirilmiş olmakla birlikte, sözleşmenin yapısı nedeniyle terim konusunda doktrinde halen bir birliğin bulunmadığı görülmektedir. Yeni tarihli pek çok Yargıtay kararında da eski kanunda yer alan ve eleştirilmiş olan “usulsüz tevdi” terimi halen kullanılmaktadır. Her ne kadar 6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanunu'nda kullanılan “misli şeylerin saklanması” tâbiri, “usulsüz tevdi” teriminden daha tercih edilebilir olsa da sözleşmenin mahiyetini tam olarak yansıtmadığı gerekçesiyle eleştirilebilir, zira misli şeylerin olağan saklama sözleşmesine konu olacak şekilde saklanmak üzere bırakılması da olanak dâhilindedir. Dolayısıyla hem kanunda hem de Yargıtay kararlarında “usulsüz tevdi” veya “misli şeylerin saklanması” yerine müessesenin mahiyetini daha iyi yansıttığını düşündüğümüz “olağan dışı saklama” veya “atipik saklama”, eğer Yargıtay tarafından saklama yerine tevdi kelimesinin kullanılması tercih ediliyorsa “olağan dışı tevdi” veya “atipik tevdi” terimlerinden birinin kullanılmasının daha uygun olabileceği kanaatindeyiz.

Depositum irregulare'nin Klâsik Hukuk Dönemi'nde tanınıp tanınmadığı ile ilgili tartışmalar bir kenara bırakılacak olursa sözleşme ile ilişkilendirilebilecek Klâsik Hukuk Dönemi'nde yaşamış hukukçular *Ulpianus* ve *Paulus*'a ait birtakım metinlerde, bir miktar para saklanmak üzere bırakıldığında paranın kullanılmasına baştan itibaren veya sonradan izin verilmesi durumunda, bir görüş uyarınca para saklayan tarafından kullanıldıktan itibaren, diğer görüş uyarınca kullanma izni verildikten itibaren sözleşmenin artık bir saklama sözleşmesi olma niteliğini yitireceği ve bir tüketim ödücü sözleşmesi (*mutuum*) olarak kabul edileceğine yönelik ifadeler bulunmaktadır.

Romanist hukuk geleneğinden etkilenmiş ülkelerin kanunlarında da Klâsik Hukuk Dönemi hukukçularına ait metinlerde ifade edilen görüşlere paralel hükümlerin yer aldığı görülmektedir. Alman, İtalyan ve Portekiz Medenî Kanunlarında *depositum irregulare* terimini karşılayan terimlerle bu sözleşmeye yer verilmekle beraber Klâsik Hukuk Dönemi'nden bazı metinlerde geçen görüşlere benzer olarak sözleşme için, tüketim ödücü sözleşmesine ilişkin kuralların uygulanacağı hükme bağlanmıştır. Alman ve İtalyan Medenî Kanunlarında para veya diğer misli şeylerin kullanılmasına izin verilmesine yönelik ifadeler bulunmasına rağmen Portekiz ve Brezilya Medenî Kanunlarında kullanmaya izin verildiğine dair bir hüküm yer almamaktadır. Ele alınan kanunî düzenlemelerdeki bu farklılığa rağmen sözleşmeye uygulanacak hukuk kuralları bakımından Klâsik Hukuk Dönemi yazarlarına ait bazı metinlerde yer alan görüşler ilgili kanun hükümlerine yansımış ancak sözleşmenin nitelendirilmesinde baskın görüşün *Iustinianus* Dönemi'ndeki yaklaşım olduğunu kabul ettiği değerlendirme tarzı benimsenmişken, sözleşmeye uygulanacak kurallar bakımından *Iustinianus* dönemindeki yaklaşımdan uzaklaşmış olduğu söylenebilir.

Avusturya, Arjantin ve İspanyol Medenî Kanunlarında *depositum irregulare*'yi karşılayacak bir terim bulunmamakla birlikte, saklanmak üzere bırakılan şeylerin kullanılmasına izin verilmesi durumunda ne olacağı sorusunun cevabını içeren hükümler yer almaktadır. Avusturya Medenî Kanunu'nda, kullanma izninin kimin tarafından talep veya teklif edildiğine göre bir ayrıma gidilmiştir. Kullanma iznini saklayan talep ettiyse saklatanın izin verdiği andan, saklatan kullanma izni vermeyi teklif ettiyse, bu teklif saklayan tarafından kabul edildiği veya saklanan şeyden fiilen yararlanma başladıktan itibaren sözleşmenin nitelik değiştireceği hükme bağlanmıştır. Kanuna göre kullanma izni talep veya teklif edildiğinde ve taraflar saklanmak üzere bırakılan şeyin kullanılması üzerinde mutabık kaldıklarında saklanmak üzere bırakılan şey tüketilebilen bir şeyse sözleşme tüketim ödöncü, tüketilemeyen bir şeyse kullanım ödöncü olarak nitelendirilecektir. Benzer şekilde İspanyol Medenî Kanunu'nda da saklayanın, saklamak üzere aldığı şey üzerinde tasarrufta bulunma veya onu kullanma iznine sahip olması durumunda, sözleşmenin saklama sözleşmesi niteliğini kaybedip ve bir tüketim ya da kullanım ödöncü sözleşmesi sayılacağı yönünde bir düzenleme bulunmaktadır. Arjantin Medenî Kanunu'nda da saklayana saklaması için misli şeyler verilmesi ve bunları kullanma yetkisinin tanınması durumunda sözleşmeye tüketim ödöncüne ilişkin kuralların uygulanacağı hükme bağlanmıştır. Her üç kanunda da saklanmak üzere bırakılan şeyin kullanılmasına izin verilmesi halinde sözleşmenin nitelik değiştireceği kabul edilmek suretiyle Klâsik Hukuk Dönemi metinlerinin bir kısmında geçen görüşlere paralel bir yaklaşım benimsenmişken, *depositum irregulare*'den bahsedilmeyerek sözleşmenin nitelendirilmesinde *Iustinianus* Dönemi'ndeki yaklaşımın en azından kanun hükümlerinde kabul edilmediği görülmektedir. Bununla birlikte Avusturya ve İspanyol doktrinde kanundaki düzenlemelerin eleştirildiği ve uygulamada *depositum irregulare* ile tüketim ödöncünün farklı olduğunu ileri süren görüşlerin bulunduğu göz ardı edilmemelidir. Bu görüşler Roma hukukunun etkisinin söz konusu kanunî düzenlemelere açık bir şekilde yansıdığı gerçeğini değiştirmemektedir ki söz konusu görüşler de baskın görüş uyarınca Roma hukukunun farklı bir dönemindeki yaklaşımı aksettirmektedir.

İsviçre ve Türk Borçlar Kanunlarında ise *depositum irregulare* ile tüketim ödöncü sözleşmesi arasındaki benzerlikten çok farklılığı ön planda tutan bir yaklaşımın benimsendiği görülmektedir. Romanist hukuk geleneğinden etkilenmiş pek çok ülkenin kanununda *depositum irregulare* için tüketim ödöncü sözleşmesine yönelik hükümlerin uygulanacağı yönünde düzenlemeler bulunmasına karşın, aynı gelenekten etkilenmiş İsviçre ve Türk Borçlar Kanunlarında bu eğilimin takip edilmediği ve bu yönde bir hükme yer verilmediği görülmektedir. Söz konusu kanunlarda, tüketim ödöncünde sözleşme ödünç alanın yararına iken, *depositum irregulare*'de sözleşmeden yarar sağlayanın şeyi saklanmak üzere alan değil bırakan olduğu göz önünde bulundurularak *depositum irregulare*'ye kural olarak saklama sözleşmesine yönelik hükümlerin uygulanması gerektiği prensibi egemen olmuştur. Böylelikle İsviçre ve Türk Borçlar Kanunlarında, Klâsik Hukuk Dönemi yazarlarına ait bazı metinlerde yer alan görüşler doğrultusundaki değerlendirme değil gerek sözleşmenin nitelendirilmesinde gerek sözleşmeye uygulanacak kurallar bakımından baskın görüşün *Iustinianus* Dönemi'ndeki yaklaşım olduğunu kabul ettiği değerlendirme tarzı benimsenmiş ve *depositum irregulare*'nin tüketim ödöncünden bağımsız ve ondan farklı bir sözleşme olarak nitelendirilmesi tercih edilmiştir.

KAYNAKÇA

- Adams, Bertrand. “Haben die Römer “Depositum Irregulare” und Darlehen Unterschieden?”, *Studia et Documenta Historiae et Iuris (SDHI)*, 28, 1962, s. 360-371.
- Akıncı, Şahin. *Roma Borçlar Hukuku, 818 sayılı BK ve 6098 sayılı TBK ile Mukayeseli*, Sayram Yayınları, Konya, 2013.
- Andreu, Jean. *Banking and Business in the Roman World*, translated by Janet Llyod, Cambridge University Press, Cambridge, 1999.
- Arsebük, Esat. *Borçlar Hukuku, C. 2*, Arkadaş Matbaası, İstanbul, 1943.
- Aydoğdu, Murat. “Konut ve Çatılı İşyeri Kirası Sözleşmelerinde Kiracının Güvence (Depozito) Verme Borcu”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 14, S. 1, 2012, s. 1-53.
- Aydoğdu, Murat/Kahveci, Nalan. *Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku)*, Gözden Geçirilmiş, Yenilenmiş ve Dipnotlu 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.
- Ayverdi, İlhan. *Misalli Büyük Türkçe Sözlük (Kubbealtı Lugatı)*, C. 1, 2. Baskı, Kubbealtı Neşriyatı, İstanbul, 2006 (C. 1).
- Ayverdi, İlhan. *Misalli Büyük Türkçe Sözlük (Kubbealtı Lugatı)*, C. 3, 2. Baskı, Kubbealtı Neşriyatı, İstanbul, 2006 (C. 3).
- Behrends, Okko/Knütel, Rolf/Kupisch, Berthold/Seiler, Hans Hermann. *Corpus Iuris Civilis, Text und Übersetzung, auf der Grundlage der von Theodor Mommsen und Paul Krüger besorgten Textausgaben*, Bd. III (11-20), C.F. Müller juristischer Verlag, Heidelberg, 1999.
- Bucher, Eugen. “Der Weg zu einem einheitlichen Zivilgesetzbuch der Schweiz”, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, Bd. 72, H. 4, 2008, s. 661-685.
- Buckland, William Warwick. *A Text Book of Roman Law from Augustus to Justinian*, Second Edition, Cambridge University Press, Cambridge, 1932.
- Bürge, Alfons. “Fiktion und Wirklichkeit: Soziale und rechtliche Strukturen des römischen Bankwesens”, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung*, Bd. 104, 1987, s. 465-558.
- Cohn, Georg. *Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselsrechts, herausgegeben von W. Endemann*, Bd. 3, Fues's Verlag (R. Reisland), Leipzig, 1885.
- Collins, Andrew/Walsh, John. “Fractional Reserve Banking in the Roman Republic and Empire”, *Ancient Society*, Vol. 44, 2014, s. 179-212.

- De Soto, Jesús Huerta. *Para, Banka Kredisi ve Ekonomik Çevrimler*, çev. Bilge Öztürk Göktuna, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- Di Marzo, Salvatore. *Roma Hukuku*, (beşinci tab'ından çev. Ziya Umur), 2. Baskı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1959.
- Diósdi, György. *Contract in Roman Law, From the Twelve Tables to the Glossators*, translated by J. Szabó, Akadémiai Kiadó, Budapest, 1981.
- Erdoğan, Belgin. *Roma Borçlar Hukuku Dersleri, 1.07.2012'de yürürlüğe giren Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış Yeni Bası*, Der Yayınları, İstanbul, 2019.
- Evans-Jones, Robin/MacCormack, Geoffrey. "Obligations", *A Companion to Justinian's Institutes*, edited by Ernest Metzger, Duckworth, London, 1998, s. 127-207.
- Finley, Moses Israel. *Ancient Economy*, Updated Edition with a Foreword by Ian Morris, University of California Press, Berkeley, Los Angeles, London, 1999.
- Fontes Iuris Romani Anteiustiniani, Pars Altera*, ed. Johannes Baviera, S.A.G. Barbera, Florentiae, 1940.
- Gaius Institutiones*, Borçlar Kısım, çev. Türkân Rado, Doğan Kardeş Yayınları, İstanbul, 1953.
- Gautschi, Georg. *Berner Kommentar: Obligationenrecht, Bd. VI, Art. 425 – 491 OR (Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, 2. Abteilung Die Einzelnen Vertragsverhältnisse, 6. Teilband-Besondere Auftrags- und Geschäftsführungsverhältnisse sowie Hinterlegung)*, Verlag Stämpfli & Cie, Bern, 1962.
- Geiger, Klaus. *Das Depositum irregulare als Kreditgeschäft*, A. Schubert, München, 1962.
- Gierke, Otto von. *Deutsches Privatrecht*, Bd. 3, Verlag von Duncker & Humblot, München und Leipzig, 1917.
- Gordon, William Morrison. "Observations on Depositum Irregulare", *Studi in Onore di Arnaldo Biscardi*, Vol. 3, Istituto Editoriale Cisalpuno, Milano, 1982, s. 363-372.
- Güneş, Derya Belgin. "Tebliğ Yokluğu", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 74, S. 1, 2016, s. 221-231.
- Gürsel, Nurettin. "Usulsüz Tevdi", *Adalet Dergisi*, Yıl: 41 S. 1, Ocak 1950, s. 77-92.
- Harris, William Vernon. "A Revisionist View of Roman Money", *The Journal of Roman Studies*, Vol. 96, 2006, s. 1-24.
- Huschke, Philipp Eduard. *Die Lehre des römischen Rechts vom Darlehn und den dazu gehörigen Materien*, Gebrüder Kröner, Stuttgart, 1881.

İmre, Zahit. “Usulsüz Vedia Akdi (Türk-İsviçre, Alman ve Fransız Hukukları üzerine bir tetkik)”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 10, S. 1-2, 1944, s. 188-228.

Iustinianus Institutiones, çev. Ziya Umur, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1968.

Johnston, David. *Roman Law in Context*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004.

Jörs, Paul/Kunkel, Wolfgang/Wenger, Leopold/Honsell, Heinrich/Mayer-Maly, Theo/Selb, Walter. *Römisches Recht*, 4. Aufl., Springer Verlag Berlin, Heidelberg, New York, 1987.

Kamacı Gencer, Duygu/Çiçek, Hatice. “Kavram, Sözcük ve Terim Arasındaki İlişki”, *Kocatepe Beşeri Bilimler Dergisi*, C. 3, S. 1, 2024, s. 1-33.

Karaaslan, Muzaffer. *Roma Hukukunda Bankacılık Faaliyetleri Kapsamında Düzensiz Vedia (Depositum Irregulare)*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2023.

Kaser, Max. *Das römische Privatrecht, das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*, erster Abschnitt, Verlag C.H. Beck, München, 1971.

Kaser, Max/Knütel, Rolf. *Römisches Privatrecht*. 20. Aufl. Verlag C.H. Beck, München, 2014.

Kommission. *Entwurf 1877, Schweizerisches Obligationenrecht mit Einschluss des Handels – und Wechselrechtes, (Art. 64 der Bundesverfassung), Entwurf bearbeitet nach den Beschlüssen einer Kommission vom 16. bis 21. Mai 1876 und vom 18. September bis 7. Oktober 1876, Bern, 1877*
(https://books.google.com.tr/books?id=RCMYAAAAAYAAJ&printsec=frontcover&hl=tr&source=gsb_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false) (Erişim tarihi: 03.12.2024).

Kommission. *Entwurf 1879, Schweizerisches Obligationen – und Handelsrecht, (Art. 64 der Bundesverfassung), Entwurf des eidgenöss. Justiz – und Polizei-Departements, bearbeitet auf Grundlage der Berathungen und Beschlüsse einer Kommission, Bern, Juli 1879*
([https://www.google.com.tr/books/edition/Schweizerisches_Obligationen_und_Handelsrecht/0aEJRutJ7LUC?hl=tr&gbpv=1&dq=Entwurf+1879,+Schweizerisches+Obligationen+%E2%80%93+und+Handelsrecht,\(Art.+64+der+Bundesverfassung\),+Entwurf+des+eidgen%C3%B6ss.++Justiz+%E2%80%93+und+Polizei-Departements,+bearbeitet+auf+Grundlage+der+Berathungen+und+Beschl%C3%BCss+einer+Kommission,+Bern,+Juli++1879&pg=PP3&printsec=frontcover](https://www.google.com.tr/books/edition/Schweizerisches_Obligationen_und_Handelsrecht/0aEJRutJ7LUC?hl=tr&gbpv=1&dq=Entwurf+1879,+Schweizerisches+Obligationen+%E2%80%93+und+Handelsrecht,(Art.+64+der+Bundesverfassung),+Entwurf+des+eidgen%C3%B6ss.++Justiz+%E2%80%93+und+Polizei-Departements,+bearbeitet+auf+Grundlage+der+Berathungen+und+Beschl%C3%BCss+einer+Kommission,+Bern,+Juli++1879&pg=PP3&printsec=frontcover)) (Erişim tarihi: 03.12.2024).

Koschaker, Paul/Ayiter, Kudret. *Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No: 39, İzmir, 1993.

- Kübler, Bernhard. “Griechische Tatbestände in den Werken der kasuistischen Literatur”, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung*, Bd. 29, 1908, s. 183-226.
- Küçükgüngör, Erkan. *Roma Hukukunda Vedia Sözleşmesi* (Depositum), Yetkin Yayınları, Ankara, 2002.
- Mitteis, Ludwig. “Trapezitika”, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung*, Bd. 19, 1898, s. 198-260.
- Mosaicarum et Romanorum Legum Collatio*, <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Responsa/collatio.htm#10> (Erişim tarihi: 03.12.2024).
- Niemeyer, Theodor. *Depositum Irregulare*, Max Niemeyer Verlag, Halle an der Saale, 1889.
- Otto, Carl Eduard/Schilling, Bruno/Sintenis, Carl Friedrich Ferdinand. *Das Corpus Juris Civilis in's Deutsche Übersetzt von einem Vereine Rechtsgelehrter*, Bd. II, Verlag von Carl Focke, Leipzig, 1831.
- Oudshoorn, Jacobine Gerlinde. *The Relationship between Roman and Local Law in the Babatha and Salome Komaise Archives*, Brill, Leiden, Boston, 2007.
- Rado, Türkân. *Roma Hukuku Dersleri, Borçlar Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014.
- Savigny, Friedrich Carl von. *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter*, Bd. VI: *Das vierzehnte und fünfzehnte Jahrhundert*, zweite Ausgabe, J. C. B. Mohr, Heidelberg, 1850.
- Schneider, Albert/Fick, Heinrich. *Das schweizerische Obligationenrecht samt den Bestimmungen des Bundesgesetzes betreffend die persönliche Handlungsfähigkeit mit allgemeinfasslichen Erläuterungen*, Schulthess, Zürich, 1893.
- Schulz, Fritz. *Classical Roman Law*, Clarendon Press, Oxford, 1951.
- Schweizerisches Obligationenrecht, Entwurf* (1871) (Tasarının Walther Munzinger tarafından hazırlandığı bilinmekle birlikte basılı versiyonda yazar adı, yayınevi ve basım yılı bilgileri mevcut değildir). (https://play.google.com/books/reader?id=sJZqiJeAi48C&pg=GBS.PA202&hl=en_IE) (Erişim tarihi: 03.12.2024)
- Sohm, Rudolph/Mitteis, Ludwig/Wenger, Leopold. *Institutionen, Geschichte und System des römischen Privatrechts*, Verlag von Duncker & Humblot, München und Leipzig, 1949.
- Söğütlü, Özlem. *Roma Özel Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- Stein, Peter. *Roman Law in European History*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999.
- Şener, Oruç Hami. “Roma Hukukuyla Mukayeseli Olarak Modern Hukukta Saklama Sözleşmesinin Temel Özellikleri”, *Legal Banka ve Finans Hukuku Dergisi*, C. 8, S. 32,

- Prof. Dr. Ali Necip Ortan'a Armağan (1. Cilt), Legal Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 1025-1086.
- Tahiroğlu, Bülent. *Roma Borçlar Hukuku, [1.07.2012'de yürürlüğe giren Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Düzenlenmiş Yeni Bası]*, Der Yayınları, İstanbul, 2012.
- Tamer, Diler. *Roma Hukuku, Cilt 2, Borçlar Hukuku*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- Theisen, Frank. "Der Darlehensvertrag in seiner historischen Entwicklung", *Studien zur Rechts- und Zeitgeschichte, Professor Dr. Wulf Eckart Voß zum 60. Geburtstag*, V & R Unipress, Göttingen, 2005, s. 11-22.
- Thomas, Joseph Anthony Charles. *Textbook of Roman Law*, North-Holland Publishing Company, Oxford, 1976.
- Tiftik, Mustafa. *Türk Hukukunda Vedia Sözleşmesi*, Yetkin Kitabevi, Ankara, 2007.
- Turan, Fatih M. *İslam Hukuku Açısından Usulsüz Vedia*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Temel İslam Bilimleri Anabilim Dalı, Erzurum, 2004.
- Turan, Fatih M. "İslâm Hukuku Açısından Usulsüz Vedia Akdi", *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, S. 15, 2010, s. 401-430.
- Türk Hukuk Lügatı*, 3. Baskı, Başbakanlık Basımevi, Ankara, 1991.
- Türkoğlu, Halide Gökçe. "Glossator'lar", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Bülent Tahiroğlu'na Armağan, Özel Sayı*, C. 23, S. 3, 2017, s. 55-96.
- Umur, Ziya. *Roma Hukuku Lügatı*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1983.
- Umur, Ziya. *Roma Hukuku Ders Notları*, 3. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 1999.
- Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet/Özdemir, Refet. *Türk Borçlar Kanunu Şerhi (Genel-Özel)*, Yargıtay Yayınları, Ankara, 1987.
- Watson, Alan. *The Law of Obligations in the Later Roman Republic*, Clarendon Press, Oxford, 1965.
- Watson, Alan. *The Digest of Justinian*, vol. I, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1998.
- Weiss, Egon. *Institutionen des römischen Privatrechts als Einführung in die Privatrechtsordnung der Gegenwart*, Verlag für Recht und Gesellschaft, Basel, 1949.
- Yavuz, Cevdet/Acar, Faruk/Özen, Burak. *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)*, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na göre Güncellenmiş ve Yenilenmiş 15. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2018.

Zevkliler, Aydın/Gökyayla, Emre K. *Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri*, 18. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2018.

Zimmermann, Reinhard. *The Law of Obligations-Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford University Press, New York, 1996.

Çevrim içi kaynaklar:

<https://www.nisanyansozluk.com/kelime/depo> (Erişim tarihi: 03.12.2024).

https://en.wikipedia.org/wiki/Giasone_del_Maino (Erişim tarihi: 03.12.2024).

<https://www.nisanyansozluk.com/kelime/sakla-> (Erişim tarihi: 03.12.2024).

<https://www.nisanyansozluk.com/kelime/veda> (Erişim tarihi: 03.12.2024).

<https://www.sozluk.gov.tr/> (Erişim tarihi: 03.12.2024).

<http://lugatim.com/s/tevdi> (Erişim tarihi: 03.12.2024).

<http://lugatim.com/s/tevdîat> (Erişim tarihi: 03.12.2024).

<https://lib.kazanci.com.tr/solr/yargitay/browse?q=%22usuls%C3%BCz+tevdi%22&sort=tarih+desc> (Erişim tarihi: 20.11.2024)

<https://lib.kazanci.com.tr/solr/yargitay/browse?q=%22usuls%C3%BCz+vedia%22&sort=tarih+desc> (Erişim tarihi: 20.11.2024) .

<http://lugatim.com/s/usuls%C3%BCz> (Erişim tarihi: 03.12.2024).

https://www.google.com/search?q=usulsuz&ei=lqKmY7eqEMOTxc8PirSQ-A0&ved=0ahUKewi37cfR1pH8AhXDSfEDHQoaBN8Q4dUDCA8&uact=5&oq=usuls%3C3%BCz&gs_lcp=Cgxnd3Mtd2l6LXNlcnaAQAzIHCAAQgAQQDTIHCAAQgAQQDTIHCAAQgAQQDTIHCAAQgAQQDTIHCAAQgAQQDTIHCAAQgAQQDTIHCAAQgAQQDTIHCAAQgAQQDTIHCAAQgAQQDTIECAAQQzIHCAAQgAQQDTIHCAAQgAQQDToKCAAQRxDWBBCwAzoFCAAQgAQ6BQguEIAEOggIABCABBCxAzoLCAAQgAAQsQMqgwE6CwguEIAEEMcBEK8BOgsILhCDARCxAXCABDoICC4QgAAQ1AI6BwgAELEDEEM6EQguEIAEELEDEIMBEMcBENEDOggIABCxAXCDAToKCAAQsQMqgwEQQzoECAAQAzoICC4QgAAQsQM6DggguEIAEELEDEIMBENQCSgQIQRGASgQIRhgAUkCHWPEjYN4laAJwAXgAgAGkAYgBrBCSAQQyLjE2mAEAoAEBsAEAyAEEwAEB&scient=gws-wiz-serp (Erişim tarihi: 03.12.2024).

www.tureng.com (Erişim tarihi: 03.12.2024).

<http://lugatim.com/s/d%C3%BCzensiz> (Erişim tarihi: 03.12.2024).

<https://www.google.com/search?q=duzensiz&ei=1qKmY7eqEMOTxc8PirSQ-A0&ved=0ahUKEwi37cfR1pH8AhXDSfEDHOoaBN8O4dUDCA8&uact=5&oq=usu>

ls%C3%BCz&gs_lcp=Cgxnd3Mtd2l6LXNlcnAQAzIHCAAQgAQQDTIHCAAQgA
QQDTIHCAAQgAQQDTIHCAAQgAQQDTIHCAAQgAQQDTIHCAAQgAQQDTI
HCAAQgAQQDTIECAAQqzIHCAAQgAQQDTIHCAAQgAQQDTToKCAAQRxD
WBBCwAzoFCAAQgAQ6BQguEIAEOggIABCABBCxAzoLCAAQgAQQsQMqg
wE6CwguEIAEEMcBEK8BOgsILhCDARCxAxCABDoICC4QgAQQ1AI6BwgAEL
EDEEM6EQguEIAEELEDEIMBEMcBENEDOggIABCxAxCDAToKCAAQsQMqg
wEQQzoECAAQAzoICC4QgAQQsQM6DgguEIAEELEDEIMBENQCSgQIQRgAS
gQIRhgAUKcHWPEjYN4laAJwAXgAgAGkAYgBrBCSAQQyLjE2mAEAoAEBsA
EAyAEewAEB&scient=gws-wiz-serp#dobs=d%C3%BCzensiz (Erişim tarihi:
03.12.2024).

https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/27/317_321_377/de (Erişim tarihi: 03.12.2024).

https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/27/317_321_377/fr (Erişim tarihi: 03.12.2024).

https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/27/317_321_377/it (Erişim tarihi: 03.12.2024).

https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/27/317_321_377/en (Erişim tarihi: 03.12.2024).

[https://www.deepl.com/tr/translator#pt/tr/Dep%C3%B3sito%20irregular-ARTIGO%201205%C2%BA%20\(No%C3%A7%C3%A3o\)%3A%20Disse%20irregular%20o%20dep%C3%B3sito%20que%20tem%20por%20objecto%20coisas%20fung%C3%ADveis.%20ARTIGO%201206%C2%BA%20\(Regime\)%3A%20Consideram-se%20aplic%C3%A1veis%20ao%20dep%C3%B3sito%20irregular%2C%20na%20medida%20do%20poss%C3%ADvel%2C%20as%20normas%20relativas%20ao%20contrato%20de%20m%C3%BAtuo.%E2%80%9D](https://www.deepl.com/tr/translator#pt/tr/Dep%C3%B3sito%20irregular-ARTIGO%201205%C2%BA%20(No%C3%A7%C3%A3o)%3A%20Disse%20irregular%20o%20dep%C3%B3sito%20que%20tem%20por%20objecto%20coisas%20fung%C3%ADveis.%20ARTIGO%201206%C2%BA%20(Regime)%3A%20Consideram-se%20aplic%C3%A1veis%20ao%20dep%C3%B3sito%20irregular%2C%20na%20medida%20do%20poss%C3%ADvel%2C%20as%20normas%20relativas%20ao%20contrato%20de%20m%C3%BAtuo.%E2%80%9D) (Erişim tarihi: 03.12.2024).

<https://www.deepl.com/tr/translator#pt/tr/Art.%20645.%20O%20dep%C3%B3sito%20de%20coisas%20fung%C3%ADveis%2C%20em%20que%20o%20deposito%C3%A1rio%20se%20obrigue%20a%20restituir%20objetos%20do%20mesmo%20g%C3%AAnero%2C%20qualidade%20e%20quantidade%2C%20regular-se-%C3%A1%20pelo%20disposto%20acerca%20do%20m%C3%BAtuo.%E2%80%9D> (Erişim tarihi: 03.12.2024).

<https://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Codigo-Civil-Frances-French-Civil-Code-english-version.pdf> (Erişim tarihi: 03.12.2024).

<https://www.wipo.int/wipolex/en/text/450530> (Erişim tarihi: 03.12.2024).

[https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/DocumentacionPublicaciones/Documents/Spanish_Civil_Code_\(Codigo_Civil_Espanol\).PDF](https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/DocumentacionPublicaciones/Documents/Spanish_Civil_Code_(Codigo_Civil_Espanol).PDF) (Erişim tarihi: 03.12.2024).

<https://www.deepl.com/tr/translator#es/tr/Dep%C3%B3sito%20irregular-ARTICULO%201367.-%20Efectos.%20Si%20se%20entrega%20una%20cantidad%20de%20cosas%20fungibles%2C%20que%20no%20se%20encuentra%20en%20saco%20cerrado%2C%20se%20>

20transmite%20el%20dominio%20de%20las%20cosas%20aunque%20el%20depositante%20no%20haya%20autorizado%20su%20uso%20o%20lo%20haya%20prohibido.%20El%20depositario%20debe%20restituir%20la%20misma%20calidad%20y%20cantidad.%0ASi%20se%20entrega%20una%20cantidad%20de%20cosas%20fungibles%20C%20y%20el%20depositario%20tiene%20la%20facultad%20de%20servirse%20de%20ellas%20C%20se%20aplican%20las%20reglas%20del%20mutuo.%E2%80%9D)
(Erişim tarihi: 03.12.2024).

1879 Usûl-i Muhâkemât-ı Cezaiye Kanunu ve Temyiz Mahkemesi Kararları Kapsamında Osmanlı Hukukunda Tercüman

Abdussamed ATASOY^{1*} 

¹Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye

Makale Bilgisi

Makale Geçmişi

Geliş: 08.02.2025

Kabul: 10.04.2025

Yayın: 05.06.2025

Anahtar Kelimeleri:

Osmanlı Hukuku,
Tercüman, 1879 Usûl-i
Muhâkemât-ı Cezaiye
Kanunu, Osmanlı temyiz
mahkemesi kararları,
Mahkeme görevlileri.

ÖZET

Bir dildeki ifadeleri başka bir dile aktarma fiiline tercüme, bu fiili gerçekleştiren kişiye ise tercüman denir. Çalışmamızda 1879 tarihli Ceza Usûl Kanunu ve Temyiz Mahkemesi kararları kapsamında Osmanlı hukukunda tercüman konusu incelenmiştir. Hukukta tercüman; yargılama başta olmak üzere birçok alanda ihtiyaç duyulan bir mahkeme görevlisidir. İlk İslam devletlerinden beri var olan bu mahkeme görevlisi, Osmanlı Devleti'nde de önemli bir konum teşkil etmiştir. Zimmi olan Osmanlı Devleti vatandaşları ve müste'men adı verilen yabancı devlet vatandaşlarının sayısının artması, tercümanın öneminin artıran sebeplerdendir. Tanzimat döneminde Nizamiye mahkemelerinin kurulması ile beraber tercümanın etkinliğinde artış söz konusu olmuştur. Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye'de tercüman ile alakalı doğrudan iki maddeye yer verilmesi de mahkemelerde tercümanın önemini göstermektedir. 1879 Usûl-i Muhâkemât-ı Cezaiye Kanunu'nda doğrudan tercümana ilişkin iki madde yer almaktadır. İlgili maddelerde, hangi durumlarda tercüman tayininin zorunlu olduğu ve tayin edilecek tercümanda bulunması gereken nitelikler detaylı olarak yer almıştır. Kanunda yer alan ilkelere riayet edilmemesi durumunda hükmün bozulması kararının verileceği ifade edilmiştir. Bu durum, adaletin temini bakımından tercümanın önemini göstermektedir. Osmanlı ceza mahkemesi temyiz kararlarında, tercümanda bulunması gereken niteliklere riayet edilmemesi ve tercümanlık yapamayacak kişilerin tercüman olarak tayin edilmesi sebebiyle hükmün bozulmasına yönelik çok sayıda örnek mevcuttur. Bu çalışmada 1327-1330 yılları arasındaki kararlar incelenmiş olup "tercüman" ile ilgili hükmün bozulmasını gerektiren hususlar tespit edilmeye çalışılmıştır.

Interpreter in Ottoman Law Within the Scope of the 1979 Criminal Procedure Law and the Decisions of the Court of Appeal

Article Info

Article History

Received: 08.02.2025

Accepted: 10.04.2025

Published: 05.06.2025

Keywords:

Ottoman law, Interpreter,
1979 Criminal Procedure

ABSTRACT

The act of transferring expressions in one language to another language is called translation, and the person who performs this act is called an interpreter. In this study, the issue of interpreters in Ottoman law is analyzed within the scope of the Code of Criminal Procedure dated 1879 and the decisions of the Court of Appeal. In law, an interpreter is a court official who is needed in many areas, especially in judicial proceedings. This court official, which has existed since the first Islamic states, also constituted an important position in the Ottoman Empire. The increasing number of citizens of the Ottoman Empire who were zimmi and citizens



This article is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License (CC BY-NC 4.0)

Law, Ottoman court of appeal decisions, Court officials.

of foreign states called müste'men were among the reasons that increased the importance of the interpreter. With the establishment of the Nizamiye courts during the Tanzimat period, the effectiveness of the interpreter increased. The inclusion of two articles directly related to interpreters in the Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye shows the importance of interpreters in courts. The 1879 Code of Usûl-i Muhâkemât-ı Cezaiye contains two articles directly related to interpreters. The relevant articles detail the circumstances in which the appointment of an interpreter is mandatory and the qualifications of the appointed interpreter. It is stated that if the principles set forth in the law are not complied with, the verdict will be overturned. This shows the importance of the interpreter for the administration of justice. In the Ottoman criminal court appeal decisions, there are many examples of the reversal of the verdict due to the failure to comply with the qualifications required for an interpreter and the appointment of persons who were incapable of interpreting as interpreters. In this study, the decisions between the years 1327-1330 are analyzed and the issues that require the reversal of the verdict on "interpreter" are tried to be determined.

To cite this article:

Atasoy, A. (2025). "1879 Usûl-i Muhâkemât-ı Cezaiye Kanunu ve Temyiz Mahkemesi Kararları Kapsamında Osmanlı Hukukunda Tercüman", *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 8(1), s. 157-173. <https://doi.org/10.51120/NEUHFD.2025.150>.

*Sorumlu Yazar: Abdussamed ATASOY, samedatasoy1109@hotmail.com

GİRİŞ

Bir dildeki ifadeleri başka bir dile aktarma fiiline "tercüme", bu fiili gerçekleştiren kişiye ise "tercüman" denir.¹ Tercüman, ekseriyetle sözlü çeviri yapanlar için kullanılan bir tabirken, yazılı çeviri yapanlar içinse genellikle "mütercim" ibaresi kullanılır. Günümüzde ise daha çok "çevirmen" ifadesi tercih edilmektedir.²

İslam hukukunda tercüman konusunda müstakil olarak yalnızca bir çalışmaya rastladık.³ Klasik dönem Osmanlı hukukunda mahkeme tercümanları konusunda ise müstakil olarak Çiçek'in makalesi bulunmaktadır.⁴ Tanzimat döneminde mahkemelerde görev alan tercüman hakkında detaylı bir çalışma bulunmasa da Osmanlıda tercümanlar⁵, Osmanlıda mahkemeler⁶ ve Osmanlıda

¹ İbn Manzûr. Ebu'l-Fazl Cemaleddin Muhammed b. Mükerrrem b. Ali el-Ensârî, *Lisânü'l-Arab*. Dâru Sâdır, Beyrut, 1414, C. 12, s. 66; Ali Haydar, Hocaeminefendizade. *Dürrü'l Hükkam Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*. haz. Raşit Gündoğdu-Osman Erdem, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, İstanbul, 2017, C. 1, s. 147; Hacı Reşid Paşa. *Ruhu'l-Mecelle (Kitabu'l-Buyu'un Şerhi)*. Daru'l-Hilafeti'l-Aliyye, 1326, s. 158; *Vizâretü'l-Evkaf ve 'ş-Şuûni'l-İslâmiyye, el-Mevsûatü'l-Fikhiyye el-Kuveytiyye*. Kuveyt, 1404-1427, C. 11, s. 166.

² Bozkurt, Nebi. "Tercüman", TDV İslâm Ansiklopedisi, C. 40, İstanbul, 2011, s. 489.

³ Köse, Üzeyir. "Tercümanlık ve İslam Muhâkeme Hukukundaki Rolü." *Rize İlahiyat Dergisi*, S. 25, 2023, s. 45-59.

⁴ Çiçek, Kemal. "Osmanlı Adliye Teşkilatında Mahkeme Tercümanları." *Tarih ve Toplum*, C. 5, S. 30, 1996, s. 47-58.

⁵ Çiçek, Kemal. "Osmanlı Devleti'nde Yabancı Konsolosluk Tercümanları." *Tarih ve Toplum*, C. 25, S. 146, 1996, s. 17-23; İnan, Kenan. "Osmanlı Döneminde Yabancı Elçilik ve Konsolosluklarda Görevli Tercümanların Statüleri." *Tarih ve Toplum*, C. 26, S. 154, 1996, s. 4-10; Balcı, Sezai. *Osmanlı Devleti'nde Tercümanlık ve Bab-ı Ali Tercüme Odası*. Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2006; Polatçı, Türkan. *Osmanlı Devleti'nde Sefaret Tercümanları*. Ondokuzmayıs Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2009.

⁶ Ekinci, Ekrem Buğra. *Osmanlı Mahkemeleri*. Arı Sanat, İstanbul, 2004.

yabancıların hakları⁷ gibi konularda yapılan çalışmalarda mahkemede tercüman hakkında özet niteliğinde bilgiler yer almıştır. Bu çalışmalarda özellikle konsolos tercümanları, seyyahın tercümanları, Divan-ı Hümayun tercümanları detaylı olarak ele alınmış olup mahkeme tercümanları bu kapsamın dışında bırakılmıştır. 1879 tarihli Usûl-i Muhâkemât-ı Cezaiye Kanunu (UMCK) ve temyiz mahkemesi kararlarında tercüman konusunda ise herhangi bir çalışmaya ulaşamadık.

Çalışmamızda 1879 tarihli UMCK ve temyiz mahkemesi kararları kapsamında Osmanlı hukukunda tercüman konusu incelenmiştir. İlk olarak İslam hukukunda mahkemelerde tercüman bulundurulmasına ilişkin genel bilgilere yer verilmiştir. Daha sonra ise Klasik dönem Osmanlı hukukunda mahkemelerde tercüman bulundurulması hususunda kısa açıklamalar yapılmıştır. Bu kısımda sonra ise nizamiye mahkemelerinde görülen davalarda tercüman ve tercümanın zorunluluğu hakkında açıklamalar yapılmıştır. Ancak karma ticaret mahkemesi, konsolosluk mahkemesinde görev alan tercümanlar doğrudan çalışma konumuza girmediğinden dolayı bu hususlarda genel bilgiler ile iktifa edilmiştir.

Çalışma konusu esas olarak 1879 tarihli UMCK kapsamında ele alınmıştır. İlgili kanunda tercümana ilişkin olarak doğrudan 2 madde yer almaktadır. İlk olarak bu iki madde UMCK hakkında yazılan şerhler de dikkate alınarak incelenmiştir. Ardından konuyla ilgili ceza hukukuna ilişkin temyiz mahkemesi kararları taranmış ve mahkemede tercüman bulundurulması konusu değerlendirilmiştir. Bu konuda Mecmua-i Mukarrerât-ı Temyiziye adlı yayında yer alan kararlardan yararlanılmıştır.

I. İSLAM HUKUKUNDA TERCÜMAN

Tercüman, cahiliye döneminde olduğu gibi İslam'ın ilk yıllarından itibaren⁸ İslam devletlerinde bir ihtiyaç olarak kullanılmıştır. Devletin resmî dili olan Arapça dışında farklı bir dil konuşan kimseler, bir dava için mahkemeye başvurduğunda hâkimin bu dili bilmemesi durumunda güvenilir ve Müslüman bir tercüman aracılığı ile muhâkemenin sağlıklı bir şekilde devam etmesi sağlanmıştır. Bu sebeple mahkemelerde tercüman bulunması şart olmuştur.⁹ Özellikle İslam devletinin sınırlarının genişlemesiyle beraber farklı lisanları kullanan ülke vatandaşlarının veya yabancıların sayısının artması, bu kişilerin mahkeme ile alakalı işlerinin yerine getirilmesi, mahkemelerde tercümanın önemini artırmıştır.¹⁰

⁷ Ünal Özkorkut, Nevin. “Kapitülasyonların Osmanlı Devleti’nin Yargı Yetkisine Getirdiği Kısıtlamalar.” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 53, S.2, 2004, s. 83-94; Konan, Belkıs. *Osmanlı Devleti’nde Yabancıların Kapitülasyonlar Kapsamında Hukukî Durumu*. Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2006.

⁸ Selman-ı Farisi radıyallahu anh (ra), Müslüman olmak için Rasulullah sallallahu aleyhi ve sellem’e (sav) geldiği zaman bir Yahudi ona tercümanlık etmiştir. Hatta bu tercüman tarafından kasten yanlış olarak çevrilen ifadeler, vahiy ile Rasulullah (sav)’e bildirilmiştir. Serahsî, Ebu Bekr Şemsü’l-Eimme Muhammed b. Ebî Sehl Ahmed. *el-Mebsût*, Daru’l-Maruf, Beyrut, 1414/1993, C. 16, s. 89. Rasulullah (sav) Zeyd b. Sabit (ra)’a İbranice öğrenmesini istemiştir. Zeyd (ra) çok kısa sürede bu dili öğrenmiş ve İbranice konuşanların konuşmalarını Rasulullah (sav)’e tercüme etmiştir. Serahsî, C. 16, s. 89.

⁹ Serahsî, C. 16, s. 89; Halebi, İbrahim b. Muhammed b. İbrahim el-Halebi el-Hanefi. *Mülteka’l-Ebhur (Mecmau’l-Enhur Şerhiye)*, Tahkik: Halil İmran Mansur, Daru’l-Kütübi’l-İlmiyye, Beyrut, 1419/1998, C. 3, s. 221; Damad, Abdurrahman b. Muhammed b. Süleyman Şeyhizade (Damad). *Mecmau’l-Enhur fi Şerhi Mülteka’l-Ebhur*. Darul İhyaüt Teraşil Arabi, tarih yok, C. 2, s. 158; Bilmen, Ömer Nasuhi. *Hukuk-ı İslâmiyye ve Istilahat-ı Fıkhiyye Kamusu*. Bilmen Yayınevi, İstanbul, 1991, C. 8, s. 84, 227.

¹⁰ Atar, Fahreddin. *İslam Yargılama Hukukunun Esasları*. İFAV, İstanbul, 2019, s. 138.

İslam hukukuna göre tercüman hür, adil ve Müslüman olmak zorundadır.¹¹ Adil olması şarttır, ifade edilen haberin karşı tarafa doğru bir şekilde iletilmesi ancak bu şekilde sağlanabilir. Müslüman olması şarttır. Kafirlerin, Müslümanları kandırarak onlara zarar verme ihtimalleri yüksektir.¹² Bu sebeple tercüman yalan, yanlış tercüme ile hainlik edebilir. Hür olması şarttır, çünkü tercümanın ifadeleri kendisini yükümlülük altına koymadan başkasını doğrudan bağlamaktadır. Bu husus velayet ile bağlantılıdır. Köle ise başkası üzerinde velayet hakkına sahip değildir.¹³

Mahkemede kaç tane tercüman bulunması gerektiği hususunda farklı görüşler vardır. Ebu Hanife ve Ebu Yusuf'a göre bir tane tercüman yeterlidir. Fakat iki kişinin bulunması ihtiyaten daha uygundur.¹⁴ İmam Muhammed'e göre ise şahit için şart olan sayı, tercüman için de geçerlidir.¹⁵ Bu durumda mahkemede iki erkek veya bir erkek iki kadın¹⁶ tercüman olmalıdır. Şeyhayn'e göre tercümanın âdil olması hususunda bir kişinin tezkiyesi yeterli olup iki kişinin bulunması ihtiyaten daha uygundur. İmam Muhammed'e göre ise tezkiyede de şahitlikteki sayı dikkate alınmalıdır.¹⁷ Tercüman sayısında Şeyhayn ile İmam Muhammed arasındaki görüş farklılığı, tercümanın şahitliğe kıyas edilip edilmemesi ihtilafına dayanmaktadır.

Dilsiz veya sağır olan kişinin davasını görececek olan hâkim, onun bu husustaki işaretini anlayamazsa bu konuda tercümandan yararlanır.¹⁸

II. KLASİK DÖNEM OSMANLI HUKUKUNDA TERCÜMAN

Osmanlı Devleti'nde ilk olarak ne zaman tercümandan yararlanıldığına ilişkin kesin bir bilgi bulunmamaktadır. Ancak kuruluş yıllarından itibaren diplomatik görüşmelerde tercüman kullanıldığı görüşü hâkimdir. Resmî bir görev olarak tercümanlık ise ilk olarak diplomatik ilişkilerde yararlanılmak üzere Fatih döneminde vuku bulmuştur.¹⁹

Orhonlu Osmanlı'da görev alan tercümanları 4 başlık altında değerlendirmiştir. Bunlar; Divan-ı Hümayun tercümanları²⁰, eyalet tercümanları, askeri ve eğitim müesseselerinde kullanılan

¹¹ İbn Ferhun, Burhaneddin. *Tebsiratü'l-Hükkâm*, Mektebetü'l-Külliyyâtü'l-Ezheriyye, 1406/1986, C. 1, s. 357; Bilmen, C. 8, s. 227; Ali Haydar, C. 4, s. 3318, 3319. Ebu Hanife'ye göre tercümanın a' mâ (kör) da olmaması gerekir. Ali Haydar, C. 1, s. 147. Tercümanda bulunması gereken nitelikler hakkında detaylı bilgi için bkz. Köse, s. 49, 50.

¹² "Ey iman edenler! Sizden olmayanları sırdaş edinmeyin, onlar size kötülük yapmaktan geri durmazlar, sıkıntıya düşmenizi isterler..." Âli İmran, 3/118.

¹³ Serahsî, C. 16, s. 89, 90.

¹⁴ Kırımlı Abdussettar Efendi. *Teşrihü'l-Kavaidi'l-Küllîye*. Mahmud Bey Matbaası, Dersaadet, 1297, s. 51; Hafız Mehmed Ziyaeddin (Kale-i Sultaniyeli Türkzâde). *Mecelle-i Ahkam-ı Adliye Şerhi*. Kasbar Matbaası, Dersaadet, 1312, s. 45.

¹⁵ İmam Muhammed'e göre hâkim bilmediği dilde söylenen bir şeyi anlamadığı için duymamış hükmündedir. Bu sebeple yalnızca tercüme edenin sözlerine göre hüküm verecektir. Bu sebeple hâkim için tercüme, şahit hükmündedir. Serahsî, C. 16, s. 89. Tercümanın hukukî statüsü hakkında bilgi için bkz. Köse, s. 51-53.

¹⁶ Kadınların şahitlik yapabileceği davalarda tercümanlık yapmaları da geçerlidir. Ali Haydar, C. 4, s. 3319.

¹⁷ Serahsî, C. 16, s. 89; İbn Ferhun, C. 1, s. 36, 357; Bilmen, C. 8, s. 227, 264; Ali Haydar, C. 4, s. 147; Atar, Fahreddin. *İslam Adliye Teşkilatı (Ortaya Çıkışı ve İşleyişi)*. Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, Ankara, 1991, s. 150.

¹⁸ Bilmen, C. 6, s. 15.

¹⁹ Orhonlu, Cengiz. "Tercüman" *Milli Eğitim Bakanlığı*, C. 1, S. 12, 1993, s. 176; Şakiroğlu, Mahmut H. "Tercüman", TDV İslâm Ansiklopedisi, C. 40, İstanbul, 2011, s. 490.

²⁰ Detaylı bilgi için bkz. Bilgin, Aydın. "Divan-ı Hümayun Tercümanları ve Osmanlı Kültür ve Diplomasisindeki Yerleri." *Osmanlı Araştırmaları*, C. 29, S. 29, 2007, s. 41-86.

tercümanlar, yabancı elçi ve konsolos tercümanlarıdır.²¹ Eyalet tercümanlarını ise *eyalet divan tercümanları* ve *mahkeme tercümanları* olarak iki sınıfa ayırmıştır.²² Çalışmamızda söz konusu ayırım çerçevesinde yalnızca mahkeme tercümanları incelenmiştir.

Osmanlı Klasik döneminde mahkeme tercümanları özellikle ana dilin Arapça olduğu eyaletlerde bulunmaktaydı. Mahkemelerde davalar Türkçe görüldüğünden davacı ile davalının iddia ve savunmalarını ve verilen kararın taraflara tebliğini tercüman yapardı. Halep'te bulunan Mahkeme-i Kübra, Selahiye ve Bankusa mahkemeleri ile Kudüs ve Bağdat mahkemelerinde bir, Şam'da Kismet-i Arabiyye mahkemesinde ise iki tercüman görevlendirilmişti. Rum, Sırp ve Macarların bulundukları eyaletlerde de tercüman bulunmaktaydı. Mahkeme tercümanları bulundukları yerin kadısı tarafından kabul edilirdi. Kadı tarafından kabul edildikten sonra yine bu kadılar tarafından merkeze arz ve teklif edilir, merkezden kabul görmesi durumunda resmî olarak göreve başlardı.²³

Osmanlı Devleti'nde davalar, taraflardan en az bir tanesinin Osmanlı vatandaşı olması durumunda şer'î mahkemede görülmek zorundaydı. Her iki tarafın zimmi olması durumunda ise taraflara kendi cemaat mahkemelerinde muhâkeme edilme hakkı tanınmıştı. Bununla birlikte muhâkeme edilecekleri mahkemeyi seçme hakları bulunmasına karşın zimmilerin azımsanamayacak oranda, şer'î mahkemede yargılanmayı talep ettikleri görülmüştür.²⁴ Özellikle zimmi nüfusun fazla olduğu bölgelerde tercümana duyulan ihtiyaç oldukça fazla olmaktaydı. Taraflardan birinin veya ikisinin birden Türkçe bilmediği durumlarda mahkemede tercümanın bulunmasının ne derecede gerekli olduğu, zimmilerin şer'î mahkemede muhâkeme edilme oranlarının fazlalığı dikkate alındığında açıkça anlaşılmaktadır.²⁵

Tercümanların tayini, azli, bu görevin gedik usûlüne tabi olup olmadığı, mahkemelerde kaç tane tercümanın bulunduğu, tercümanların gelir kaynağının ne olduğu gibi hususlar doğrudan çalışma konumuz kapsamında olmadığından gerekli yerlerdeki kısa açıklamalarla iktifa edilmiştir.²⁶

III. TANZİMAT DÖNEMİ OSMANLI HUKUKUNDA TERCÜMAN

A. Genel Açıklama

Bir Osmanlı vatandaşı ile yabancı bir kişi arasında meydana gelen mesele dolayısıyla gerçekleşen ceza davası soruşturma, yargılama ve karar aşamasında yabancı konsolos veya konsolos vekili ile tercümanın hazır bulunması şartıyla²⁷ Osmanlı mahkemelerinde görüldü.

²¹ Konsolos tercümanları hakkında detaylı bilgi için bkz. Çiçek, "Osmanlı Devleti'nde Yabancı Konsolosluk Tercümanları." 17-23; İnan; Polatçı.

²² Orhonlu, s. 176-179; Balcı, s. 18-78.

²³ Orhonlu, s. 179; Çiçek, "Osmanlı Adliye Teşkilatında Mahkeme Tercümanları." s. 51-53.

²⁴ Aydın, Akif. *Türk Hukuk Tarihi*. Beta, İstanbul, 2019, s. 144-152; Cin, Halil – Akyılmaz, Gül. *Türk Hukuk Tarihi*. Sayram, Konya, 2013, s. 189-206; Avcı, Mustafa. *Türk Hukuk Tarihi*. Adalet Yayınevi, Ankara, 2023, s. 283-294.

²⁵ Çiçek, "Osmanlı Adliye Teşkilatında Mahkeme Tercümanları" s. 49, 50.

²⁶ Bu hususlar hakkında bilgi için bkz. Çiçek, "Osmanlı Adliye Teşkilatında Mahkeme Tercümanları", s. 47-58.

²⁷ Ceza davalarında tercüman bulundurulması zorunlu olmasına karşın bu durumun istisnaları da mevcuttur. Bu konudaki istisnalar için bkz. Halil Cemaleddin ve Hırand Asador. *Ecanibin Memâlik-i Osmaniye'de Haiz Oldukları İmtiyâzât-ı Adliye*. Hukuk Matbaası, Dersaadet, 1331, s. 478-485.

Tercümanın tüm bu aşamalarda hazır bulunması ile ilgili açık hükümler İngiltere, Avusturya, Fransa ve Rusya'ya verilen kapitülasyonlarda yer almaktadır. Taraflardan bir tanesinin Osmanlı vatandaşı olması durumunda karşı taraf farklı bir tabiiyetten olsa dahi söz konusu davada Osmanlı mahkemeleri yetkilidir. Tanzimat döneminde taraflardan biri veya her ikisinin Osmanlı vatandaşı olmadığı veya Osmanlı vatandaşı olmasına karşın Türkçe bilmediği durumlarda gerek soruşturma gerekse yargılama ve karar aşamalarında ekseriyetle tercümansız bir işlemin yapılmadığı anlaşılmaktadır.²⁸

Kapitülasyonlarda yer alan maddeler gereğince, karma ticaret mahkemelerinde ilgili yabancının kendi ülkesinden bir tercümanın duruşmada hazır bulunması, aksi takdirde kadıların bu davalara bakmaması gerekmektedir. Tercüman bulunmadan muhâkeme yapılması durumunda hüküm geçersiz olarak nitelendirilirdi. Bir yabancının Osmanlı vatandaşına karşı işlediği suçların karma ceza mahkemelerinde görüleceği ve bu davalarda mahkemede tercüman bulundurulmasının zorunlu olduğu kapitülasyonlarda açıkça yer almaktaydı. Hatta verilen kararlarda bu tercümanların imzalarının bulunması zorunluluğu dahi söz konusu olmuştu.²⁹

Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye (MAA)'da de mahkemede tercümandan yararlanmaya ilişkin iki madde bulunmaktadır. Bu maddelerden ilki; *“Tercümanın kavli her hususta kabul olunur”*³⁰ küllî kâidesidir. Tercümanın tercüme ettiği söz cümlesi tercüme edilen kişinin sözü olarak kabul edilir ve ona göre değerlendirilir. Ceza davası, hukuk davası ve benzeri bir dava arasında veya tahlîf, ikrar ve benzeri bir işlem arasında, tercümanın sözünün tercüme edilen kişinin sözü olarak kabul edilmesi bakımından bir fark bulunmamaktadır. MAA'da yer alan diğer madde ise şu şekilde düzenlenmiştir: *“Tarafeynden lisan bilmeyen kimesnenin ifadesini terceme için mahkemede mevsuk ve mü'temen tercüman bulundurulur.”*³¹ Davada taraflardan, mahkemede geçerli olan, hâkim ve diğer kişilerin konuştuğu dili bilmeyen kişilerin ifadelerinin anlaşılması ve ona göre hüküm verilebilmesi için mahkemede tercüman bulundurulur. Bu tercümanların güvenilir ve adil kişilerden olması gerekmektedir.

B. 1879 Usûl-i Muhâkemât-ı Cezaiye Kanununda Tercüman

1. Genel Olarak

1879 tarihli UMCK büyük ölçüde 1808 tarihli Fransız Ceza Usûl Kanunu'nun tercüme edilmesiyle 25 Haziran 1879 tarihinde yürürlüğe konulmuştur. İlgili kanun bir mukaddime ile iki kitap halinde ve toplamda 487 maddeden meydana getirilmiştir. UMCK'nın, kendisinden önce çıkarılan birkaç nizamname haricinde, Osmanlı Devleti'nde ayrıntılı düzenlemeler içeren ilk ceza usûl kanunu olduğu ifade edilmektedir. Cumhuriyetin ilk yıllarında da yürürlükte kalmış, 1929 tarihli 1412 sayılı Ceza Muhâkemeleri Usûlü Kanunu ile yürürlükten kaldırılmıştır.³²

²⁸ Cemaleddin ve Asador, s. 364, 365; Konan, s. 194-210.

²⁹ Özkorkut, s. 88-92; Ekinci, s. 116-124.

³⁰ Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye (MAA), madde (md.) 71, Güçlü, Yaşar. *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye*. Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019, s. 60.

³¹ MAA, md. 1825, Güçlü, s. 588.

³² 1879 UMCK hakkında detaylı bilgi için bkz. Turinay, Faruk Yasin. “1879 Tarihli Ceza Muhâkemesi Kanunu (Usûl-i Muhâkemât-ı Cezaiye Kanun-u Muvakkatı) Üzerine Bir İnceleme”. *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 11, S. 1, 2021, s. 169-228; Tezcan, Esmâ Sena. *Türk Ceza Yargılama Usûlünde İlk Kanun: 1879 Tarihli Usûl-i Muhâkemât-ı Cezaiye*

1879 tarihli UMCK'da yer alan 286'ncı ve 287'nci maddeler tercüman ile ilgili hükümler içermektedir. Kanun'un 286'ncı maddesine göre, “*Müttehem ve şahitler yekdiğerinin veyahut bunlardan birisi sâirlerinin söylediği lisan ile tekellüm edemediği halde reis-i mahkeme resmen la ekall yirmi bir yaşında olmak üzere bir tercüman tayin edecek ve bu tercüman, doğruca tercümanlık edeceğine dair tahlîf olunacaktır. Tercüman bu suretle tayin ve tahlîf olunmaz ise cereyan eden muamelat keenlemyekün hükmünde tutulur. Müttehem ve müddei-i umumi beyan-ı esbab ile tayin olunan tercümanı reddedebilirler. Beyan ettikleri esbabın şayan-ı kabul olup olmadığına mahkeme tarafından derhal karar verilir. Müttehem ve müddei-i umumi razı olsalar bile tercüman, aza-yı mahkeme ve şahitlerden intihab olunamayacaktır. Olunur ise muhâkeme keenlemyekün hükmünde tutulur.*”³³

Suçlanan kişinin Osmanlı Türkçesi bilmesine karşın şahidin Osmanlı Türkçesi konuşamaması durumunda da suçlanan kişinin Osmanlı Türkçesi bilmemesine rağmen şahidin Osmanlı Türkçesi bilmesi halinde de mahkeme reisinin resmen bir tercüman seçip tayin etmesi gerekmektedir. Her iki tarafın da Osmanlı Türkçesi bilmemesi durumunda ise mahkeme reisinin evleviyetle resmen bir tercüman seçip tayin etmesi şarttır.³⁴ Diğer bir ifade ile suçlanan kişi veya şahitten gerek birinin gerek de ikisinin birden Osmanlı Türkçesi bilmemesi durumunda tercüman tayin edilmesi gerekmektedir. Madde metninde yer alan *resmen* ifadesi, *re'sen* anlamında kullanılmıştır.³⁵ Tercüman tayin edilmesini gerektiren durumların açıkça var olmasına karşın tercüman tayin edilmemesi halinde, muhâkeme sonucunda verilen hüküm bozulur ve yok hükmünde kabul edilir.³⁶

Suçlanan kişi Türkçe bilmeyen bir kişi iken, şahitlerin beyanlarını suçlanan kişiye bizzat mahkeme reisi anlatsa ve suçlanan kişi de reisin vermiş olduğu bilgilerin yeterli olduğunu ifade etse bile tercüman tayini şarttır.³⁷ Bir diğer deyişle Türkçe bilmeyen tarafın tek taraflı kabulü dahi tercüman tayinine engel olmamaktadır.

2. Tercümanın Tahlîfi

Tahlîf; “*bir kimsenin kararlılığını pekiştirmek ve başkalarını ikna etmek amacıyla söz ve beyanını Allah'ın adını veya bir sıfatını zikrederek kuvvetlendirmesini ifade eder.*” Bir ispat vasıtası olarak tahlîf, mahkemede taraflardan birisinin yemine davet edilmesi, o kişiye yemin ettirilmesi manasına gelmektedir.³⁸ Tayin edilen tercümanın tahlîf edilmesi şarttır. Tahlîf edilmeden tercümanlık yapılması durumunda verilen hüküm bozulur ve yok hükmünde kabul edilir.³⁹ Tercümanın 286'ncı madde kapsamında tahlîf edilmesi yalnızca sözlü olan ifadeleri tercüme etmesi durumunda

Kanun-ı Muvakkati ve Mahkemelerin Görev ve Yetkisi. Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2022.

³³ Düstur, 1. Tertib, C. 4, s. 182. UMCK'nın latinize hali için bkz. Gökçen, Ahmet. “1296 (1879) Tarihli Usûl-i Muhâkemât-ı Cezaiye Kanun-ı Muvakkati” Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4, S. 1-2, 1994, s. 203-288.

³⁴ Yorgaki ve Talat. *Usûl-i Muhâkemât-ı Cezaiye Kanunu Şerhi.* İstanbul, 1301-1302, s. 1162; Hüseyin Avni – Abdullah Faik – Ahmet Mithat – Ahmet Necati. *Usûl-i Muhâkemât-ı Cezaiye Kanunu Şerhi (Yorgaki Efendi'nin 1326-1327 Senelerinde İkinci Sınıfta Zabıt Olunan Takrir-i Âlileridir).* Hürriyet Matbaası, Dersaadet, 1326, s. 321; İbnu'l-Hikmet Ahmed Cemal. *Yeni Nazariyat-ı Kanun-ı Ceza*, Matbaa-i Hayriye, İstanbul, 1327-1329, s. 1357.

³⁵ Ahmed Cemal, s. 1357.

³⁶ Yorgaki ve Talat, s. 1162.

³⁷ Ahmed Cemal, s. 1365.

³⁸ Ertuğrul Boynukalın, “Yemin”, TDV İslâm Ansiklopedisi, C. 43, İstanbul, 2013, s. 417-420.

³⁹ Yorgaki ve Talat, s. 1162, 1163.

gerçekleşir. Farklı bir lisanla yazılan varakanın tercümesi halinde ise tercüman, 41'inci madde⁴⁰ kapsamında tahlîf edilir.⁴¹

Kanunda, zikredilen bu tahlîfin ne şekilde gerçekleşeceği hususu detaylı olarak yer almamaktadır. Yani tahlîfin şekli açık bir şekilde gösterilmemiştir. Ancak icra edilen tahlîfte, doğru bir şekilde tercümanlık faaliyeti gerçekleştireceğine dair ifadeler yer almak zorundadır.⁴²

Dava bir günden fazla devam ettiğinde tercümanın her celsede yeniden tahlîf edilmesi gerekmez. İlk seferki tahlîf yeterli kabul edilir. Bununla beraber tercüman, farklı davalarda tercümanlık görevini yerine getirirse tercümanın her dava için ayrı ayrı tahlîf etmesi gerekir.⁴³ Tahlîfin müddei-i umumi ve suçlanan kişinin huzurunda gerçekleşmesi şart değildir. Bunların gıyabında gerçekleşse de geçerlidir.⁴⁴

3. Tercümanlık Şartları

Tercüman, şahitlerden veya mahkeme görevlileri arasından tayin edilemez. Bu şarta riayet edilmeden (şahit veya mahkeme görevlileri arasından) tayin edilen tercüman reddolunabilir. Mahkeme görevlilerinden birisinin tercüman atanması sebebiyle tercümanın reddi talep edildiğinde, bu talebin kabul veya reddine karar vermek istinaf mahkemesinin salahiyetindedir.⁴⁵ Ancak suçlanan kişinin veya şahidin lisanını bilen kimse olmadığı halde ve eğer mübaşirler veya kâtipler arasında o lisanı bilen var ise zorunluluk dolayısıyla o kişi tercüman olarak tayin edilebilir.⁴⁶

Mahkeme reisi de tercümanlık görevini ifa edemez. Konuşulan lisanı bilse dahi bu görevi yerine getirmesi yasaktır. Ancak şahit veya suçlanan kişinin konuştuğu farklı lisanı bilen mahkeme reisinin, konuşulan kelimelerin daha iyi anlaşılması için verilen cevapları Türkçeye tercüme ederek tekrar etmesi, mahkeme reisinin tayin edilmesinin yasak olduğu tercümanlık kapsamında değerlendirilmez.⁴⁷

Tercümanın en az yirmi bir yaşını tamamlamış olması şarttır. Bu şarta riayet edilmeden tayin edilen tercüman reddolunabilir. Yaş küçüklüğü sebebiyle tercümanın reddi talep edildiğinde, bu talebin kabul veya reddine karar vermek istinaf mahkemesinin salahiyetindedir.⁴⁸ Yorgaki'nin, Mehmet Tahir ve Ahmet Talat tarafından neşredilen UMCK şerhinde, tercümanın yirmi yaşında olmasının yeterli olduğu ifade edilmiştir. Bu hatanın sehven yapıldığı anlaşılmaktadır. Çünkü hem kanun metninde hem de şerhlerde tercümanın, en az yirmi bir yaşında olması gerektiği açıkça ifade

⁴⁰ “Birinin katl ve idamı veyahut esbabı meçhul ve şüpheli olarak vefatı halinde müddei-i umumi bir veyahut iki tabip ve cerrah istishab edecek ve bunlar cenazenin bulunduğu hal ile esbab-ı mevdi hakkında bir takrir yapacaklardır. Madde-i sabika ile işbu maddede beyan olunan ahvalde celp olunacak âdemler takrirlerini bî garazane yapacaklarına ve mütalaalarını vicdan-ı sahih üzerine bildireceklerine dair müddei-i umumi huzurunda tahlîf edeceklerdir.” UMCK md. 41. Düstur, 1. Tertib, C. 4, s. 139.

⁴¹ Yorgaki ve Talat, s. 1165, 1166.

⁴² Ahmed Cemal, s. 1359, 1360.

⁴³ Yorgaki ve Talat, s. 1166; Ahmed Cemal, s. 1360.

⁴⁴ Yorgaki ve Talat, s. 1166; Ahmed Cemal, s. 1361, 1362.

⁴⁵ Yorgaki ve Talat, s. 1167.

⁴⁶ Hüseyin Avni vd., s. 321; Yorgaki. *Usûl-i Muhâkemât-ı Cezaiye Kanunu Şerhi*. naşir: Mehmet Tahir ve Ahmet Talat, Matbaa-i Hukukiye, Dersaadet, 1327, s. 306.

⁴⁷ Ahmed Cemal, s. 1357.

⁴⁸ Yorgaki ve Talat, s. 1167.

edilmektedir.⁴⁹ Tercümanlık görevini yerine getirecek kişinin erkek olmasının şart olduğuna dair bir malumat bulunmadığı için kadınların dahi tercümanlık yapabileceği ifade edilmektedir.⁵⁰

Tercüman tayininde şartlara riayetin önemini Yorgaki şu şekilde ifade etmiştir: “*Tayin olunan tercümanlar gerek şahidin ve gerek müttehemin ifâdâtını aynen ne merkezde ise ona göre tercüme etmeleri lazımdır. Mesela müttehemin ifadesinde o cürmün ikrarına dest res olabilmek (ulaşmak) kabil olacağından tercümanın şerait-i intihâbiyesinde (seçim şartları) cüz’i bir zühul (dalgınlıkla unutmak) inde’t-temyiz nakz mucib olur.*”⁵¹ Tercüman tayini o kadar ehemmiyetlidir ki tercüman olarak tayin edilen kişide tercümanın taşıması gereken şartların bulunmamasının ağır sonuçları söz konusudur. Şartlarla ilgili küçük bir hata dahi verilen hükmün bozulmasına sebep olur. Çünkü suçlanan kişinin ifadeleri yanlış aktarıldığında, gerçekleşmemiş bir suçun ikrarı gibi sonucu ağır ceza gerektiren yanlışlıkların vuku bulması mümkündür.

Tercümanın kanunda yer alan şartları taşımadığına ilişkin olarak hem savcı hem de suçlanan kişi itiraz edebilirler. Örneğin, itiraz etme hakkına sahip olanlardan birisi “Tercüman, mahkeme görevlilerindendir” veya “Tercüman, henüz yirmi bir yaşında olmadığından işin ehemmiyetini muhâkeme ve takdir edebilecek olgunlukta değildir” şeklinde itirazda bulunabilir. Mahkeme bu konuda savcı mütalaasını almak ve incelemek zorundadır. Zikredilen bu itirazın geçerli olup olmadığı hususunda öncelikle müzakere yapılması daha sonra ise müzakere sonucunda ulaşılan sonucun ilamda zikredilmesi gerekmektedir. Mahkeme müzakere yapmaz ve itirazı dikkate almazsa ise karar temyiz mahkemesinde bozulur.⁵²

4. Tercümanın Reddi

Tercüman bir nevi, tercüme edilen ifadelere şahitlik ediyor gibidir. Bu sebeple akrabalık, yakın dostluk ve benzeri sebeplerle de tercümanın reddi söz konusu olabilir. Bu tür red sebepleri bulunduğu da savcı veya suçlanan kişi tayin edilen tercümana itiraz edebilirler.⁵³ Tam olarak hangi durumlarda tercümanın reddedilebileceği kanunda açık olarak zikredilmese de Ahmed Cemal, UMCK’nın 273’üncü maddesinde sayılan grubun, tercümanlık yapması yasak olanları da kapsadığını ifade etmiştir.⁵⁴ İlgili madde şu şekilde düzenlenmiştir:

“*Müttehemin ve taaddüdü (birden fazla olmaları) halinde içlerinden birinin, evvela âbâ ve ecdadının, saniyen evlat ve ahfadının, salisen ihvan ve ehavatının ve rabian bu derecelerde bulunan akarib-i sıhriyenin, hamisen talak vukuundan sonra olsa bile zevc ve zevcenin, sadisen kanunen mükafat-ı nakdiyeye nail olan muhbirlerin şehadetleri mesmu değildir. Mamañih zikrolunan eşhasın müddei-i umumi veyahut müddei-i şahsi veyahut müttehem taraflarından istima olunmaları aleyhinde bir gûna itiraz vuku bulmaksızın istima olunmuş olmaları muamelatın mefsuhiyetini istilzam etmez.*”⁵⁵

⁴⁹ Yorgaki, s. 306.

⁵⁰ Ahmed Cemal, s. 1365.

⁵¹ Hüseyin Avni vd., s. 321; Yorgaki, s. 306.

⁵² Hüseyin Avni vd., s. 321, 322.

⁵³ Abdülhak Mithat. *Usûl-i Cezaiye*. İkrâm Matbaası, Dersaadet, 1326, s. 262.

⁵⁴ Ahmed Cemal, s. 1365.

⁵⁵ UMCK, md. 273. Düstur, 1. Tertib, C. 4, s. 180.

5. Özel Durumu Olan Kimselere Tercümanlık

Sağır ve dilsizler için mahkemede re'sen tercüman tayinine ilişkin olarak düzenlenen UMCK 287'inci madde şöyledir:

“Eğer müttehem sağır ve dilsiz olup da yazı yazmak bilmezse reis bununla mübadele-i efkara en ziyade ülfet ve melekesi olan birisini re'sen tercüman tayin edecektir. Sağır ve dilsiz şahitler hakkında dahi bu suret icra kılınır. Madde-i sabıkada intihaba müteallik şerait-i sâire bu hususta dahi cârîdir. Sağır ve dilsiz olan müttehem veya şahit yazı yazmak bildikleri halde sorulacak sualleri zabıt kâtibi bir varakaya tahrir ile kendilerine verecek ve bunlar dahi tahriren cevap ita edeceklerdir. Edilen sualler ve verilen cevaplar zabıt kâtibi tarafından mecliste kıraat edilir.”⁵⁶

Gerek müttehem ve gerek şahitlerin muhâkemedeki ifadeleri konuşmak suretiyle alınır. Ancak dilsiz olurlar ve yazı yazmayı bilirlerse yazı ile kendilerine sorulan sorulara karşı verdikleri cevapları geçerlidir.⁵⁷ Sağır ve dilsiz olan müttehem ve şahit, yazı yazmayı bilirse sorulacak olan sorular zabıt kâtibi tarafından bir kağıda yazılır ve bu kişilere verilir. Müttehem ve şahitler de yazı ile cevaplarını verir. Daha sonra ise zikredilen cevaplar mahkemede açıkça okunur.⁵⁸

Suçlanan veya şahidin muhâkemedeki ifadelerinin yazı ile alınmasına karar verilmesi durumuna ilişkin olarak zeyl yapılan 287'inci madde şu şekilde düzenlenmiştir:

“Cürmün mahiyeti iktizasınca erbab-ı fen ve sanat tarafından icra-yı tetkikat lazım geldik de müddei-i umumi veya müttehem veya müddei-i şahsi taraflarından vaki olacak talep üzerine veyahut doğrudan doğruya mahkemece azadan bir zatın nezareti tahtında icrayı tetkikat ederek ol babda lazım gelen takririni ita' etmek üzere üç zattan mürekkep ehl-i hibre tayin olunacak ve bu ehl-i hibre kable't-tetkikat mütalaaalarını vicdan-ı sahih üzere beyan edeceklerine dair tahlîf edilecek ve bu suretle ifa-yı muamele olunmaz ise hükm-i vaki' keenlemyekün addolunacaktır.”⁵⁹

Sağır ve dilsiz olan müttehem veya şahidin, yazı yazmaya da kudreti olmadığına bu sağır ve dilsiz kişiyi iyi tanıyan, aralarında bağ olan ve onun ifadelerini anlayıp mahkemede güzel bir şekilde ifade etme melekesine sahip olan bir kişi, mahkeme reisi tarafından re'sen tercüman olarak tayin edilir.⁶⁰

286'ıncı maddede yer alan durum yani Osmanlı Türkçesini konuşamama veya anlayamama dolayısıyla tercüman tayini durumunda tercüman olarak tayin edilen kişide aranan nitelikler, 287'inci madde dolayısıyla yani dilsiz ve sağır kişiler için tercüman tayini durumunda da geçerlidir. Ancak bu durumda tercüman olarak tayin edilecek kişinin yirmi bir yaşını doldurmuş olması şart değildir. Yalnızca tahlîf edebilecek bir yaşta bulunması şarttır.⁶¹

Sağır ve dilsiz olduğu zannedilen kişinin doktor muayenesi sonucunda sağır ve dilsiz olmadığı

⁵⁶ Düstur, 1. Tertib, C. 4, s. 182.

⁵⁷ Hüseyin Avni vd., s. 322; Yorgaki, s. 307.

⁵⁸ Ziya. Şerhli Usûl-i Muhâkemât-ı Cezaiyye. Dersaadet, 1300, s. 94; Abdülhak Mithat, s. 262.

⁵⁹ Hüseyin Avni vd., s. 322, 323.

⁶⁰ Ahmed Cemal, s. 1371-1373.

⁶¹ Yorgaki ve Talat, s. 1168, 1169.

ortaya çıkarsa mahkeme, muhâkemenin tercümansız bir şekilde sözlü olarak gerçekleşmesine karar verebilir.⁶² Sağır ve dilsiz olan müttehem veya şahit için tayin edilmesi gereken tercümanın, mahkeme görevlileri veya şahitler arasından tayin edilmesi durumunda yapılan muhâkeme yok hükmünde kabul edilir.⁶³

C. Mecmua-i Mukarrerât-ı Temyiziye Kararlarında Tercüman

Osmanlı Devleti'nde, Nizâmiye mahkemelerinin kararlarını inceleyen üst derece yargı mercii olan Mahkeme-i Temyizin kararları dergilerde yayınlanmıştır. Bu kararlarının yayınlanması 1873'te Ceride-i Mehâkim'in yayınlanması ile başlamıştır. Daha sonra Ceride-i Mehâkim-i Adliye ve Ceride-i Adliye de Mahkeme-i Temyiz kararlarını yayınlamıştır. Bunlardan sonra, yalnızca Mahkeme-i Temyiz kararlarını yayınlaması amacı ile "Mecmua-i Mukarrerât-ı Temyiziye" çıkarılmaya başlanmıştır. Ceza ve hukuk olarak iki kısma ayrılan mecmuanın "Ceza Kısımını" oluşturan ciltlerde, Mahkeme-i Temyiz'in İstida ve Ceza dairelerinin verdiği kararlar bulunmaktadır. Bu dergi R. 1327-1330/M. 1911-1915 olmak üzere yaklaşık dört yıllık bir süreci içerecek şekilde dört cilt halinde yayınlanmıştır. "Ceza Kısımında" toplam 1799 karar bulunmaktadır. Yayınlanma usûlü olarak ilgili kararın başına; kararın sıra numarası, temyizen verilen kararın tarihi ve temyiz incelemesini yapan merci yazılır. Daha sonra hangi hukukî uyuşmazlık nedeniyle temyiz incelemesinin söz konusu olduğu ifade edilir. Ardından temyizen verilen kararın tam metni ilgili olaya uygulanan kanun maddesi ve mahkemenin red veya onama kararı ve bu kararın gerekçesi de eklenerek açıklanır.⁶⁴

2 Nisan 1327 tarihli 65 numaralı temyiz mahkemesi kararına göre, bidayet mahkemesindeki inceleme sonucunda katl fiili dolayısıyla faile kürek cezası verilmiştir. Cünha zanlısı olan Rıza Efendi ise yabancı olması sebebiyle "bilâ keşif defnetmek fiilinden" mesuliyetinin bulunmadığına karar verilmiştir. Verilen karar daha sonra temyiz edilmiştir. Temyiz kararında: Mahkeme esnasında Rıza Efendi'nin Türkçe bilmediğinin açık olduğu, her ne kadar kendisine tercüman tayin edilse de isticvap dilekçesinden anlaşıldığı üzere, isticvap sırasında zanlı hakkında önemli olan hakların muhafaza edilmesi gerekli iken yani bu sırada da tercüman bulundurulması şartken, bu kanuni zorunluluğa riayet olunmadığı ifade edilmiştir.⁶⁵

11 Mayıs 1327 tarihli 135 numaralı temyiz mahkemesi kararına göre, katl fiili dolayısıyla

⁶² Yorgaki ve Talat, s. 1169.

⁶³ Yorgaki ve Talat, s. 1169, 1170; Ahmed Cemal, s. 1368-1370.

⁶⁴ Demirtaş, Rıdvan Abdurrahman. "İhtiyacât-ı Hâzıraya Muvafık ve Kaide-i Terakki ve Tekamüle Mutabık Bir Temyiz Kararları Dergisi Çıkarmak: Mecmua-i Mukarrerât-ı Temyiziye". *Adalet Dergisi*, S. 71, 2023, s. 451-472.

⁶⁵ "Hükm-i cinâyi hakkında tetkikât-ı temyiziye icra olunduk da her ne kadar tebliğnamede ilâmın tasdiki talep olunur ise de müttehem-i merkumun Türkçe bilmediği esna-yı muhâkemede zâhir olmasına mebni kendisine tercüman tayin edilmiş ise de isticvap varakasından nümâyân olduğu üzere hîn-i isticvabda muhâfazası müttehem için mühim olan hukukun temini zımında kendisine tercüman tayini vâcib iken bu vecibe-i kânûniyeye riâyet olunmamış ve hukuk-ı umumiyeye şuhûdundan maktulün hemşiresi Rafia` katlin tarladan üç hatve kadar uzak kaynakda müttehem Osman tarafından ikâ olunduğunu ve katli Osman'ın ikâ ettiğini zevcesi Havvâ'nın dahi gördüğünü şehâdetinde beyan etmiş iken bu cihetlerini ve hususen mezbûre Havvâ'nın gördüğünü kimden işittiği merkumdan sorulmamış ve netice-i muhâkemede son söz mütteheme ait iken bu nokta-i mühimmeye riâyet olunduğu muhâkemât zabıtnamesiyle ilâmda gösterilmemiş ve âhval-i mezkûre nakzı hükmü müstelzim bulunmuş olmakla Usûl-i Muhâkemât-ı Cezaiye Kanunu'nun üç yüz on dördüncü maddesine tefvikan hükm-i mezkûrun nakzıyla âhkâm-ı kânûniye dairesinde ifâ-yı muamele olmak üzere evrâkının mahaline iadesine iki nisan bin üç yüz yirmi yedi tarihinde karar verildi." *Mecmua-i Mukarrerât-ı Temyiziye: Ceza Kısım 1327*. Selanik Matbaası, İstanbul, 1330, Numara: 65 s. 5, 6. Kanunda yer alan yaş sınırına ittiba edilmemesi sebebiyle hükmün nakzına ilişkin karar için bkz. *Mecmua-i Mukarrerât-ı Temyiziye: Ceza Kısım 1327*. Numara: 111, s. 202-204.

yargılanan ve mahkûmiyet cezası verilen kişiler, mezkûr hükmün kanuna aykırı olarak verildiği ve bu sebeple de bozulması gerektiği talebiyle temyize başvurmuşlardır. İbrahim, Şaban ve Halil isimli faillere Türkçe bilmedikleri için tercüman tayin edilmiştir. Yakup Efendi ismindeki tercüman, mezkûr mahkemenin görevlilerinden olduğu dolayısıyla tahlif ettirilmeden tercümanlık vazifesini yerine getirmiştir. Ancak tercümanın, görevli olsa dahi tahlif ettirilmesi hususunda UMCK'nın 286'ncı maddesinde açık hüküm bulunduğundan dolayı kanuna aykırı muhâkeme yapıldığı anlaşılmıştır. İlgili kanuna göre tahlif ettirilmeden tercümanlık görevinin ifa edilmesi sonucunda verilen hüküm "keenlemyekün" yani yok hükmündedir.⁶⁶

28 Haziran 1327 tarihli 224 numaralı temyiz mahkemesi kararında, şahidin şahide tercümanlık yaptığı ve bu hususun kanuna aykırı olduğu gerekçesiyle hükmün bozulması gerektiği talebi yer almaktadır. Temyiz kararında: Mezkûr olayda şahitlik yapan dilsiz bir kişiye diğer şahidin tercümanlık yaptığı ifade edilmiştir. UMCK'nın 287. ve bu maddede yapılan atıfla 286'ncı maddesi gereğince sanık ve savcı razı olsa dahi mahkeme görevlileri veya diğer şahitlerin aynı davada tercümanlık yapamayacakları, yapmaları halinde ise ilgili kararın yok hükmünde olacağı belirtilmiştir. Mezkûr davada da dilsiz olan şahide diğer bir şahit tercümanlık yapmıştır. Sanık veya savcı itirazına tabi olmaksızın, verilen hüküm geçersizdir. Bu sebeple mahkeme tarafından verilen karar UMCK 314'üncü madde⁶⁷ gereğince bozulmuştur.⁶⁸

23 Teşrin-i evvel 1327 tarihli 344 numaralı temyiz mahkemesi kararında, davacı, davalı ve şahide ortak olarak bir tercümanın tayin edilmesinin kanuna açık bir aykırılık taşımadığı ifade

⁶⁶ "Sâlifü'z-zikr tebliğnâmede dahi merkumdan İbrahim ve Şaban ve Halil'e tayin olunan lisan-ı tercümanın muvazzaf ve muhlif bulunduğu beyanıyla tahlifinin icra kılınmamış olması muğayir-i kanun olduğu gibi merkûmından Halil ve Şaban ve Kaplan Seyyidi'nin mahkemeye tahakkuk eden fiil ve hareketleri mukabilen bi't-tehevür katl kasdıyla teşhir-i silah derecesinde telakki ve takdir edilmiş olması itibariyle â'zâm-ı cürüm olan katl ve cerh ve darb fillerinde esbab-ı muazzerat olan mukabelenin cerâim-i mezkûreye nisbetle ehaff ve eşgar olan teşhir-i silah maddesinde sebep-i muazzerat teşkil edeceğinin... Müttehemlerden İbrahim ve Şaban ve Halil'in Türkçe bilmedikleri cihetle kendilerine lisan-ı tercüman tayin olunan Yakup Efendi'nin muvazzaf ve muhlif bulunduğu beyanıyla tahlifinin icra kılınmadığı anlaşılmış ve halbuki muttehem ve şahidler yek diğerinin veyahut bunlardan birisi sâirlerinin söylediği lisan ile tekellüm edemediği halde tayin olunacak tercümanın tahlifi ve aksi halde cereyân eden muâmelâtın keenlemyekün addi Usûl-i Muhâkemât-ı Cezaiye Kanunu'nun iki yüz seksen altıncı maddesi ahkâmından olmasına ve şu halde mahkeme-i mahalliye'nin zehâbı vecihle tercüman-ı mûmâ mumâ ileyhin muvazzaf ve muhlif bulunması itibariyle tercüman tayin edildiği husûsatta tekrar tahlifinden ferâgat olunması sarâhat-i kânûniyeye muhalif bulunmasına binâen tebliğnâmede bu kısma taalluk-ı itiraz vârid olmakla beraber..." Mecmua-i Mukarrerât-ı Temyiziye: Ceza Kısmı 1327, Numara: 135, s. 250-252.

⁶⁷ "Müttehem aleyhinde hükmolunup da gerek heyet-i ithamiye kararında ve gerek mahkeme-i cinayet huzurunda icra kılınmış olan tahkikat ve Muhâkemâtta veyahut hüküm ilamında adem-i icrası işbu kanunname hükmünce mefsuhiyeti müstelzim olan muamelatın birinde veya birkaçında hilaf-ı kanun hüküm ve zühul vukuu ilamın mefsuhiyetini müstelzim olacağı gibi mefsuhiyeti icap eden sebep-i evvelin vukuu tarihinden sonra cereyan eylemiş olan muamelatın dahi mefsuhiyetini mucip olur. Mahkemenin adem-i salahiyeti nakz-ı hükmü istilzam edeceği gibi müttehem'in veyahut müddei-i umuminin kendilerine kanunen verilmiş olan bir hak ve salahiyeti istimal için vaki olan metâlibinden (talepler) biri veyahut birkaçı üzerine zuhulen veyahut reddet beyan-ı rey olunmasından dolayı dahi muamele-i matlubenin adem-i icrası mucib-i nakz olduğuna dair kanunen sarahat olmasa bile nakzı müstelzimidir." UMCK, md. 314. Düstur, 1. Tertib, C. 4, s. 188, 189.

⁶⁸ "Kâffe-i evrâk-ı dâvâ ba'de'l-mütâlâa hükmi cinâiden dolayı tetkikât-ı temyiziye icra olunduk da sâlifü'z-zikr tebliğnâmede dahi beyan edildiği vecihle şahidlerden dilsiz Yanko'ya diğer şahid Bekçibaşı Konstantin'in tercüman tayin edilmiş olması Usûl-i Muhâkemât-ı Cezaiye Kanunu'nun iki yüz seksen yedinci maddesinin mâtûfu'n-aleyhi olan iki yüz seksen altıncı maddesi hükmüne muğayir ve nakz-ı mucib ahvalden bulunmuş olduğundan kanun-ı mezkûrun üç yüz on dördüncü maddesine tevfikan hükmi cinâîyi mezkûrun sebep-i mebsuddan dolayı nakzına ve ahkâm-ı kanuniye dairesinde ifâ-yı muamele olunmak üzere evrâkın mahalline iadesine yirmi sekiz haziran bin üç yüz yirmi yedi tarihinde müttefikan karar verildi." Mecmua-i Mukarrerât-ı Temyiziye: Ceza Kısmı 1327. Numara: 224, s. 426, 427.

edilmiştir. Temyiz mahkemesi, tercümanlığı; “Bir lisanı, lisan-ı âhara tahvil etmek” olarak tanımlamıştır. İlgili davada davacı, davalı ve şahide tek bir tercüman tayin edilmiştir. Bu ve diğer farklı sebeplerle, verilen hükmün kanuna aykırı olduğu gerekçesiyle hükmün bozulması talep edilmiştir. Mahkeme, ilgili kanun maddesinde aynı tercümanın davacı, davalı ve şahit için tercümanlık görevinde bulunmasının yasak olduğuna veya taraflar için ayrı ayrı tercüman tayin edilmesi gerektiğine dair açık bir hükmün bulunmadığına, bu sebeple de tek bir tercümanın önce bir tarafa sonra diğer tarafa tercümanlık yapmasının mümkün olduğuna karar vermiştir. Aynı tercümanın birden fazla kişi ve tarafa tercümanlık faaliyeti yapması kanuna aykırılık taşımadığı için hükmü bozma sebebi olarak kabul edilmemiştir.⁶⁹

27 Şubat 1327 tarihli 477 numaralı temyiz mahkemesi kararında, bir davada vekil-i müdafii yani davalı vekilinin aynı davada tercümanlık yapmasının kanuna aykırı olduğu zikredilmiştir. İlgili temyiz kararında birden fazla hususta kanuna aykırılık söz konusu olmuştur. Bunlardan bir tanesi de davalı vekilinin tercümanlık yapmasıdır. İlgili kanuna aykırılıklar dolayısıyla UMCK 314’üncü madde gereği daha önce verilen hüküm bozulmuştur.⁷⁰

2 Mayıs 1328 tarihli 118 numaralı temyiz mahkemesi kararına göre bidayet mahkemesindeki inceleme sonucunda katl fiili dolayısıyla faile kürek cezası verilmiştir. Verilen kürek cezasına itiraz edilmiş ve ilgili dava temyiz mahkemesine gönderilmiştir. Söz konusu davada itiraz, birden fazla meseleye dayanmaktadır. Bu meselelerden bir tanesi de tercüman tayininde yaş sınırına uyulmamasıdır. İlgili itirazda; Seyfettin isimli failin Türkçe konuşamadığı için kendisine tercüman tayin edildiği ifade edilmiştir. Tercüman olarak tayin olunan Ali Necati Efendi’nin 20 yaşında olduğu zabıtnâme ve ilamda yer almıştır. UMCK’nın 26’ıncı maddesinde tercüman olarak tayin edilen kişinin en az yirmi bir yaşında olması gerektiği, bu şarta riayet edilmemesi durumunda ise verilen kararın yok hükmünde olacağı zikredilmektedir. Söz konusu davada görev alan tercümanın yaşı, UMCK’nın 286’ıncı maddesine aykırı olduğundan söz konusu kararın yok hükmünde kabul edilmesi ve hükmün bozulması talep edilmiştir. Diğer sebeplerle beraber tercümanın yaş sınırı hususundaki

⁶⁹ “Mahkumiyetlerine dair mukaddemâ verilen ilâm inde’t-temyiz müttehem ve müddei-i şahsa ve şahidlere yalnız bir tercüman tayin olunduğundan... âhiren icra kılınan mahkemeleri neticesinde tercümandan maksat; bir lisanı lisan-ı âhara tahvil etmekten ibaret olup nazar-ı kanunda aranacak cihet ise şu sıfatla tayin olunan kimsenin ehliyet-i kanuniyeye haiz ve muhlif bulunması olduğu ve esasen Usûl-i Muhâkemenin iki yüz seksen altıncı maddesinde ayrı ayrı tercüman tayin kılınacağına dair bir sarahat dahi bulunmadığı cihetle... müttehem ve şahidlere kanunen ayrı ayrı tercüman tayini hakkında sarahat olmadığı ve tayin kılınan tercümanın muhlif bulunduğu cihetle birinci sebab-i nakzın gayr-ı vârid olduğu beyanıyla... tevdiye olunan heyet-i Umumiyece bi’t-tetkik kısmen ısrara muhteva bulunduğu ve esas maddeye gelince ilâma nazaran gerek müttehemlere ve gerek müddei-i şahs ile şahidlere doğru tercümanlık etmek üzere mahkeme mübaşiri elli yaşında Mustafa Ağa’nın ba’de’t-tahlif tercüman tayin kılındığı müsteban olmasına ve bunlara başka başka tercüman tayin edileceğine dair sarahat-i kanuniye olmamasına ve tercüman-ı merkumun usûl dairesinde tahlifi icra edilerek maksad-ı kanunun hasıl olduğu anlaşılmasına binaen bu cihetle sebab-i nakz gayr-ı vârid olduğu gibi...” Mecmua-i Mukarrerât-ı Temyiziye: Ceza Kısmı 1327, Numara: 344, s. 649-652.

⁷⁰ “İkinci celsede vekil sabık Dikra Efendi’nin lisan-ı tercümanı olduğu gösterilmesine müttehemlerden birine ayrıca bir vekil tayin edilmemesine ve bir zâtın hem vekil hem tercüman olamayacağı derkar bulunmasına göre kısım-ı mezkûra ait muhâkemenin kanun dâiresinde cereyân etmediği nûmayân olduğu gibi... Usûl-i Muhâkemât-ı Cezaiye Kanunu’nun üç yüz on dördüncü maddesi hükmüne tevfiқан nakza ve ahkâm-ı kanuniye dairesinde ifâ-yı muamele olunmak üzere evrâkın mahalline iadesine yirmi yedi şubat bin üç yüz yirmi yedi tarihinde müttefikân karar verildi.” Mecmua-i Mukarrerât-ı Temyiziye: Ceza Kısmı 1327, Numara: 477, s. 913, 914.

kanuna aykırılık dolayısıyla hükmün bozulmasına karar verilmiştir.⁷¹

SONUÇ

Mahkemelerde tarafların birbirini ve kadı başta olmak üzere mahkeme görevlilerini anlamaları, adaletin temini bakımından büyük önem arz etmektedir. İslam hukukunda tercümandan birçok alanda istifade edilmiştir. Bu alanların başında da yargılama gelmektedir. Rasulullah (sav) döneminden itibaren İslam devletlerinde mahkemelerde tercümandan faydalandığı bilinmektedir. Bu sebeple; mahkemede kaç tane tercüman bulundurulması gerektiği, bu tercümanların taşımaları gereken niteliklerin neler olduğu gibi konular fıkıh kitaplarında yer almaktadır. Klasik dönem Osmanlı hukukunda da mahkemelerde tercümandan yararlanılmıştır. Özellikle taraflardan birinin veya ikisinin de zimmi olduğu davalarda veya müste'menler ile Osmanlı vatandaşları arasında cereyan eden davalarda tercüman kullanılmıştır.

Tanzimat döneminde Nizamiye mahkemelerinin kurulması ile beraber tercümanın etkinliği daha da artmıştır. Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye'de tercüman ile alakalı doğrudan iki maddeye yer verilmesi mahkemelerde tercümanın önemini göstermektedir. 1879 Usûl-i Muhâkemât-ı Cezaiye Kanunu'nda tercümana ilişkin iki madde yer almaktadır. Bu maddelerde mahkemede tercüman bulundurulması, hangi durumlarda tercüman tayininin zorunlu olduğu, tayin edilecek olan tercümanın hangi yaşta olması gerektiği, tercümanın doğru söylediğine dair tahlifi, dilsiz ve sağır olan davacı ve şahit için de tercüman tayini gerektiği, tüm bu hususlarda kanuna uyulmaması halinde verilen hükmün bozulacağı ifade edilmiştir.

Her ne kadar söz konusu ceza usûl kanunu Fransa'dan alınsa da tercüman ile ilgili olan iki maddenin İslam hukuku kurallarına aykırılık teşkil etmediği ve İslam hukukunda tercümana ilişkin olan kuralların belirli hususlarda sınırlandırıldığı (yirmi bir yaşından küçük olanların tercümanlık yapamaması gibi) çıkarımında bulunulabilir. Bu sebeple mahkemede tercüman bulundurma usûlü, sonradan ihdas edilmiş değildir. 1327-1330 yılları arası incelenen temyiz mahkemesi kararlarından on tanesinde, uyuşmazlığın tercüman nedeniyle temyize götürüldüğü ve bunlardan sekiz tanesinin doğrudan 1879 UMCK'da yer alan maddelere aykırılık nedeniyle olduğu anlaşılmıştır. İlgili kararlar incelendiğinde genellikle kanun hükmüne aykırı gerçekleştirilen tercüman tayinleri nedeniyle kararın bozulduğu görülmüştür.

⁷¹ “Evrâk-ı dâvâ ba`de'l-mütalaa hükm-i cinâiden dolayı tetkikât-ı temyiziye icra olunduk da salifü'z-zikr tebliğnamade dahi beyan olunduğu veçhile lâyhada dermeyan olunan itirâzat gayr-ı vârid olup ancak müttehem-i merkum Seyfeddin Türkçe tekellüme muktedir olmamasından nâsi kendisine tercüman tayin kılınan Ali Necati Efendi'nin yirmi yaşında olduğu zabıtnâme ve ilâm-ı mündericâtından anlaşılmış ve bu ise Usûl-ı Muhâkemât-ı Cezaiye Kanunu'nun iki yüz seksen altıncı maddesine muğayir bulunmuş olduğu gibi...merkum Seyfeddin'in kâtil ve dârib olmak üzere tecrim ve tayin-i cezasından isabet-i kanuniye görülemeyişinden Usûl-i Muhâkemât-ı Cezaiye Kanunu'nun üç yüz on dördüncü maddesine tevfikân hükmü mezkûrun nakzına ve ahkâm-ı kanuniye dairesinde ifâ-yı muamele olunmak üzere evrâkın mahalline iadesine iki mayıs bin üç yüz yirmi sekiz tarihinde müttefikân karar verildi.” Mecmua-i Mukarrerât-ı Temyiziye: Ceza Kısmı 1328, Matbaa-i Âmire, İstanbul, 1331, Numara: 118, s. 209, 210.

KAYNAKLAR

- Abdülhak Mithat. *Usûl-i Cezaiye*. İkrâm Matbaası, Dersaadet, 1326.
- Ali Haydar, Hocaeminefendizade. *Dürrü'l Hükkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*. haz. Raşit Gündoğdu-Osman Erdem, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, İstanbul 2017.
- Atar, Fahreddin. *İslam Adliye Teşkilatı (Ortaya Çıkışı ve İşleyişi)*. Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, Ankara, 1991.
- Atar, Fahreddin. *İslam Yargılama Hukukunun Esasları*. İFAV, İstanbul, 2019.
- Avcı, Mustafa. *Türk Hukuk Tarihi*. Adalet Yayınevi, Ankara, 2023.
- Aydın, Akif. *Türk Hukuk Tarihi*. Beta, İstanbul, 2019.
- Balcı, Sezai. *Osmanlı Devleti'nde Tercümanlık ve Bab-ı Ali Tercüme Odası*. Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2006.
- Bilgin, Aydın. "Divan-ı Hümayun Tercümanları ve Osmanlı Kültür ve Diplomasisindeki Yerleri." *Osmanlı Araştırmaları*, C. 29, S. 29, 2007, s. 41-86.
- Bilmen, Ömer Nasuhi. *Hukuk-ı İslâmiyye ve Istılahat-ı Fıkhiyye Kamusu*. Bilmen Yayınevi, İstanbul, 1991.
- Boynukalın, Ertuğrul. "Yemin", TDV İslâm Ansiklopedisi, C. 43, İstanbul, 2013, s. 417-420.
- Bozkurt, Nebi. "Tercüman", TDV İslâm Ansiklopedisi, C. 40, İstanbul, 2011, s. 489-490.
- Cin, Halil – Akyılmaz, Gül. *Türk Hukuk Tarihi*. Sayram, Konya, 2013.
- Çiçek, Kemal. "Osmanlı Adliye Teşkilatında Mahkeme Tercümanları." *Tarih ve Toplum*, C. 5, S. 30, 1996, s. 47-58.
- Çiçek, Kemal. "Osmanlı Devleti'nde Yabancı Konsolosluk Tercümanları." *Tarih ve Toplum*, C. 25, S. 146, 1996, s. 17-23.
- Damad, Abdurrahman b. Muhammed b. Süleyman Şeyhizade (Damad). *Mecmau'l-Enhur fi Şerhi Mülteka'l-Ebhur*. Darul İhyaüt Teraşil Arabi, tarih yok.
- Demirtaş, Rıdvan Abdurrahman. "İhtiyacât-ı Hâzıraya Muvafık ve Kaide-i Terakki ve Tekamüle Mutabık Bir Temyiz Kararları Dergisi Çıkarmak: Mecmua-i Mukarrerât-ı Temyiziye" *Adalet Dergisi*, S. 71, 2023, s. 451-472.
- Düstur, 1. Tertib, C. 4.
- Ekinci, Ekrem Buğra. *Osmanlı Mahkemeleri*. Arı Sanat, İstanbul, 2004.
- Gökçen, Ahmet. "1296 (1879) Tarihli Usûl-i Muhâkemât-ı Cezaiye Kanun-ı Muvakkatı." *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 4, S. 1-2, 1994, s. 203-288.

- Güçlü, Yaşar. *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye*. Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019.
- Hacı Reşid Paşa. *Ruhu'l-Mecelle (Kitabu'l-Buyu'un Şerhi)*. Daru'l-Hilafeti'l-Aliyye, 1326.
- Hafız Mehmed Ziyaeddin (Kale-i Sultaniyeli Türkcâde). *Mecelle-i Ahkam-ı Adliye Şerhi*. Kasbar Matbaası, Dersaadet, 1312.
- Halebi, İbrahim b. Muhammed b. İbrahim el-Halebi el-Hanefî. *Mülteka'l-Ebhur (Mecmau'l-Enhur Şerhiyle)*. Tahkik: Halil İmran Mansur, Daru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut, 1419/1998.
- Halil Cemaleddin ve Hırand Asador. *Ecanibin Memâlik-i Osmaniye'de Haiz Oldukları İmtiyâzât-ı Adliye*. Hukuk Matbaası, Dersaadet, 1331.
- Hüseyin Avni – Abdullah Faik – Ahmet Mithat – Ahmet Necati. *Usûl-i Muhâkemât-ı Cezaiye Kanunu Şerhi (Yorgaki Efendi'nin 1326-1327 Senelerinde İkinci Sınıfta Zabt Olunan Takrir-i Âlileridir)*. Hürriyet Matbaası, Dersaadet, 1326.
- İbn Ferhun, Burhaneddin. *Tebşirâtü'l-Hükkâm*. Mektebetü'l-Külliyâtü'l-Ezheriyye, 1406/1986.
- İbn Manzûr, Ebu'l-Fazl Cemaleddin Muhammed b. Mükerrrem b. Ali el-Ensârî. *Lisânü'l-Arab*. Dâru Sâdır, Beyrut, 1414.
- İbnu'l-Hikmet Ahmed Cemal. *Yeni Nazariyat-ı Kanun-ı Ceza*. Matbaa-i Hayriye, İstanbul, 1327-1329.
- İnan, Kenan. “Osmanlı Döneminde Yabancı Elçilik ve Konsolosluklarda Görevli Tercümanların Statüleri.” *Tarih ve Toplum*, C. 26, S. 154, 1996, s. 4-10.
- Kırımlı Abdussettar Efendi. *Teşrihü'l-Kavaidi'l-Külliyeh*. Mahmud Bey Matbaası, Dersaadet, 1297.
- Konan, Belkıs. *Osmanlı Devleti'nde Yabancıların Kapitülasyonlar Kapsamında Hukukî Durumu*. Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2006.
- Köse, Üzeyir. “Tercümanlık ve İslam Muhâkeme Hukukundaki Rolü.” *Rize İlahiyat Dergisi*, S. 25, 2023, s. 45-59.
- Mecmua-i Mukarrerât-ı Temyiziye: Ceza Kısmı 1327*. Selanik Matbaası, İstanbul, 1330.
- Mecmua-i Mukarrerât-ı Temyiziye: Ceza Kısmı 1328*. Matbaa-i Âmire, İstanbul, 1331.
- Orhonlu, Cengiz. “Tercüman”, *Milli Eğitim Bakanlığı*. C. 1, S. 12, 1993, s. 175-181.
- Polatcı, Türkan. *Osmanlı Devleti'nde Sefaret Tercümanları*. Ondokuzmayıs Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2009.
- Serahsî, Ebu Bekr Şemsü'l-Eimme Muhammed b. Ebî Sehl Ahmed. *el-Mebsût*. Daru'l-Maruf, Beyrut, 1414/1993.
- Şakiroğlu, Mahmut H. “Tercüman”, TDV İslâm Ansiklopedisi, C. 40, İstanbul, 2011, s. 490-492.

- Tezcan, Esmâ Sena. *Türk Ceza Yargılama Usûlünde İlk Kanun: 1879 Tarihli Usûl-i Muhâkemât-ı Cezaiye Kanun-ı Muvakkatî ve Mahkemelerin Görev ve Yetkisi*. Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2022.
- Turinay, Faruk Yasin. “1879 Tarihli Ceza Muhâkemesi Kanunu (Usûl-i Muhâkemât-ı Cezaiye Kanun-u Muvakkatî) Üzerine Bir İnceleme”. *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 11, S. 1, 2021, s. 169-228
- Ünal Özkorkut, Nevin. “Kapitülasyonların Osmanlı Devleti’nin Yargı Yetkisine Getirdiği Kısıtlamalar”. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 53, S. 2, 2004, s. 83-94.
- Vizâretü’l-Evkâf ve’s-Şuûni’l-İslâmiyye, el-Mevsûatü’l-Fıkhiyye el-Kuveytiyye*. Kuveyt, 1404-1427.
- Yorgaki ve Talat. *Usûl-i Muhâkemât-ı Cezaiye Kanunu Şerhi*. İstanbul, 1301-1302.
- Yorgaki. *Usûl-i Muhâkemât-ı Cezaiye Kanunu Şerhi*. naşir: Mehmet Tahir ve Ahmet Talat, Matbaa-i Hukukiye, Dersaadet, 1327.
- Ziya. *Şerhli Usûl-i Muhâkemât-ı Cezaiyye*. Dersaadet, 1300.

Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu Çerçevesinde İspat Hakkına Getirilen Sınırlamanın Anayasa'ya Uygunluğu Sorunu

Vildan SEZİŞLİ ^{1*} 

¹ Erzinan Binali Yıldırım Üniversitesi, Türkiye

Makale Bilgisi

Makale Geçmişi

Geliş: 13.02.2025

Kabul: 06.05.2025

Yayın: 05.06.2025

Anahtar Kelimeleri:

Yabancı yatırımcı,
Doğrudan yabancı yatırım,
Ticari sır, İspat hakkı,
İspat hakkının
sınırlandırılması.

ÖZET

Ülkeler, doğrudan yabancı yatırımlara yönelik stratejilerini egemenlik hakları çerçevesinde belirlemektedir. Türkiye’de doğrudan yabancı yatırımlara ilişkin temel yasal çerçeve, Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu ile çizilmiştir. Anılan Kanun’da, yabancı yatırımcıların yatırımlarıyla ilgili olarak Müsteşarlığa bildirdiği istatistiki bilgilerin, yalnızca istatistik amaçlı kullanılabileceği ve ispat aracı olarak kullanılamayacağı hüküm altına alınmıştır. Ancak, idarenin hakkını arayabilmesi açısından tüm bilgi ve belgelerin ispat aracı olarak kullanılabilmesi büyük önem taşımaktadır. Bu çerçevede, ilgili hükmün hukuki açıdan tartışmaya açık bir yapıda olduğu görülmektedir.

Çalışmada öncelikle yabancı yatırımcı ve doğrudan yabancı yatırım kavramları açıklanacaktır. Ardından Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu’nda yabancı yatırımcıların yatırımları ile ilgili bildirdikleri istatistiki bilgilerin ticari sır olarak kabul edilip edilemeyeceği analiz edilecektir. Bu bağlamda ticari sır ve hukukumuzda ticari sırlara sağlanan koruma mekanizmaları üzerinde durulacaktır. Son olarak ispat hakkı ve bu hakkın anayasal güvenceleri incelenerek, Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu’nda, yabancı yatırımcıların yatırımları ile ilgili bildirdikleri istatistiki bilgilerin ispat aracı olarak kullanılmasına sınırlama getiren ilgili hükmün Anayasa’ya uygunluğu değerlendirilecektir.

The Constitutionality of the Limitation on the Right of Proof within the Framework of the Foreign Direct Investment Law

Article Info

Article History

Received: 13.02.2025

Accepted: 06.05.2025

Published: 05.06.2025

Keywords:

Foreign investor, Foreign direct investment, Trade secret, Right of proof, Limitation of the right of proof.

ABSTRACT

Countries determine their strategies for foreign direct investments within the framework of their sovereign rights. The Foreign Direct Investment Law establishes the basic legal framework for foreign direct investments in Türkiye. According to the preceding law, the statistical information provided by foreign investors to the Under secretariat regarding their investments can only be used for statistical purposes and cannot be used as evidence. For the administration to be able to claim its rights, it is, however, vital that all information and documentation can be used as evidence. It can be seen from this framework that the relevant regulation is open to discussion from a legal perspective.

This study will first explain the concepts of foreign investor and foreign direct investment. Next, it will be determined whether the statistical information reported by foreign investors regarding their investments can be considered trade secrets under the Foreign Direct Investment Law. Trade secrets and the protection mechanisms provided for them in our law will be discussed in this context. Finally, the right of proof and the constitutional guarantees of this right will be analyzed and the constitutionality of the relevant provision of the Foreign Direct Investment

Law, limiting the use of statistical information reported by foreign investors regarding their investments as a means of proof, will be evaluated

To cite this article:

Sezişli, V. (2025). “Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu Çerçevesinde İspat Hakkına Getirilen Sınırlamanın Anayasa'ya Uygunluğu Sorunu”, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 8(1), s. 174-203. <https://doi.org/10.51120/NEUHFD.2025.151>.

***Sorumlu Yazar:** Vildan SEZİŞLİ, sezislivildan@gmail.com

GİRİŞ

Yabancı yatırımlar ekonomik, sosyal ve teknolojik alanlarda ülkeler açısından önemli faydalar sağlamaktadır. Bu doğrultuda, ülkeler yabancı yatırımları teşvik edebilmek amacıyla çeşitli hukuki düzenlemeler geliştirmekte ve uygulamaya koymaktadır. Türkiye, bu doğrultuda birçok uluslararası sözleşmeye taraf olmuş ve iç hukukunda yabancı yatırımcıları teşvik eden düzenlemelere yer vermiştir.

Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu'nun¹ (DYYK) 4'üncü maddesinde, yabancı yatırımcıların yatırımlarıyla ilgili olarak Müsteşarlığa² bildirdiği istatistiki bilgilerin ispat aracı olarak kullanılamayacağı hükme bağlanmaktadır. Söz konusu hükmün temel amacı, yatırımcıların bildirdiği bilgilerin gizliliğini korumaktır. Bununla birlikte bu düzenleme, söz konusu bilgilerin hukuki süreçlerde delil olarak kullanılmasını engellemekte ve bu durum, hak arama özgürlüğü bağlamında hukuki açıdan tartışmaya açık bir mesele haline gelmektedir. İlgili düzenlemenin hukuki sonuçlarını kapsamlı bir şekilde değerlendirebilmek için öncelikle temel kavramlar ele alınmalı ve istatistiki bilgilerin ticari sırların korunmasına yönelik önlemler kapsamında korunup korunamayacağı incelenmelidir.

I. YABANCI YATIRIMLARA İLİŞKİN TEMEL KAVRAMLAR VE HUKUKİ ÇERÇEVE

Küreselleşme öncesinde göz ardı edilen yabancı yatırımlar, kalkınmaya sundukları katkıların fark edilmesiyle bugün gelişmiş ve gelişmekte olan ülkelerin dikkatini üzerine çekmektedir³. Zira

¹ RG. 17.06.2003-25141.

² 2018 yılında Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi'ne geçiş kapsamında Hazine Müsteşarlığı kaldırılarak, tüm yetkileri Hazine ve Maliye Bakanlığı'na devredilmiştir. Bkz. RG. 10.07.2018-30474. Çalışmada DYYK'da geçen “Hazine Müsteşarlığı” ifadesinin, “Hazine ve Maliye Bakanlığı” olarak anlaşılması gerekmektedir.

³ Bilgin, Mehmet Hüseyin. “Türkiye'ye Yönelik Doğrudan Yabancı Sermaye Yatırımlarının İstihdama Etkisi.” *Öneri Dergisi*, C. 6, S. 22, 2004, s. 257. Ülkeler açısından sermaye ve bu sermayeyi değere dönüştürecek insan kaynağı, ekonomik ve toplumsal gelişim bakımından kritik bir öneme sahiptir (Kaya, Talat. “Dünyadaki Örnekler Işığında Yatırım Yoluyla Vatandaşlık Uygulamasına Eleştirel Bir Bakış.” *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 12, S. 1, 2021, s. 130). Bu önemi göz önünde bulunduran ülkeler, yabancı yatırımlarla, sermayeyi ve onu değere dönüştürecek insan kaynağını kendi ülke kaynaklarına dâhil etmeye çalışmaktadır (Kaya, s. 130). Ancak bu noktada gelişmekte olan ülkeler yabancı yatırımcılar eliyle, işlerine müdahale edilmesi, doğal kaynaklar üzerinde egemenliklerinin ihlal edilmesi endişesini taşıyabilmektedir (Karaoğlu, Ali Osman. *Yabancı Yatırımların Korunmasında Uluslararası Hukukun Rolü*. 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 71). Siyasi bağımsızlıklarını yeni elde eden ülkeler de, yabancı yatırım

yabancı yatırımlar, modern teknolojilerin ülkeye kazandırılmasını, yeni istihdam olanaklarının artırılmasını, yaşam standardının yükselmesini, iş yönetimi ve idaresinde yeni yaklaşımların benimsenmesini, rekabet gücünün artmasını ve sermaye piyasasının güçlenmesini sağlamaktadır⁴.

Yabancı yatırımcı yatırım kararı verirken ülkenin hukuki, siyasi ve ekonomik yapısını dikkate almaktadır⁵. Dolayısıyla yabancı yatırımları teşvik etmek isteyen ülkelerin ekonomik ve siyasi istikrar⁶ ile güvenilirlik özellikleri açısından cazibe merkezi olması gerekmektedir⁷. Yabancı yatırımları teşvik etmek isteyen ülkelerin, ayrıca yabancı yatırımcının tercihlerine etki edecek sağlam bir hukuki alt yapı tesis etmeleri de önem taşımaktadır. Bu noktada konuya ilişkin yatırımcıların gereksinimlerini ve taleplerini göz önünde bulunduran güvenilir bir yatırım mevzuatının varlığı gerekli görülmektedir⁸. Dolayısıyla yabancı yatırıma ilişkin mevzuatın hazırlanmasında hukuk devleti ilkesi göz önünde bulundurulmalıdır. Zira hukuk düzeninin, hukuk devleti ilkelerine uygun olması o ülkenin uluslararası ekonomik ilişkilerinde güvenli bir liman olmasının teminatıdır⁹. Güven vermeyen bir hukuk düzeni ülkelerin ekonomik küreselleşmeden pay alma olgusunu olumsuz etkilemektedir¹⁰.

Yabancı yatırım konusu devletlerin egemenlik hakları kapsamında kendi insiyatifleri ile düzenlenmekte, bu insiyatif devletlerin taraf olduğu uluslararası anlaşmalar, yatırımcılarla imzaladığı sözleşmeler¹¹, yürürlüğe koyduğu yasal düzenlemelerle şekillenmekte, dönemin gereksinimleri

yoluyla ekonomik bağımsızlıklarını kaybetme endişesi ile yabancı sermayeye soğuk bakabilmektedir (Dost, Süleyman. *Yabancı Yatırım Uyuşmazlıkları ve ICSID Tahkimi*. Asil Yayın Dağıtım, Ankara, 2006, s. 106, dn. 4).

⁴ Demir Gökyayla, Cemile/ Süral, Ceyda. “4875 Sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu ve Getirdiği Yenilikler.” *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 6, S. 2, 2004, s. 132.

⁵ Demir Gökyayla/ Süral, s. 133; Çelikel, Aysel. “Yabancı Yatırımların Teşviki Amacıyla Yapılan Yeni Yasal Düzenlemeler.” *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, C. 23, S. 1-2, 2011, s. 162; Çelikel, Aysel/ Öztekin Gelgel, Günseli. *Yabancılar Hukuku*. 27. Baskı, Ankara, 2022, s. 233; Ener, Mustafa Alper. *Uluslararası Yatırım Hukuku*. 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024, s. 110. Yabancı yatırımcının dikkate aldığı hususlar kapsamında, Türkiye’de atılması gereken adımlar Dünya Bankası İş Yapma Kolaylığı 2020 Raporu’nda belirtilmişti (Ener, s. 320). Bu noktada 2021 yılında Dünya Bankası’nın, bu raporun yayınlanmasına son verme kararı aldığı, “Business Ready (B-Ready)” adı verilen yeni bir raporlama aracı oluşturulduğunu belirtmekte fayda vardır (Dündar, Hasan Çağlayan. *Türkiye’nin İş Yapma Kolaylığındaki Yolculuğu: B-Ready Raporu ve Yeni Ufuklar*. 2024, s. 2, <https://www.researchgate.net/publication/385001443> (ET: 02.01.2025)).

⁶ Siyasi istikrar ile yabancı yatırımlar arasında doğrudan orantı kurulmaktadır (Cuervo-Cazurra, Alvaro, vd. “Host Country Politics and Internationalization: A Meta-Analytic Review.” *Journal of Management Studies*, C. 60, S. 1, 2023, s. 232). Yabancı yatırım üzerinde siyasi etki, hükümetin yabancı yatırımlara doğrudan müdahalesi ya da siyasi olayların iş faaliyetleri ve performans üzerindeki dolaylı olumsuz etkisi şeklinde gündeme gelebilmektedir (Cuervo-Cazurra vd., s. 206-207). Siyasi etkinin, şiddet içermeyen (hükümet türü, kamu yolsuzluğu, liderlik değişikliği) ve şiddet içeren (silahlı çatışma, terörizm) olmak üzere 5 ana yönü bulunmaktadır (DeGhetto, Kaitlyn. “What’s in a Name (Political Risk)? A Review of Political Risk and Foreign Investment Decisions.”, *Cross Cultural & Strategic Management*, C. 31, S. 1, 2024, s. 50). COVID-19 salgını, iklim değişikliğiyle ilgili doğal afetler, yapay zeka gibi küresel olayların hükümetlerin müdahalesini gerektirmesi, önde gelen dünya güçleri arasındaki artan gerginlikler ve yerleşik politik normlara meydan okuyan popülizm dalgalarının yükseldiği bir zamanda, çok uluslu şirketler giderek daha fazla ev sahibi ülke riski kaynağı olarak siyasi yapıya odaklanmaktadır (DeGhetto, s. 51).

⁷ Dost, s. 118; Özel, Sibel. “Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu Üzerine Bir Değerlendirme.” *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, C. 23, S. 1-2, 2011, s. 599.

⁸ Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu Tasarısı ve Plan ve Bütçe Komisyonu Raporu (1/327), <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d22/c017/tbmm22017090ss0142.pdf> (ET: 27.11.2024).

⁹ Çelikel, s. 161. Küreselleşme ile ülkelerin dünya ile siyasi ve ekonomik ilişkileri düzenlenmekte, bu kapsamda iç hukuk da yeniden yapılandırılmaktadır (Çelikel, s. 161).

¹⁰ Çelikel, s. 161.

¹¹ Devletler yabancı yatırımcıyla “yap-işlet-devret sözleşmeleri”, “yap-kirala-devret sözleşmeleri”, “işletme hakkı devri sözleşmeleri”, “yap-işlet sözleşmeleri” ve “imtiyaz sözleşmeleri” şeklinde yatırım sözleşmeleri yapabilmektedir (Ener, s. 239).

doğrultusunda değişikliğe uğramaktadır¹². Söz konusu düzenlemeler, ülkelerin ekonomik politikaları ve ulusal güvenlik hassasiyetleri doğrultusunda farklılık arz etmektedir. Karşılaştırmalı hukuka bakıldığında yabancı yatırımın ülkeye girişine ilişkin düzenlemelerin yabancı yatırımlara tamamen kapalı tutulan bir sistem ile tüm sektörlerde herhangi bir resmi onay veya denetim gerektirmeyen serbest giriş sistemi arasındaki yelpazede yerini bulduğu görülmektedir¹³. Türkiye doğrudan yabancı yatırım için en liberal yasal rejimlerden birine sahiptir¹⁴.

Mevzuatımızda yabancı yatırıma ilişkin temel düzenleme DYYK'dır¹⁵. İlgili Kanun'a dayanılarak iki yönetmelik yürürlüğe girmiş olup, birisi "Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu Uygulama Yönetmeliği"¹⁶ (DYYKUY), diğeri de "Doğrudan Yabancı Yatırımlarda Yabancı Uyruklu Personel İstihdamı Hakkında Yönetmelik"¹⁷ (Kilit Personel Yönetmeliği)'dir. Yabancı yatırımcının yatırım yaptığı sektörü düzenleyen hukuk kuralları da konuya ilişkin hükümlerin yer aldığı düzenlemelerdendir. Bu düzenlemeler yabancı yatırıma ilişkin mevzuatla birlikte tatbik edilmektedir¹⁸.

Taraf olunan iki¹⁹ ya da çok taraflı uluslararası anlaşmalarda²⁰ da yabancı yatırıma ilişkin

¹² Ener, s. 28. Bu noktada siyasi karar alma sisteminin, yabancı yatırımları kısıtlayabilecek yeni düzenlemeler hazırlamasının ne kadar kolay olduğunu gösterdiğini belirtmekte de fayda vardır (Cuervo-Cazurra vd., s. 222).

¹³ Ener, s. 82.

¹⁴ Bkz. US Department of State, <https://www.state.gov/reports/2024-investment-climate-statements/turkey/> (ET: 02.01.2025).

¹⁵ DYYK, IMF ile yürütülen ekonomik istikrar programı kapsamında hazırlanmıştır (Bilgin, s. 253). DYYK öncesinde 6224 sayılı Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunu (YSTK) (RG. 23.01.1954-8615) yürürlükte idi. YSTK'dan önce ise yabancı yatırıma ilişkin hükümler Yabancı Sermaye Yatırımlarını Teşvik Kanunu'nda (YSYTK) (RG. 09.08.1951-7880) yer almaktaydı. Yabancı yatırımlar Osmanlı devleti döneminde kapitülasyonlar, İngiltere ile yapılan 1838 Ticaret Anlaşması (Balta Limanı Anlaşması) ve aynı nitelikte diğer devletlerle yapılan anlaşmalar, borçlanma ve Düyun-u Umumiye gibi faktörlere bağlı olarak gelişse de, bu unsurların oluşturduğu hukuki zemin nedeniyle sağlıklı bir ilerleme kaydedilememiştir (Erten, Rifat. "Türk Hukukunda Doğrudan Yabancı Yatırımlar." *Türkiye Barolar Birliği Vatandaşlık, Göç, Mülteci ve Yabancılar Hukukundaki Güncel Gelişmeler*, Ed. Kay Hailbronner vd., Şen Matba, 2009, s. 398 (yabancı yatırım)). Başlangıçta Türkiye'ye gelen yabancı sermaye, dış borçlar aracılığıyla sağlanırken, zamanla bu durum değişerek farklı bir yapı kazanmıştır (Şener, Sefer/ Kılıç, Cüneyt. "Osmanlı'dan Günümüze Türkiye'de Yabancı Sermaye." *Bilgi Sosyal Bilimler Dergisi*, S. 1, 2008, s. 22). İlk yabancı sermayenin, 1840'lı yıllarda borçlanma yolu ile ülkemize girdiğine ilişkin bkz. Şener/ Kılıç, s. 23.

¹⁶ RG. 20.08.2003-25205.

¹⁷ RG. 29.08.2003-25214.

¹⁸ Çelikel/ Öztekin Gelgel, s. 230. Örneğin, deniz ve hava ulaşımı, turizm, maden, petrol, sigorta ve bankacılık gibi sektörlerle yönelik özel düzenlemelerin yanı sıra, serbest bölgeler, endüstri bölgeleri ve teknoloji geliştirme bölgelerine ilişkin düzenlemeler, DYYK mevzuatıyla birlikte uygulanmaktadır (Çelikel/ Öztekin Gelgel, s. 240).

¹⁹ Yatırımların karşılıklı teşviki ve korunması anlaşmalarına ikamet, ticaret ve seyrüsefer anlaşmaları öncülük etmiştir (Erten, Rifat. *Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanununun Türk Yabancılar Hukuku Sistemi İçindeki Yeri ve Rolü*. Sözkese Matbaacılık, Ankara, 2005 (yabancılar hukuku), s. 158; Ener, s. 93, 184). Modern dünyada ilk yatırım anlaşmasının 1959 yılında imzalanmış olduğu belirtilmektedir (Yackee, Jason Webb. "Bilateral Investment Treaties, Credible Commitment, and the Rule of (International) Law: Do BITs Promote Foreign Direct Investment?." *Law & Society Review*, C. 42, S. 4, 2008, s. 816; Ayhan İzmirli, Lale. "Uluslararası Yatırım Hukukunda 'Yatırım' Kavramı." *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 8, S. 2, 2018, s. 107). Türkiye bu konuda ilk anlaşmayı 1963 yılında Almanya ile yapmıştır (Ekşi, Nuray. *Milletlerarası Ticaret Hukuku*. 4. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 537 (ticaret)). Türkiye'de yürürlükteki anlaşmalar için bkz. T.C. Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı, <https://www.sanayi.gov.tr/anlasmalar/yktk/al1602> (ET: 23.01.2025).

²⁰ "Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasında Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü Hakkında Sözleşme" (Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States) (ICSID Sözleşmesi) (RG. 02.06.1988-19830); "Çok Taraflı Yatırım Garanti Kuruluşu Sözleşmesi" (Multilateral Investment Guarantee Agency Agreement) (MIGA Konvansiyonu) (RG. 02.06.1988-19830); "Enerji Şartı Anlaşması" (Energy Charter Treaty) (ECT) (RG. 06.02.2000-23956); "Hizmet Ticareti Genel Anlaşması" (General Agreement on Trade in Services) (GATS) (RG. 25.02.1995-22213); "Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkındaki New York Sözleşmesi"

hükümler yer almaktadır²¹.

Yabancı yatırıma ilişkin hükümlere DYYK, DYYKUY, Kilit Personel Yönetmeliği, taraf olunan uluslararası yatırım anlaşmalarının yanında, Uluslararası İşgücü Kanunu²² (UİK), Uluslararası İşgücü Kanunu Uygulama Yönetmeliği²³ (UİKUY), Turkuaz Kart Yönetmeliği²⁴, Türk Vatandaşlığı Kanunu²⁵ (TVK), Türk Vatandaşlığı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik’de²⁶ (TVKUY) de yer verilmektedir.

İlgili düzenlemelerle yabancıların ülkede yatırım yapmalarını sağlayacak teşvikler uygulanmaktadır²⁷. Bu noktada yabancı yatırımları teşvik amacıyla yabancı yatırımcıya vatandaşlık verme²⁸, ikamet izni²⁹ ve çalışma izni vermede kolaylık sağlama gibi yöntemler uygulamaya

(Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards) (New York Convention) (RG. 21.05.1991-20877) yabancı yatırıma ilişkin hükümler içeren çok taraflı anlaşmalara örnek gösterilebilir.

²¹ Bu anlaşmaları devletler, uluslararası yatırımları teşvik etmek niyetiyle imzalamaktadır (Carlson, David/ Ziegler, Jeffrey. “The Role of Democratic Governance and Indirect Expropriation in International Investment Treaty Violations.” *Uluslararası İlişkiler*, C. 18, S. 72, 2021, s. 40). İlgili anlaşmalar yabancı yatırımcıları, bu yatırımların yapıldığı devletin olası politikalarından koruyarak, kendilerine güvenliklerini artırma fırsatı sunmaktadır (Carlson/ Ziegler, s. 40). Ancak bu anlaşmaların ülkelerde doğrudan yabancı yatırımları teşvik edip etmediğine ilişkin net veriler bulunmamaktadır (Carlson/ Ziegler, s. 40). İlgili anlaşmaların yabancı yatırımı teşvik edip etmediği konusunda yürütülen istatistiksel çalışma sonuçlarının tutarsız ve çelişkili olup, yatırım kararlarını anlamlı bir şekilde etkileyip etkilemediğinin belirsiz olduğu (Yackee, s. 806-807); yabancı yatırımcıların yatırım yapmaya karar verirken öncelikle diğer yatırımcıların görüş ve deneyimlerine güvendikleri ifade edilmektedir (Yackee, s. 811). Şu hususu belirtmekte de fayda vardır ki, küreselleşme çağında yabancı yatırım için optimum yasal korumayı sağlamak için ulusal düzenlemeler ile uluslararası anlaşmalar arasında etkili bir koordinasyon olması gerekmekte, tüm ilgili taraflar için istikrarlı ve elverişli bir yatırım ortamının oluşturulması açısından bu iki husus arasında bir denge sağlanması önem taşımaktadır (Ani, Layla Qodri, vd. “Foreign Investment in the Era of Globalization: A Review of Legal Protection in the Perspective of National and International Law.”, *International Conference Restructuring and Transforming Law*, C. 3, S. 1, 2024, s. 122).

²² RG. 13.08.2016-29800.

²³ RG. 02.02.2022-31738.

²⁴ RG. 14.03.2017-30007.

²⁵ RG. 12.06.2009-27256.

²⁶ RG. 06.04.2010-27544.

²⁷ Erken, Baki. “Türkiye’de Yabancıların Çalışma İzinlerine İlişkin Kurallar ve Uygulaması.” *Türk İdare Dergisi*, C. 476, S. 2, 2013, s. 410.

²⁸ İstisnai yoldan Türk vatandaşlığının kazanılmasının düzenlendiği TVK’nın 12’nci maddesinde belirtilen kişi gruplarına, 2016 yılında Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu’nun (YUKK) (RG. 11.04.2013-28615) 31(1)(j)’inci maddesi uyarınca ikamet izni alan kişiler de dâhil edilmiştir. Yabancı yatırımcının ne kadar yatırım yapacağı TVKUY’nin 20(2)’nci maddesinde öngörülmüştür. Yatırım yoluyla vatandaşlık kazanılması ius pecuniae olarak isimlendirilmektedir (Yılmaz, Alper Çağrı. “Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Yatırımcı Vatandaşlık Olgusu: Ius Pecuniae.” *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, C. 38, S. 1, 2018, s. 193 (yatırımcı vatandaşlık); Öztürk, Necla. *Yatırım Yoluyla İkamet Etme ve Vatandaşlık Kazanma*. On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022, s. 41-42; Toksoy, Gökçen Elif. *Yatırım Yoluyla Vatandaşlık Kazanılması: Problemler ve Çözüm Önerileri*. İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Ekonomi ve Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2023, s. 1). Bu noktada vatandaşlık verilebilmesi için bazı ülkeler ikamet şartını aramakta, bazı ülkeler ise bu şartı gerekli görmemektedir (Džankić, Jelena. “Immigrant Investor Programmes in the European Union (EU).” *Journal of Contemporary European Studies*, C. 26, S. 1, 2018, s. 67; Yılmaz, Alper Çağrı. “Vatandaşlığın Yatırım Yoluyla Kazanılmasında Fiili İkamet Şartı: Mukayeseli Hukuk ve Türk Hukuku Kapsamında Bir Değerlendirme.” *Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Meseleler Sempozyumu*, Ed. Vahit Doğan vd., Savaş Yayınevi, Ankara, 2019, s. 95 (yatırım); Töre, Nazlı. “Yatırım Yoluyla İkamet ve Vatandaşlık, Residence and Citizenship Through Investment.” *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, S. 39, 2019, s. 89; Kaya, s. 119; Öztürk, s. 18; Toksoy, s. 86). Doğrudan yabancı yatırımlar dışındaki yatırımların vatandaşlık elde etme bakımından yeterli addedilmesinin, pozitif bir ilerleme olarak algılanmaması gerektiğini belirtmekte de fayda vardır (Gölcüklü, İlyas. “Güncel Gelişmeler Işığında Yatırım Yoluyla Türk Vatandaşlığının Kazanılması: Problemler ve Çözüm Önerileri.” *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, C. 40, S. 1, 2020, s. 135).

²⁹ YUKK’un 31’inci maddesinde, kısa dönem ikamet izni verilecek yabancılar arasında Türkiye’de yatırım yapacak kişiler de sayılmıştır. Yatırım temelinde ikamet hakkı tanıyan İş Göçü Programını 1982’de Avustralya hükümeti başlatmış olup

geçirilmektedir.

DYYK, kendisinden önce yürürlükte bulunan YSTK'da yabancı yatırımlar için öngörülen birçok kısıtlamayı içermemekte, yabancı yatırımlara daha serbest bir ortam sağlamaktadır³⁰. DYYK ile izin ve onay sisteminden bildirim sistemine geçilmektedir³¹. Bu yönde düzenleme de ülkede yabancı yatırımları artırmaya yönelik teşviklerden biri olarak değerlendirilebilecektir³².

Şu hususu da önemle belirtmek gerekir ki, ülke sorunlarının yabancı sermaye ile çözülebileceği izlenimi ve her türlü taviz verilirse ülkeye akın akın yabancı sermaye geleceği yanılgısından kurtulmanın önemi de yadsınamaz³³. Yabancı yatırımlardan en iyi şekilde yararlanabilmek için, ülkenin çıkarları ile yatırımcı beklentileri arasında hassas bir denge kurulmalı ve bu doğrultuda stratejik politikalar oluşturulmalıdır³⁴. Bu dengenin sağlanamaması durumunda ciddi riskler ortaya çıkabilir. Nitekim yatırımların kötüye kullanılması durumunda piyasa dengelerinin bozulması, casusluk faaliyetlerinin artması, kritik sektörlerin zarar görmesi, önemli teknoloji ve verilerin yurtdışına çıkarılması ya da olağanüstü durumlar için gerekli kaynakların sabote edilmesi gibi

sonrasında Amerika Birleşik Devletleri, Birleşik Krallık, Yeni Zelanda, Kanada, Uruguay ve Panama göç stratejilerini benzer şekilde revize etmiştir (Džankić, s. 64).

³⁰ Kanun'un hazırlık çalışmaları esnasında yabancı yatırımların yönleneceği sektörlerin daha net, teknoloji odaklı, verimlilik ve bilim temelli politikalar içermesi gerektiğinin yasal çerçevede tespit edilmesi lüzumu belirtilerek, DYYK'da yabancı yatırımların ekonomik büyümeye faydalı olması, tekellerdeki hisse oranının çoğunluğu geçmemesi gereklilikleri bulunmadığından ciddi bir eksikliğin meydana geldiği ifade edilmişti. Bkz. T.B.M.M. Tutanak Dergisi, Dönem: 22, Yasama Yılı: 1, C. 17, <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d22/c017/tbmm22017090.pdf> (ET: 02.12.2024).

³¹ Bu noktada "şirket kuruluş izni", "şube açılış izni", "iştirak izni", "yabancı yatırım faaliyetlerine ilişkin sermaye yapısı ve faaliyet konusu değişiklikleri izni", "sermaye artışı ve hisse devri izinleri", "lisans, know-how, teknik yardım, franchise anlaşmalarının tescili izinleri" kaldırılmıştır (Erten, yabancı yatırım, s. 402; Ekşi, ticaret, s. 534-535). DYYK'da genel bir düzenleme ile bu serbesti kabul edilmiş olmakla, DYYK ile özel düzenlemelerdeki hükümler kaldırılmadığından, yabancı yatırımcının faaliyette bulunmak istediği sektöre düzenleyen özel hükümlere uyulması gerekmektedir (Erten, yabancı yatırımcı, s. 426). Kanun'un hazırlık çalışmaları esnasında, Sekizinci Beş Yıllık Kalkınma Planı'nda vurgulanan "doğrudan yabancı sermaye yatırımlarının ülkemizin üretim ve teknoloji kapasitesine ve rekabet gücüne katkı sağlamasına öncelik verileceği; ihracata yönelik ve yüksek katma değer üretebilecek projelerin teşvik edileceği" ifadesinin, izin ve onay süreçlerinin kaldırılarak yalnızca bilgilendirme yapılmasının yeterli görülmesiyle birlikte anlamını yitirdiğinin ifade edildiğini belirtmekte de fayda vardır. Bkz. T.B.M.M. Tutanak Dergisi, Dönem: 22, Yasama Yılı: 1, C. 17, <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d22/c017/tbmm22017090.pdf> (ET: 02.12.2024).

³² DYYK çerçevesinde, yabancı yatırımların bilgileri Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı tarafından toplanmakta, şirket, şube ve irtibat büroları, bildirim yükümlülüklerine uygunlukları açısından ilgili Bakanlıklarca denetlenmektedir (Ener, s. 282, 365). Bu noktada yabancı yatırımın stratejik alanlarda risk oluşturduğu tespit edilse bile herhangi bir yatırım öngörülmediğinden, riskli yatırımlara müdahale durumunda bu işlemlerin milletlerarası tahkimde yatırımın engellenmesi olarak değerlendirilmesi neticesinde Türkiye'nin olumsuz kararlarla karşılaşması, yabancı yatırımcıları ülkeye çekme konusunda engel teşkil edebilecektir (Ener, s. 319-320). Şu hususa değinilmesinde de fayda vardır ki, Türkiye'de işe başlamak için olağanüstü engel ve bürokratik süreçlerin kaldırılması olumlu olmakla, bunun yerine koyulabilecek etkili bir denetim mekanizması oluşturulması önem taşır. Nitekim Kanun'un hazırlık çalışmalarında bu hususa değinilmişti. Bkz. T.B.M.M. Tutanak Dergisi, Dönem: 22, Yasama Yılı: 1, C. 17, <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d22/c017/tbmm22017090.pdf> (ET: 02.12.2024). Bu noktada yatırım izleme sistemi ihdas edilmesi gereği uygun görünmektedir (Ener, s. 320). Bununla birlikte yatırım izleme sisteminin yabancı yatırımcılar üzerinde caydırıcı etkiler oluşturabileceği göz önünde bulundurulduğunda, Türkiye'nin uluslararası yatırımlara duyduğu gereksinimi dikkate alınarak, serbest piyasa ekonomisini destekleyen ve aynı zamanda milli güvenlik ile özgürlükleri koruyan bir yapı oluşturulması, hem Türkiye'nin hem de yabancı yatırımcıların yararına olacaktır (Ener, s. 319).

³³ Bkz. T.B.M.M. Tutanak Dergisi, Dönem: 22, Yasama Yılı: 1, C. 17, <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d22/c017/tbmm22017090.pdf> (ET: 02.12.2024).

³⁴ Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu Tasarısı ve Plan ve Bütçe Komisyonu Raporu (1/327), <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d22/c017/tbmm22017090ss0142.pdf> (ET: 27.11.2024).

risklerle karşı karşıya gelinebilmektedir³⁵.

Uluslararası yatırım hukukunda, devletlerin egemenlik yetkileri çerçevesinde ulusal güvenliklerini ve kamu düzenlerini korumaya yönelik aldığı önlemler, yatırım politikalarının temel unsurlarından biri kabul edilmektedir³⁶. Bu çerçevede, son yıllarda liberalleşme ve özelleştirme süreçleri devam etmekle birlikte, devletler ulusal güvenlik ve kamu düzenini koruma kaygısıyla daha temkinli bir yaklaşım benimsemektedir³⁷. Bu politikalar, yabancı yatırımları teşvik ederken aynı zamanda ulusal güvenliği korumaya yönelik bir çerçeve oluşturmayı hedeflemektedir. Böylece, devletler yabancı yatırımlara açık kalma hedefi ile ulusal güvenliği ve kamu düzenini sağlama gerekliliği arasındaki potansiyel gerginliği takip ettikleri çeşitli politikalarla dengelemeye çalışmaktadır³⁸.

Yabancı yatırımlara ilişkin genel değerlendirmelerin ardından, konunun daha iyi bir şekilde analiz edilebilmesi için öncelikle Türk hukukunda “yabancı yatırımcı” ve “doğrudan yabancı yatırım” kavramlarının irdelenmesi gerekmektedir.

A. Yabancı Yatırımcı

Yatırımı yaptığı ülkede çeşitli sorunlarla karşılaşabilen³⁹ yabancı yatırımcı kar sağlamak, ülke piyasasını elinde tutmak, ham maddeleri kontrol altına alıp, bunları işleyerek piyasaya sürmeyi amaçlamaktadır⁴⁰.

Yabancı yatırımların geçmişine bakıldığında bireysel veya çok organize sayılmayacak girişimcileri görmekteyken, günümüzde “çok uluslu şirketler”, “devlet şirketleri”, “uluslararası kurumlar” ve “varlık fonları” uluslararası yatırımlarda kilit rol oynayan özneler olarak karşımıza

³⁵ Ener, s. 366. Yabancı yatırımdan elde edilen kârın tümünün başka bir ülkeye transfer edilerek ev sahibi ülkede yeni yatırımlara kaynak oluşturulmaması, ulusal kaynakların boşa harcanması, çevrenin bozulması konuları da bu noktada karşılaşılabilecek risklerdendir (Dost, s. 109, dn. 12).

³⁶ Ener, s. 364. Bu noktada yabancı yatırıma belli sektörlerin kapatılması, yabancı yatırım oranlarının kısıtlanması, stratejik alanlarda ön izin zorunluluğu getirilmesi, yabancı yatırımların denetim ve onay mekanizmalarına tabi tutulması, asgari yatırım koşullarının belirlenmesi ve belirli performans yükümlülüklerine bağlanması gibi çeşitli sınırlamalar uygulanabilmektedir (Ener, s. 82). ABD hukukundan örnek verecek olursak, “Foreign Investment and National Security Act of 2007” isimli düzenleme ile ülkede yabancı yatırımların ulusal güvenlik üzerindeki etkileri değerlendirilmekte olup (bkz. Congress.Gov., <https://www.congress.gov/110/plaws/publ49/PLAW-110publ49.pdf>), yabancı yatırımlar Committee on Foreign Investment in the United States (CFIUS) tarafından ulusal güvenlik açısından incelenmektedir.

³⁷ Ener, s. 28. Zira son dönemde yapılan ve güncellenen yatırım anlaşmaları da yalnızca yatırımcıların korunmasına yönelik klasik yaklaşımların ötesine geçerek, ev sahibi devletin ve vatandaşlarının haklarını da gözeten daha dengeli bir sisteme evrilmektedir (Ener, s. 250).

³⁸ Wehrle, Frédéric/ Pohl, Joachim. “Investment Policies Related to National Security: A Survey of Country Practices.” OECD Working Papers on International Investment, 2016/02, s. 10, https://www.oecd.org/content/dam/oecd/en/publications/reports/2016/06/investment-policies-related-to-national-security_g17a281a/5jlwrrf038nx-en.pdf. Yabancı yatırımların sektör genelinde tamamen yasaklanması nispeten nadir hâle gelmekle, sektöre özgü veya sektörler arası inceleme mekanizmaları daha sık gözlemlenmektedir (Wehrle/ Pohl, s. 10). Ülkelerin ulusal güvenlikle ilgili kurdukları ve geliştirdikleri mekanizmalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Wehrle/ Pohl, s. 43-74.

³⁹ DYYK hazırlık çalışmalarında tespit edilen sorunlara ilişkin bkz. T.B.M.M. Tutanak Dergisi, Dönem: 22, Yasama Yılı: 1, C. 17, <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d22/c017/tbmm22017090.pdf> (ET: 02.12.2024). Ayrıca ABD Dışişleri Bakanlığı yatırım iklimi 2024 raporu için bkz. US Department Of State, <https://www.state.gov/reports/2024-investment-climate-statements/turkey/> (ET: 02.01.2025).

⁴⁰ Demir Gökyayla/ Süral, s. 132; Çelikel/ Öztekin Gelgel, s. 232.

çıkılmaktadır⁴¹.

Çok taraflı yatırım anlaşmalarından ICSID, MIGA ile ikili yatırım anlaşmalarında, gerçek ve tüzel kişiler yabancı yatırımcı kapsamında değerlendirilirken, uluslararası kuruluşlar bu kapsama dâhil edilmemektedir⁴². Buna karşılık DYYK'nın 2(a)'nci maddesi kapsamında, Türkiye'de doğrudan yabancı yatırım gerçekleştiren, “yabancı ülke vatandaşı gerçek kişiler”, “yabancı ülke kanunlarına göre kurulan tüzel kişiler”⁴³, “yurt dışında ikamet eden Türk vatandaşları”⁴⁴ ile “uluslararası kuruluşlar”, yabancı yatırımcı kabul edilmektedir.

Vatansızların doğrudan yabancı yatırımcı olup olamayacakları konusunda doktrinde farklı görüşler mevcuttur. Bir görüşe göre, Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun'da⁴⁵ (YÇİHK) yabancı ifadesi kullanılmakla birlikte, YÇİHK'dan sonra yürürlüğe giren DYYK'da yabancı uyruklu ifadesine yer verilmiştir. Sonraki düzenleme olan DYYK ve ilgili mevzuatın uygulanma önceliğine sahip olduğu düşünüldüğünde, yabancı kategorisi içindeki vatansızlar bu haklardan yararlanamayacak olup kişinin bir vatandaşlığının olması zorunluluğu bulunmaktadır⁴⁶. Diğer görüşe göre ise vatansızlar yabancı yatırımcı olarak kabul edilebilecektir. Bu kapsamda Vatansız Kişilerin Statüsüne İlişkin 1960 Tarihli Sözleşme'nin⁴⁷ 18'inci maddesi dikkate alınarak değerlendirme yapılması gerektiği belirtilmektedir⁴⁸. Konuya ilişkin DYYK ile anılan sözleşme arasında uyumsuzluk bulunmaktadır. Kanaatimizce, anılan sözleşmenin 18'inci maddesi uyarınca, vatansız kişilere çalışma hakkı bakımından benzer durumdaki diğer yabancılardan daha olumsuz bir muamelede bulunulamayacağı dikkate alınarak, gerekli şartların sağlanması halinde vatansızların da yabancı yatırımcı statüsünde değerlendirilmesi gerekmektedir.

B. Doğrudan Yabancı Yatırım

Yabancı yatırımlar, dünya ekonomisinde 1950'li yıllardan itibaren yoğunluk kazanmaya başlamıştır⁴⁹. 1950'li yıllardan itibaren dünya ekonomisinde yoğunluk kazanan yabancı yatırımlar,

⁴¹ Ener, s. 44.

⁴² Karaağaç, Ömür. “Nitelikli Yabancı Yatırımcı Kavramı ve Buna Bağlı Hüküm ve Sonuçlar.” *Cumhuriyetin Yüzyüncü Yılında Milletlerarası Özel Hukuk Kongresi*, Ed. Bilgin Tiryakioğlu vd., Yetkin Yayınları, Ankara, 2023, s. 226-227.

⁴³ Sivil toplum kuruluşları olan dernekler ve vakıflar, doğaları gereği yatırım yapma amacı taşımamaktadır (Özel, s. 603; Karaağaç, s. 227, dn. 18; Arıkan, Gökçe. “Doğrudan Yabancı Yatırımların Teşviki Bakımından Yabancı Tüzel Kişilerin Türkiye’de Taşınmaz İktisabı.” *Ankara Barosu Dergisi*, C. 83, S. 1, 2025, s. 4).

⁴⁴ DYYKUY'nın 18'inci maddesinde, çalışma veya ikamet izniyle yurt dışındaki ikametini kanıtlayan Türk vatandaşlarının, DYYK çerçevesinde yabancı yatırımcı statüsünde değerlendirileceği, belirtilmektedir. Bu kapsamda Türk vatandaşlarının yurt dışında ikamet durumlarının tespiti, Türk Medeni Kanunu (TMK) (RG. 08.12.2001-24607) hükümlerine göre belirlenmeyeceğinden, yurt dışında yerleşme amacı taşımaksızın, yalnızca çalışma ya da ikamet izni sahibi olunması yeterli olacaktır (Ekşi, Nuray. *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku*. KHK-703 ve Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerine Göre Hazırlanmış 5. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 325 (yabancılar); Ekşi, ticaret, s. 527). İlgili belgeler ibraz edildikten sonra, yurt dışında ikamet etme veya çalışma süresinin herhangi bir önemi kalmamaktadır (Erten, yabancı yatırım, s. 405). Yabancı bir ülkede ikamet eden Türkiye Cumhuriyeti vatandaşları, yurt dışında veya ülke içinde elde ettikleri kazançlarını, Türkiye’de yabancı yatırım olarak kullanabileceklerdir (Erten, yabancı yatırım, s. 405).

⁴⁵ RG. 06.03.2003-25040. YÇİHK, UİK'nın 27(7)'nci maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır.

⁴⁶ Erten, yabancılar hukuku, s. 117. Aynı yönde DYYK'nın 2'nci maddesi dikkate alınarak, vatansızların kapsam dışında oldukları görüşüne ilişkin ayrıca bkz. Ener, s. 271.

⁴⁷ RG. 25.10.2014-29156.

⁴⁸ Doğan, Vahit/ Yılmaz, Alper Çağrı/ İzmirli, Lale Ayhan. *Türk Yabancılar Hukuku*. 8. Baskı, Savaş Yayınevi, 2024, s. 244-245.

⁴⁹ Bozdağlıoğlu, Yasemin/ Evlimoğlu, Umut. “Türkiye’de Doğrudan Yabancı Sermaye Yatırımlarının Tarihsel Süreçte

İkinci Dünya Savaşı sonrasında Avrupa'nın toparlanması ve yeniden yapılandırılması süreciyle birlikte kayda değer bir seviyeye ulaşmıştır⁵⁰. 1980'li yılların başından itibaren ise bu yatırımlar gittikçe artmıştır⁵¹. Dünya Yatırım Raporu 2024'e göre, yabancı yatırımlar 2023 yılında 1,3 trilyon dolar olarak gerçekleşmiştir⁵².

Bir faaliyetin yatırım olarak kabul edilmesi, hak sahiplerinin belirlenmesi, yükümlülüklerin tespit edilmesi, ekonomik faaliyetin koruma mekanizmalarından faydalanması, uyuşmazlıkların çözüme kavuşturulması ve hakem heyeti yetkisinin tanınması gibi konular bakımından temel teşkil etmektedir⁵³. Bu kapsamda kavram birçok açıdan kilit bir role sahip bulunmaktadır.

Yabancı yatırım kavramı, genel olarak bir ülkenin ekonomik veya teknolojik kaynaklarının başka bir ülkeye aktarılması suretiyle gerçekleştirilen faaliyetleri ifade etmektedir⁵⁴. Ancak bu kavramın, uluslararası yatırım hukukunda yeknesak bir tanımı bulunmamaktadır. Örneğin, çok taraflı yatırım anlaşmalarından olan ICSID Sözleşmesi yatırım kavramını açıkça tanımlamamakta, MIGA Konvansiyonu'nun 12(a)'nci maddesi yatırımın kapsamını belirli ölçütlerle sınırlı biçimde ortaya koymaktadır. İki taraflı yatırım anlaşmalarında ise yatırım genellikle "her türlü malvarlığı" ifadesiyle son derece geniş ve esnek biçimde tanımlanmakta⁵⁵, bu anlaşmaların büyük çoğunluğunda malvarlıkların listesi de örnek olarak gösterilmektedir⁵⁶. Yatırım kavramına ilişkin bu tutumun temel nedeni, zaman içinde ortaya çıkan ihtiyaçlara, ev sahibi devletlerin önceliklerine ve yatırım araçlarının çeşitlenmesine bağlı olarak kavramın genişlemeye açık olmasıdır⁵⁷. Bu nedenle, yatırım kavramı somut olayın koşullarına göre ve tahkim kararları aracılığıyla şekillenmektedir⁵⁸. Bu değerlendirmede "yatırımcının katkısı", "sözleşmenin süresi", "faaliyet sebebiyle yatırımcının üstlendiği risk", "ev sahibi devletin ekonomik kalkınmasına katkı", "kar ve getiride düzenlilik", "yatırımın iyi niyetle ve ev sahibi devletin kanunlarıyla uyumlu olarak yapılması" gibi ölçütler belirleyici olmaktadır⁵⁹.

Yabancı yatırımlar, doğrudan ve dolaylı (portföy) yabancı yatırımlar şeklinde ayrıma tabi

Gösterdiği Gelişim: Hukuksal ve Ekonomik Yansımaları." *Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, Y. 6, S. 11, 2015, s. 39; Ayhan İzmirli, s. 91.

⁵⁰ Ayhan İzmirli, s. 91.

⁵¹ Bilgin, s. 251; Şener/ Kılıç, s. 23. Türkiye'de de yabancı yatırımın 1980'lere kadar kayda değer bir ilerleme sağlayamadığı belirtilmektedir (Töre, İrem. "Geçmişten Günümüze Türkiye'de Yabancı Sermaye Mevzuatı." *EÜHFD*, C. XIX, S. 3-4, 2015, s. 123). Zira Türkiye'de yabancı sermayeyi kayda değer ölçüde teşvik etme süreci de bu dönemde hayata geçirilmiştir (Bozdağlıoğlu/ Evlimoğlu, s. 39).

⁵² Bu noktada ekonomik yavaşlama ve artan jeopolitik gerginlikler nedeniyle küresel doğrudan yabancı yatırımın (FDI) 2023'te yüzde 2 düşüş yaşadığı ifade edilmektedir. Bkz. UN Trade&Development (UNCTAD), <https://unctad.org/publication/world-investment-report-2024> (ET: 22.11.2024).

⁵³ Ayhan İzmirli, s. 89.

⁵⁴ Erten, yabancılar hukuku, s. 21; Ayhan İzmirli, s. 97; Karaağaç, s. 224-225.

⁵⁵ Çalışkan, Zeynep. "Türkiye'nin Taraf Olduğu İkili ve Çok Taraflı Anlaşmalarda Yatırım Kavramı.", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, C. 29, 2010, s. 88; Karaağaç, s. 226.

⁵⁶ Bkz. Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Çin Halk Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma (RG. 01.10.2020-31261).

⁵⁷ Ener, s. 34.

⁵⁸ Arıkan, s. 3.

⁵⁹ Konuya ilişkin karar örneği için bkz. Salini Costruttori S.P.A. and Italstrade S.P.A. v. Kingdom of Morocco (Case No. ARB/00/4); Joy Mining Machinery Limited v. The Arab Republic of Egypt (Case No. ARB/03/11); Saba Fakes v. Republic of Turkey (Case No. ARB/07/20); Phoenix Action, Ltd. v. The Czech Republic (Case No. ARB/06/5) (bkz. International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID), <https://icsid.worldbank.org/> (ET: 30.04.2025)).

tutulabilir⁶⁰. Dolaylı yabancı yatırım bir ülkedeki “tahvil” ve “hisse senedi” gibi menkul kıymetlere, finansal araçlara yönelik gerçekleştirilen yatırımı belirtmektedir⁶¹. Bu tür yatırımlar, genellikle kısa vadeli olup piyasa koşullarına bağlı olarak hızlı giriş ve çıkışlar gösterebilir. Buna karşılık, doğrudan yabancı yatırım ise maddi veya maddi olmayan değerlerin, sahibinin kontrolünde bir ülkeden bir başka ülkeye transferini ifade etmektedir⁶². Bu tür yatırımlar, sadece sermaye hareketlerini değil, aynı zamanda teknoloji transferi ve yönetim anlayışının değişimini de beraberinde getirmektedir. Bu yatırımlar, “döviz” olarak ülkeye girebildiği gibi, “makine”, “ekipman”, “lisans”, “patent”, “teknik bilgi” gibi fikri mülkiyet hakları, hizmetler veya mallar şeklinde de giriş yaparak ekonomiye doğrudan katkı sağlamakta, istihdam yaratmakta ve daha kalıcı bir yapıya sahip olmaktadır⁶³. Bu nedenle, doğrudan yatırımlar sadece ekonomik büyümeyi desteklemekle kalmamakta, aynı zamanda ülkelerin karşılaştığı finansman açıklarını da gidermeye yardımcı olabilmektedir. Bu noktada doğrudan yatırımlar, ülkelerin ekonomik sorunlarının başında gelen sermaye yetersizliğinin karşılanma yöntemlerinden biri olarak işlev görmektedir⁶⁴. Öte yandan, uluslararası hukukta yatırım kavramının başlangıçta doğrudan yabancı yatırımlar için kullanılırken, kavramın zamanla dolaylı yatırımları da içine alacak şekilde kullanıldığı görülmektedir⁶⁵. Bu gelişim, küresel finans piyasalarının entegrasyonu ile birlikte yatırım çeşitliliğinin artmasının bir sonucudur.

DYYK’nın 2(b)’nci maddesine göre, doğrudan yabancı yatırımın kapsamı çeşitli iktisadi değerler aracılığıyla belirlenmektedir. Bu çerçevede, yabancı yatırımcılar tarafından yurt dışından getirilen, “Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası tarafından alım satımı yapılan konvertibl para şeklindeki nakit sermaye”⁶⁶, “devlet tahvilleri hariç olmak üzere şirket menkul kıymetleri”, “makine ve teçhizat”, “sınai ve fikri mülkiyet hakları” gibi unsurlar doğrudan yabancı yatırım kapsamında değerlendirilmektedir. Bunun yanı sıra, yurt içinde sağlanan, “yeniden yatırımda kullanılan kâr”, “hâsılat”, “para alacağı”⁶⁷ ve “mali değeri bulunan yatırımla ilgili diğer haklar”, “doğal kaynakların aranması ve çıkarılmasına ilişkin haklar” da yatırım aracı olarak kabul edilmektedir. Bu iktisadi

⁶⁰ Yatırımcının denetimi, risk halinde yatırımını derhal çekebilmesi, ülkede fiziki mevcudiyeti gibi unsurlar iki yatırım türünü birbirinden ayıran unsurlardandır (Tiryakioğlu, Bilgin. *Doğrudan Yatırımların Uluslararası Hukukta Korunması*. Sözkesen Matbaası, Ankara, 2003, s. 10-11; Demir Gökyayla/ Süral, s. 131, dn. 1; Ayhan İzmirli, s. 99; Ekşi, yabancılar, s. 324; Ekşi, ticaret, s. 526; Çelikel/ Öztekin Gelgel, s. 229-230).

⁶¹ Erten, yabancılar hukuku, s. 25; Dost, s. 106-107; Şener/ Kılıç, s. 24; Er, Selami. “Yabancıların Çalışma İzinleri ve Ön İzin Müessesesi.” *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, S. 4, 2014, s. 183; Töre, İ, s. 124; Albayrak, Gökhan. *Uluslararası Yatırım Hukukuna Küresel Anayasacılık Yaklaşımı*. On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 21; Ayhan İzmirli, s. 98; Karaağaç, s. 225. İlk dolaylı yabancı sermayenin Fransız bankalarına satılan kısa vadeli tahviller aracılığıyla ülkeye girdiği belirtilmektedir (Şener/ Kılıç, s. 25; Töre, İ, s. 129).

⁶² Tiryakioğlu, s. 10; Demir Gökyayla/ Süral, s. 131, dn. 1; Erten, yabancılar hukuku, s. 25; Albayrak, s. 21; Ayhan İzmirli, s. 97-98; Karaağaç, s. 225; Doğan/ Yılmaz/ Ayhan İzmirli, s. 239.

⁶³ Er, s. 183-184.

⁶⁴ Demir Gökyayla/ Süral, s. 131.

⁶⁵ Ayhan İzmirli, s. 100.

⁶⁶ Türk parası da konvertibl para olduğundan, Türk parası yurt dışından getirildiğinde yabancı sermaye olarak işlem görecektir (Ekşi, yabancılar, s. 325, dn. 529; Ekşi, ticaret, s. 528, dn. 8).

⁶⁷ İlgili düzenlemeyle alacağın temlikinin de yabancı sermayenin kaynağı olmasının önü açılmıştır (Demir Gökyayla/ Süral, s. 138).

kıymetler sayesinde, yatırımcılar Türkiye’de yeni bir şirket kurabilmekte⁶⁸, şube açabilmekte⁶⁹, mevcut bir şirkete ortak olabilmektedir. Bu ortaklık modeli, menkul kıymet borsaları dışında hisse edinimi yoluyla gerçekleştirilebileceği gibi, menkul kıymet borsalarından en az %10 hisse oranına ya da aynı oranda oy hakkına sahip olacak şekilde hisse edinimi⁷⁰ yoluyla da gerçekleştirilebilmektedir.

DYYK’da yabancı yatırımcının Türkiye’de yatırım yapabilmesi için getirmesi gereken sermaye miktarına ilişkin herhangi bir şart bulunmamaktadır⁷¹. Bu durum, Türkiye’nin yatırımcı dostu politikalar geliştirdiğini gösterirken, farklı ülkelerdeki uygulamalarla kıyaslandığında esnek bir yaklaşım sunduğunu ortaya koymaktadır. Bununla birlikte, karşılaştırmalı hukuk perspektifinden bakıldığında, göçmen yatırımcı programlarının ne kadar yatırım gerektirdiği konusunda farklılıklar olduğu görülmektedir⁷². Bu farklılıklar, ülkelerin ekonomik politikalarına, yabancı yatırımcı çekme stratejilerine ve ulusal düzenlemelerine göre değişkenlik göstermektedir.

⁶⁸ Türk Ticaret Kanunu (TTK) (RG. 14.02.2011-27846) ve Türk Borçlar Kanunu’nda (TBK) (RG. 04.02.2011-27836) Türkiye’de kurulacak şirketlerde, vatandaşlık yönünden sınırlama olmamakla birlikte, bazı sektörlerde Türk ortak bulundurma şartı aranmaktadır (Çelikel/ Öztekin Gelgel, s. 235). Kurulabilecek şirket türlerine ilişkin açıklayıcı hükme DYYKUY’nin 9’uncu maddesinde yer verilmektedir. Mevzuatta öngörülen şirketleri yabancı yatırımcılar, Türk vatandaşları ile aynı şartlarda ve aynı usule tabi olarak kurabileceklerdir (Doğan/ Yılmaz/ Ayhan İzmirli, s. 248). Şu hususu da belirtelim ki, yabancı yatırımlarda şirketin kuruluşundan sonra Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı’na bilgi verilmesi gerekmekte, TTK’da bir kısım şirketlerin kuruluşu Bakanlığın iznine tabi tutulmaktadır (Doğan/ Yılmaz/ Ayhan İzmirli, s. 248).

⁶⁹ Bkz. TTK m. 40(4).

⁷⁰ Uluslararası düzeyde kabul görmüş olan %10 oranının, yabancı yatırımcıların uzun vadeli yatırım politikalarını ve beklentilerini ifade eden bir kriter olduğu belirtilmektedir. Bkz. Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu Tasarısı ve Plan ve Bütçe Komisyonu Raporu (1/327), <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d22/c017/tbmm22017090ss0142.pdf> (ET: 27.11.2024); Özel, s. 604). Bu oranın OECD, IMF ve Dünya Bankası tanımlarına uygun şekilde seçildiğine ilişkin bkz. Ener, s. 273. Ancak doktrinde menkul kıymet borsalarında %10 hisse ediniminin kayda değer bir payı temsil eden, portföy yatırım niteliğinde olduğu (Ekşi, yabancılar, s. 324; Ekşi, ticaret, s. 527); DYYK’ya dâhil edilen bu şekilde hisse ediniminin doğrudan yatırım olarak kabulünün mümkün olmadığı ifade edilmektedir (Ekşi, yabancılar, s. 324). Yine aynı yönde doktrinde, finans piyasalarında şirketlerin tahvil yoluyla borçlanmalarında hisse senedine çevrilebilir seçeneği tahvillerin azınlıkta olduğu, bu tür tahviller bir kenara bırakılırsa olağan tahvil ihraçları ile bankalardan alınan borçlanmalar arasında özü itibarıyla fark bulunmadığı (Çal, Sedat. *Uluslararası Yatırım Tahkimi ve Kamu Hukuku İlişkisi*. Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009, s. 145, dn. 425); bu kapsamda dolaylı yatırım kavramının hisse senedi alımlarına özgülenmesi ve tahvil alımlarının, diğer borçlanmalarda olduğu gibi bu kapsam içinde yer almaması gerektiği belirtilmektedir (Çal, s. 145, dn. 425).

⁷¹ DYYK’dan önceki dönemde, yatırım yapacak yabancı yatırımcının getirmesi gereken sermaye miktarına ilişkin düzenleme öngörülmekteyken, DYYK ile yabancı yatırımcının kuracağı şirketle ilgili iç hukuk kurallarının aradığı sermaye koşulunun yerine getirilmesi yeterli görülmektedir (Erten, yabancı yatırım, s. 408). Bu bağlamda sermaye şartı yabancı yatırımcının teşviklerden yararlanabilmesi açısından önem arz etmektedir (Ener, s. 273).

⁷² Džankić, s. 66. Bu noktada çok düşük, düşük, orta, yüksek, çok yüksek yatırım gerektiren programlar şeklinde bir ayırım yapılmaktadır (Džankić, s. 66-67). İlgili programlara örnek olarak Dominika hukukundaki düzenleme için bkz. <Commonwealth of Dominica Citizenship-Act>, Dominica Citizenship by Investment Unit, <https://www.cbiu.gov.dm/wp-content/uploads/2020/10/Commonwealth-of-Dominica-Citizenship-Act.pdf>; <Commonwealth of Dominica Citizenship by Investment Regulations 2024 (S.R.O. No. 8 of 2024)>, Dominica Citizenship by Investment Unit, <https://cbiu.gov.dm/wp-content/uploads/2024/07/SRO-No.-8-of-2024.-Commonwealth-of-Dominica-Citizenship-By-Investment-AmdNo.2-Reg.-2024-1-1.pdf> (ET: 03.05.2025). Malta hukukundaki düzenleme için bkz. <Maltese Citizenship Act>, Leġislażzjoni Malta, <https://legislation.mt/eli/cap/188/eng/pdf>; <Subsidiary Legislation 188.06, Granting of Citizenship for Exceptional Services Regulations>, Leġislażzjoni Malta, <https://legislation.mt/eli/sl/188.6/eng/pdf> (ET: 03.05.2025). ABD hukukundaki düzenleme için bkz. <Immigration and Nationality Act>, U.S. Citizenship and Immigration Services (USCIS), <https://www.uscis.gov/laws-and-policy/legislation/immigration-and-nationality-act>; <EB-5 Reform and Integrity Act of 2022>, U.S. Citizenship and Immigration Services (USCIS), <https://www.uscis.gov/sites/default/files/document/policy-manual-updates/20221006-EB5ReformAndIntegrityAct.pdf> (ET: 03.05.2025).

Yabancı yatırımlar, farklı hukuki ve ekonomik dinamiklerden kaynaklanan çeşitli uyumsuzluk risklerini de içermektedir⁷³. Bu bağlamda, yabancı yatırımcıların ticari sırlarının korunması meselesi, yatırım süreçlerinde uyumsuzluk doğurma potansiyeline sahip önemli konular arasında yer almaktadır.

II. TİCARİ SIR KAVRAMI VE TİCARİ SIRLARIN KORUNMASI

DYYK'da yer alan “yabancı yatırımcıların yatırımları ile ilgili Müsteşarlığa bildirdikleri istatistiki bilgilerin, istatistik amaçlar dışında ispat aracı olarak kullanılamayacağına” ilişkin hüküm ispat hakkını sınırladığından Anayasa'ya⁷⁴ aykırılık sorununu gündeme getirmektedir. İlgili düzenlemeyle ispat hakkına sınırlama getiren hükmün, Anayasa'ya aykırılık teşkil edip etmediğinin değerlendirilmesi öncesinde, ilgili istatistiki bilgilerin ticari sır kapsamında koruma altında olup olmadıklarının incelenmesinde fayda vardır. Bu kapsamda ilk olarak ticari sır, sonrasında ticari sırların korunmasına yönelik güvence mekanizmalarına değinilecektir.

A. Ticari Sır

Rekabetin teşvik edildiği⁷⁵, haksız rekabetin çeşitli düzenlemelerle yasaklandığı⁷⁶ günümüz hukuk düzeni içerisinde şirketler ayakta durabilmek ve birbirleriyle yarışabilmek amacıyla teknolojik donanımlarını ve şirket yapılarını günden güne geliştirmekte ve maksimum kapasiteye ulaşabilmek için birbirlerinden farklı yöntem, sistem ve teknolojiler kullanmaktadır⁷⁷. Bu noktada şirketlerin kullandıkları yöntem, sistem ve teknolojilerin sır olarak kalması, rakip firmalarla rekabet edebilme güçlerinin sağlanması bakımından büyük önem taşımaktadır⁷⁸. Ayrıca bu bilgilerin sır olarak kalması, serbest rekabet ortamının gelişmesiyle birlikte sağlam bir ekonomik yapının oluşturulması açısından da önem arz etmektedir⁷⁹.

⁷³ Yabancı yatırımların önemli bir büyüme potansiyeli sunarken, özellikle çevre hakları, insan hakları ve sosyoekonomik etkiler gibi konularla ilgili olarak sıklıkla tartışma ve çekişme konusu haline geldiği ifade edilmektedir (Anı vd., s. 123).

⁷⁴ RG. 09.11.1982-17863.

⁷⁵ Sağlıklı bir ekonomik yapı ve ticari büyüme açısından rekabetçi bir piyasa ortamının inşa edilmesi temel bir gerekliliktir (Uşan, M. Fatih. *İş Hukukunda İş Sırrının Korunması (Sır Saklama ve Rekabet Yasağı)*. Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003, s. 41; Karaahmetoğlu, Atanur. “İş Sırrı ve Ticari Sır Bağlamında Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyelerinin Rekabet Yasağına Aykırılıktan Doğan Sorumluluğu.” *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, Prof. Dr. M. Fatih UŞAN'a Dekanlıkta 10. Yıl Anısına Teşekkür Armağanı*, S. 2, 2022, s. 1295). Günümüz ekonomik sisteminde benimsenen liberal ekonomi modeli, serbest piyasa rekabeti ilkesine dayanarak şekillenmektedir (Arkan, Sabih. *Ticari İşletme Hukuku*. 21. Baskı, Sözkese Matbaacılık, Ankara, 2015, s. 315). Anayasa'nın 48'inci maddesi, rekabet hakkının anayasal dayanağını oluşturmaktadır (Uşan, s. 42; Arkan, s. 315; Sulu, Muhammed. *Ticari Sırların Korunması*. 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 52).

⁷⁶ Rekabetin işletmelerin verimliliğini artırma, mal ve hizmet kalitesini yükseltme ve fiyatları dengeleme işlevlerini yerine getirebilmesi için, dürüstlük ilkeleri çerçevesinde yürütülmesi ve suistimal edilmemesi gerekmektedir (Arkan, s. 315). Rekabetin suistimal edilmemesi ve haksız rekabetin önlenmesi amacıyla, ticari faaliyet yürüten aktörlerin belirlenen kurallar çerçevesinde hareket etmeleri zorunlu kabul edilmektedir (Karaahmetoğlu, s. 1297). Gerçeğe aykırı, yanıltıcı ve kötü niyetli eylemler, haksız rekabetin ortaya çıkmasına zemin hazırlayabileceğinden, mevzuatımızda yer alan çeşitli düzenlemelerle rekabete sınırlama getirilmektedir. İlgili düzenlemelerin temelinde, rekabet halindeki aktörlerin yol açabileceği haksız rekabetin engellenmesi ve buna bağlı olarak doğabilecek haksız kazançların önüne geçilmesi amacı bulunmaktadır (Karaahmetoğlu, s. 1297-1298).

⁷⁷ Yeşiltepe, Salih Önder. “Ticari Sır-İş Sırrı.” *Doç. Dr. Mehmet SOMER'e Armağan*, İstanbul, 2006, s. 403.

⁷⁸ Yeşiltepe, s. 403.

⁷⁹ Sulu, s. 1-2.

Doktrinde sırlar; iş sırrı⁸⁰, meslek sırrı⁸¹, müşteri sırrı⁸², üretim sırrı⁸³, işletme sırrı⁸⁴, şirket sırrı⁸⁵ yanında, ticari sır başlığı altında da ele alınarak incelenebilmektedir. Korunması gereken bilgi türleri farklı kategoriler altında incelenirken, ticari sır kavramı da bu çerçevede özel bir yer tutmaktadır.

Ticari sır, bir işletme veya şirkete ekonomik menfaat ve rekabet avantajı sağlayan, gizliliği korunarak sadece yetkili kişilerce bilinen, açıklanması durumunda ekonomik değer kaybına yol açabilecek, sahibinin gizli tutma iradesine bağlı olan ve gerekli güvenlik önlemleriyle korunan gizli bilgi şeklinde tanımlanmaktadır⁸⁶. Ticari sırlar, sınai mülkiyet hakları kapsamına girmeyen ve genel hukuk normları çerçevesinde koruma altına alınan gayri maddi malvarlığı unsurlarındandır⁸⁷.

Ticari sırların kapsamı ekonomik, mali ve ticari piyasaları içine alacak şekilde geniş olduğundan, bu sırlar yalnızca işletmelerle sınırlı kalmayıp, şirketler ile sermaye piyasasında faaliyet gösteren kuruluşlara ait bilgileri de içermektedir⁸⁸. Ticari hayatın aksamaması ve piyasa aktörlerine ait önemli bilgilerin güvence altına alınması adına, çeşitli unsurlar ticari sır kategorisinde ele alınmaktadır⁸⁹. Bu bağlamda, ticari sır niteliğinin her somut olayda uzman kişilerce incelenmesi ve bu değerlendirmenin uzmanlaşmış mahkemeler tarafından yapılması gerektiği ifade edilmektedir⁹⁰. Uygulamada verilen kararlarda, ticari sırrın en temel unsurunun, ilgili bilginin kamuya açık olmaması veya sektörde faaliyet gösteren rakip işletmelerce bilinmemesi olduğu vurgulanmaktadır⁹¹. Bu çerçevede maliyet

⁸⁰ İş sırrından bahsedilebilmesi için, bilginin iş ile ilgili olması, işverenin gizli tutma iradesinin bulunması, işverenin haklı bir menfaatinin varlığı gerekli görülmektedir (Yeşiltepe, s. 407-409). İş sırrı kavramının tanımı için bkz. Uşan, s. 29; Gürbüz Usluel Aşlı E. *Türk Özel Hukukunda Özellikle Anonim Şirketlerde Ticari Sırrın Korunması*. Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009, s. 13; Sulu, s. 22; Bozkurt Yüksel, Armağan Ebru. “Ticari Sırların Dijital Ortamda Korunması.” *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, C. 9, S. 33, 2018, s. 151; Ercan, Tarık Can. “Yardımcı Kişilerin Sözleşmeyi İhlal Etmeye veya Ticari Bilgileri İfşa Etmeye Yönlendirilmesi.” *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 8, S. 1, 2022, s. 90; Karaahmetoğlu, s. 1304.

⁸¹ Meslek sırrı, bir meslek ve sanatın yapılması sırasında edinilen açıklanmaması gereken gizli bilgidir (Uşan, s. 25; Gürbüz Usluel, s. 51, 49; Yıldırım, Fikret. *Ticari Sır Bakımından Aleniyet İlkesi*. Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2015, s. 52; Sulu, s. 21; Bozkurt Yüksel, s. 151; Üçüncü, Hilal. *Medeni Yargılama Hukukunda Kişisel Verilerin ve Sırların Korunması*. On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 35).

⁸² Müşteri sırrı, işletmelerin ticari ilişkileri kapsamında edindiği ve hukuki veya etik gereklilikler çerçevesinde gizliliğini muhafaza etmekle yükümlü olduğu müşteri bilgilerini ifade etmektedir (Sulu, s. 23; Bozkurt Yüksel, s. 152). Müşteri sırrı kavramı meslek sırları arasında değerlendirilmektedir (Gürbüz Usluel, s. 56). Eğer meslek sırrı, mesleğin uygulanması sırasında edinilen müşterilere ait gizli bilgileri kapsıyorsa, bu durumda müşteri sırrı ile meslek sırrı kavramları aynı anlama gelebilir (Sulu, s. 31).

⁸³ Üretim sırrı, bir ürünün üretilmesi için gerekli teknik bilgilerdir (Ercan, s. 90).

⁸⁴ İşletmenin teknik işleyiş usulleri işletme sırrı olarak nitelendirilmektedir (Gürbüz Usluel, s. 13).

⁸⁵ Şirketin teknik faaliyetlerine dair bilgiler, şirket sırları arasında değerlendirilmektedir (Sulu, s. 25). Şirket sırrı kavramı yerine ortaklık sırrı, ortaklığın ticari sırları, iş sırrı gibi terimler kullanılabilir (Gürbüz Usluel, s. 52).

⁸⁶ Gürbüz Usluel, s. 29. Doktrinde ticari sır kavramının tanımına ilişkin ayrıca bkz. Uşan, s. 25; Turanboy, Asuman. “Ticari Sır.” *Prof. Dr. Tuğrul Ansay’a Armağan*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006, s. 368; Yeşiltepe, s. 410; Kurt Konca, Nesibe. *Medeni Usul Hukukunda Aleniyet İlkesi*. Adalet Yayınevi, Ankara 2009, s. 281; Erdönmez, Güray. *Medeni Usul Hukukunda Belgelerin İbrazi Mecburiyeti*. 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2014, İstanbul, s. 349-350 (belge ibrazı); Sulu, s. 12, 133; Karaahmetoğlu, s. 1302.

⁸⁷ Gürbüz Usluel, s. 59; Sulu, s. 25. Bu noktada doktrinde, ticari sırlar üzerindeki menfaatin, gayri maddi mal olduğunun belirtilmesinin yanında, fiili bir durum ya da hak olarak değerlendirilebildiğini belirtmekte de fayda vardır (Gürbüz Usluel, s. 56-73).

⁸⁸ Turanboy, s. 349; Gürbüz Usluel, s. 54.

⁸⁹ Karaahmetoğlu, s. 1302. Doktrinde sınırlı olmamak üzere ticari sırlara gösterilen örnekler için bkz. Gürbüz Usluel, s. 27; Sulu, s. 12, 133; Bozkurt Yüksel, s. 150; Karaahmetoğlu, s. 1303.

⁹⁰ Konuya ilişkin karar örneği için bkz. Y. 11. HD., E. 2009/12093, K. 2010/640, T. 22.01.2010; Y. 22. HD., E. 2013/29244, K. 2015/4344, T. 10.02.2015 (ET: 21.01.2025, Lexpera-Hukuk Bilgi Sistemi, <https://www.lexpera.com.tr/>).

⁹¹ Y. 11. HD., E. 2004/7827, K. 2005/5755, T. 02.06.2005; Y. 23. HD., E. 2016/6958, K. 2019/4349, T. 21.10.2019 (ET:

yapısı veya kârlılık⁹², şirket cirosu⁹³, ithalat faturası⁹⁴ gibi unsurların ticari sır niteliği taşıdığı kabul edilmektedir.

Ticari sırların hukuken koruma altına alınmasının şirketlerin iktisadi varlığı açısından zorunlu olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır⁹⁵. Zira finansal, mali ve ticari sektörlerde faaliyet gösteren işletmeler bakımından ekonomik değere sahip gizli bilgilerin hukuki korunması, büyüme ve üretkenlik süreçlerinin ayrılmaz bir parçası haline gelmiştir⁹⁶. Bu bilgiler, sahipleri tarafından kullanıldığında işletmeye rakiplerine karşı önemli bir avantaj sağlarken, bilgilerin rakiplerce ihlal edilmesi durumunda işletmenin faaliyetlerini sonlandırmasına kadar varan ciddi sonuçlar doğabilecektir⁹⁷. Şu hususu önemle vurgulamak gerekir ki, büyük ölçekli şirketlerin iflası, domino etkisiyle faaliyet gösterdikleri ülkede ciddi ekonomik krizlere neden olmakta ve bu durum, ticari işletmelerin sorunsuz faaliyet göstermesinin yalnızca işletme sahiplerini değil, ülke ekonomisini ve dolaylı olarak dünya ekonomisini de etkilediğini ortaya koymaktadır⁹⁸.

B. Ticari Sırların Korunmasına Yönelik Düzenlemeler

Ticari sırların ekonomik bir değeri bulunması, yapılan iş ve ticaret ile alakalı olması, kişinin ticari hayatını etkileyecek niteliğe sahip olması onların korunması meselesini ön plana çıkarmakta, bu amaçla çeşitli düzenlemeler yapılmaktadır⁹⁹. Mevzuatımızda birçok düzenlemede konuya ilişkin hükümlerin yer aldığı görülmektedir.

Normlar hiyerarşisinin en üst basamağında yer alan Anayasa, ticari sırların korunmasını sağlayan temel hukuki dayanaklardan biri kabul edilmektedir¹⁰⁰. Bu bağlamda Anayasa'nın 17(1)'nci maddesinde, herkesin, yaşam hakkına sahip olup, fiziksel ve ruhsal bütünlüğünü koruma ve geliştirme özgürlüğüne sahip olduğuna ilişkin düzenleme yer almaktadır. Ticari sırların korunması bireylerin ve şirketlerin ekonomik varlıklarını güvence altına alma hakkıyla doğrudan ilişkilendirildiğinden, Anayasa'nın ilgili hükmüne dayandırılabilir¹⁰¹. Nitekim ticari sırların korunması ticari itibar gibi manevi değerler bakımından da önem arz etmektedir¹⁰². Benzer şekilde Anayasa'nın 20'nci

01.05.2025, Lexpera-Hukuk Bilgi Sistemi, <https://www.lexpera.com.tr/>).

⁹² Rekabet Kurulu, K. 16-04/79-34, T. 10.02.2016 (ET: 01.05.2025, Lexpera-Hukuk Bilgi Sistemi, <https://www.lexpera.com.tr/>).

⁹³ Rekabet Kurulu, K. 11-64/1655-585 T. 29.12.2011 (ET: 01.05.2025, Lexpera-Hukuk Bilgi Sistemi, <https://www.lexpera.com.tr/>).

⁹⁴ YHGK., E. 2013/408, K. 2013/770, T. 29.05.2013; YHGK., E. 2013/409, K. 2013/771 T. 29.05.2013 (ET: 01.05.2025, Lexpera-Hukuk Bilgi Sistemi, <https://www.lexpera.com.tr/>).

⁹⁵ Üçüncü, s. 31.

⁹⁶ Gürbüz Usluel, s. 75.

⁹⁷ Sulu, s. 133. Zira rekabetçi piyasa koşullarında bir işletmenin avantaj sağlamasının temel unsurlarından biri, sahip olduğu ticari sırlardır (Ercan, s. 88.). Bu unsurlar, işletmenin sunduğu ürün ve hizmetleri rakiplerinden farklılaştırarak, kendilerine rekabet ortamında avantaj sağlamalarına katkıda bulunmaktadır (Ercan, s. 88). Bu noktada kişinin edineceği bilgileri ekonomik olarak değerlendiremeyecek olsa bile, değerlendirebilecek birine devretme ihtimalinin bulunup bulunmadığı da önem arz etmektedir (Erdönmez, belge ibrazı, s. 352).

⁹⁸ Sulu, s. 1.

⁹⁹ Yeşiltepe, s. 404. Doktrinde ticari sırların korunmasında ileri sürülen teorik dayanaklara ilişkin bkz. Sulu, s. 48.

¹⁰⁰ Sulu, s. 51. Anayasa Mahkemesi'nin ticari sırlara ilişkin karar örneği için bkz. AYM., B. No: 2021/1021, T. 18.01.2022; AYM., B. No: 2021/622, T. 19.01.2022 (ET: 01.05.2025, Lexpera-Hukuk Bilgi Sistemi, <https://www.lexpera.com.tr/>).

¹⁰¹ Gürbüz Usluel, s. 93; Sulu, s. 51. Bireysel sırlar ve bu bağlamda ticari sırların temel haklardan olup, diğer temel haklar gibi korunması gerektiği belirtilmektedir (İçel, s. 37).

¹⁰² Gürbüz Usluel, s. 93; Sulu, s. 51.

maddesi, özel hayatın, aile hayatının, kişisel verilerin güvence altına alınmasını öngörmektedir. İlk bakışta bu düzenlemenin yalnızca kişisel sırları koruma amacı taşıdığı düşünülebilirse de, aslında gerçek ve tüzel kişilere ait ticari sırların da hukuki teminat altına alınmasını sağlayan geniş kapsamlı bir norm olarak işlev gördüğü kabul edilmektedir¹⁰³. Bu çerçevede Anayasal güvenceye sahip olan, kişilerin maddi ve manevi varlıklarını muhafaza etme ve geliştirme hakkına dayanan ticari sırların korunmasının, hakkın özünü zedeleyecek şekilde kısıtlanması, anayasa ve hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmayacaktır¹⁰⁴.

Türk Ceza Kanunu'nun¹⁰⁵ (TCK) 239'uncu maddesinde çeşitli cezai yaptırımlar öngörülerek ticari sırların korunması güvence altına alınmaktadır. Bunun yanı sıra, ticari sırlara, TTK'da yer alan haksız rekabet hükümleri doğrultusunda da hukuki koruma sağlanmaktadır¹⁰⁶. Ayrıca, ticari sırların ihlali durumunda, TBK kapsamında haksız fiile ilişkin hükümlerin uygulanması imkânı da bulunmaktadır¹⁰⁷. Bununla birlikte, sözleşme serbestisi ilkesi çerçevesinde taraflar, ticari sırların gizliliğini güvence altına almak amacıyla çeşitli sözleşmeler yapma imkânına sahiptir¹⁰⁸. Ticari sırların korunması, aynı zamanda kişilik haklarının korunmasıyla da ilişkilidir. TMK'nın 23 ila 25'inci maddelerinde kişiliğin korunmasına ilişkin genel hükümler yer almakta olup, bu hükümler ticari sırların korunmasını da kapsamaktadır¹⁰⁹. Ticari sırların ihlalinin, kişilik haklarına saldırı niteliği taşıdığı durumlarda, mağdur olan taraf TMK hükümleri çerçevesinde hukuki koruma talep edebilmektedir¹¹⁰.

Konuya ilişkin düzenlemeler Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda¹¹¹ (HMK) da yer almakta olup, ilgili hükümler özellikle yargılama sürecinde ticari sırların korunmasına yönelik tedbirleri içermektedir. HMK'nın 28'inci maddesinde duruşmaların gizli yapılmasına ilişkin düzenleme yer almakta¹¹², bu hüküm aracılığıyla ticari sırların yargılama süreci boyunca korunmasına olanak sağlanmaktadır¹¹³. Daha önce de belirtildiği üzere DYYK'da, yabancı yatırımcıların yatırımları ile ilgili istatistiki bilgileri Müsteşarlığa bildirmeleri gerektiğine ilişkin hüküm yer almaktadır. Bu bağlamda istatistiki bilgiler karşı tarafın elinde bulunduğundan, yargılamaya katılan diğer kişilerin

¹⁰³ Sulu, s. 51-52.

¹⁰⁴ Sulu, s. 2. Anayasa'nın belirtilen düzenlemelerinin yanında doktrinde sır kavramının korunmasının temeli Anayasa'nın 26'ncı maddesine dayandırılabilir gibi (Yıldırım, s. 46-47), müşteri sırlarının korunması ayrıca Anayasa'nın 12 ve 19'uncu maddelerine de dayandırılabilir (Turanboy, s. 365; Sulu, s. 23).

¹⁰⁵ RG. 12.10.2004-25611.

¹⁰⁶ Sulu, s. 52.

¹⁰⁷ Kurt Konca, s. 282. İlgili düzenlemenin adi işlerde ortaya çıkan haksız rekabet durumlarında uygulanacağına ilişkin bkz. Gürbüz Usluel, s. 98; Arkan, s. 315. Bu bağlamda, TTK'daki haksız rekabet hükümlerine ilişkin hükümler, TBK'da yer alan haksız fiil hükümlerine kıyasla özel bir nitelik taşıdığından ve davacı lehine düzenlendiğinden, haksız rekabet koşullarının oluştuğu durumlarda haksız fiil hükümlerinin devreye girmeyeceği belirtilmektedir (Gürbüz Usluel, s. 98-99).

¹⁰⁸ Çiftçi, Pınar. *Medenî Yargılama Hukukunda İspat Hakkı ve Sınırlamaları*. Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 763.

¹⁰⁹ Gürbüz Usluel, s. 95.

¹¹⁰ Kurt Konca, s. 282.

¹¹¹ RG. 04.02.2011-27836.

¹¹² Bu bağlamda HMK'nın 28'inci maddesinde “*Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun*” ile değişiklik yapılarak, maddeye eklenen yargılamanın aleniliği ilkesinin, “bireylerin korunmaya değer üstün menfaatlerinin gereklilik arz ettiği hallerde sınırlandırılabilirliği”ne ilişkin ifadenin iptal edildiğini belirtmekte de fayda vardır (AYM., E. 2020/73, K. 2023/181, T. 26.10.2023 (RG. 22.12.2023-32407)).

¹¹³ Erdönmez, Güray. “Alman Hukukunda Verilmiş Bazı Mahkeme Kararları Işığında Gizli Yargılama Kavramına Genel Bir Bakış.” *Halûk Konuralp Anısına Armağan, Yetkin Yayınları*, Ankara, 2009, s. 223 (gizli yargılama). Mahkemenin bu tür durumlarda, yargılamanın aleni olarak yürütülmesi ile ticari sırların gizliliğinin korunması arasındaki menfaatleri dengelemesi ve üstün gelen menfaate göre karar vermesi gerektiği vurgulanmaktadır (Kurt Konca, s. 284).

istatistiki bilgileri öğrenmesinin engellenmesi gereği ile karşılaşılabilir. Dolayısıyla gizli yargılama imkânının kullanılması ile de bu olumsuzluk giderilebilir. HMK'nın 250'nci maddesi çerçevesinde tanıklıktan çekinme hakkı da ticari sırların korunmasına yönelik tedbirlerdendir. Buna ek olarak, HMK'nın 158'inci maddesi, gizli belgelerin örneklerinin verilmesine ilişkin sınırlamaları içermekte olup, bu hüküm de ticari sırların korunmasını sağlayan hukuki mekanizmalardan biridir.

İlgili düzenlemelerde yer alan hükümler yanında mevzuatımızda “Rekabetin Korunması Hakkında Kanun”¹¹⁴ “Bankacılık Kanunu”¹¹⁵; Sermaye Piyasası Kanunu”¹¹⁶; “Elektronik Haberleşme Kanunu”¹¹⁷; “Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu”¹¹⁸; “Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu”¹¹⁹; “Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu”¹²⁰; “Sosyal Güvenlik Kurumuna İlişkin Bazı Düzenlemeler Hakkında Kanun”¹²¹; “Katma Değer Vergisi Kanunu”¹²²; “Vergi Usul Kanunu’nda”¹²³ da ticari sırların korunmasına ilişkin hükümlere yer verilmektedir.

Görüldüğü üzere mevzuatımızda yer alan çeşitli düzenlemelerle ticari sırlara koruma sağlanmaktadır. İstatistiki bilgiler ticari sır olarak değerlendirilebildiği takdirde mevzuatımızda yer alan düzenlemeler kapsamında bu bilgilere yeterli koruma sağlanabilmesi mümkün olabilmektedir.

III. İSPAT HAKKI VE İSPAT HAKKININ SINIRLANDIRILMASI

Yargı sisteminin temel amaçlarından biri gerçeğe ulaşmaktır¹²⁴. Gerçeğe ulaşarak doğru bir karar verilebilmesi için her türlü araştırmanın yapılması gerekmektedir. Bu noktada ilgililere görüşlerini ifade etmelerine zemin hazırlayan ve karar üzerinde etkili olmalarını mümkün kılan bir yargılama ortamı sağlanmalıdır¹²⁵. İlgililere görüşlerini ifade etmelerine zemin hazırlayan ve karar üzerinde

¹¹⁴ RG. 13.12.1994-22140.

¹¹⁵ RG. 01.11.2005-25983.

¹¹⁶ RG. 30.12.2012-28513.

¹¹⁷ RG. 10.11.2008-27050.

¹¹⁸ RG. 12.03.2020-31066.

¹¹⁹ RG. 20.04.2016-29690.

¹²⁰ RG. 29.06.2012-28338.

¹²¹ RG. 20.05.2006-26173.

¹²² RG. 02.11.1984-18563.

¹²³ RG. 10.01.1961-10705.

¹²⁴ Doktrinde yargılamanın adaletli karar vermek, hukuk barışını sağlamak, hakkın yerine getirilmesini sağlamak, hukuk birliğini sağlamak, hukuk düzenini gerçekleştirmek, kesin hükme ulaşmak, şekli gerçeğe ulaşmak, maddi gerçeği bulmak, hakların tespiti, korunması ve gerçekleştirilmesine hizmet etmek gibi çeşitli amaçları olduğu belirtilmekte olup bu konudaki tartışmalar için bkz. Karşlı, Abdurrahim. *Medeni Muhakeme Hukuku*. 5. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020, s. 23-26; Budak, Ali Cem/ Karaaslan, Varol. *Medenî Usul Hukuku*. 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2023, s. 3-5; Arslan, Ramazan, vd. *Medenî Usul Hukuku*. 9. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023, s. 48-49; Tanrıver, Süha. *Medenî Usûl Hukuku Cilt I*. 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2024, s. 132-135 (medenî usul); Atalı, Murat/ Ermenek, İbrahim/ Erdoğan, Ersin. *Medenî Usûl Hukuku*. 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2024, s. 11-13; Pekcanitez, Hakan/ Atalay, Oğuz/ Özekes, Muhammet. *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*. 12. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2024, s. 7-10. HMK genel gerekçesinde, usul hukukunun temel hedefinin maddi gerçeği ortaya çıkarmak olduğu ifade edilmektedir. Bkz. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/574), TBMM (S. Sayısı: 393), Dönem: 23, Yasama Yılı: 3, <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d23/c089/tbmm23089050ss0393.pdf> (ET: 21.01.2025). Objektif hukukun ve tarafların sübjektif haklarının korunarak toplumsal barışa hizmet için mahkeme kararlarının maddi gerçeğe uygun olması gerekli görülmektedir (Erdönmez, belge ibrazı, s. 421-422). Doktrinde ceza muhakemesi ile hukuk muhakemesi arasındaki farklılıklardan hareketle, iki hukuk disiplini arasında gerçeğe ulaşmak bakımından herhangi bir farklılık olmadığı belirtilmektedir (Alangoya, Yavuz. *Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanması İlişkin İlkeler*. Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1979, s. 87; Tanrıver, medenî usul, s. 134).

¹²⁵ Özekes, Muhammet. *Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı*. Yetkin Yayınları, Ankara, 2003, s. 41.

etkili olmalarını mümkün kılan bir yargılama yapılması ise ispat hakkının en iyi şekilde güvence altına alınmasıyla mümkün olabilmektedir¹²⁶.

A. Anayasal Güvenceler Kapsamında İspat Hakkı

İspat, bir iddia hakkında doğru bir kanaate varılabilmesi için nedenselliğin ortaya konulmasıdır¹²⁷. Yargılamada ispatla, bir iddianın doğruluğunu hâkime kabul ettirmeye, onu inandırmaya yönelik bir faaliyet gerçekleştirilmektedir¹²⁸. Bu doğrultuda ispat sürecinde başvuru araçları delil olarak adlandırılmaktadır¹²⁹. Nitekim ispat hukukunda tarafların iddialarını desteklemek ve haklarını savunmak için kullanabilecekleri en önemli araçlarını deliller oluşturmaktadır¹³⁰.

İspat hakkı, tarafların iddialarını destekleyen vakıaları ileri sürme, bu vakıaların doğruluğunu delillerle kanıtlama, delillere ulaşma, delil toplama sürecine katılma ve toplanan deliller sonucunda verilen karara ilişkin açıklama yapma imkânını içeren geniş kapsamlı bir haktır¹³¹. Bu hak, tarafların yargılama sürecine etkin bir şekilde katılımını temin etmektedir.

İspat hakkına ilişkin hükümler mevzuatımızda çeşitli düzenlemelerde yer almaktadır. Bu bağlamda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin¹³² (AİHS) 13'üncü ve 6'ncı maddesinde yer alan hükümler, kişilerin yargısal güvencelerini sağlamaya yönelik temel ilkeleri ortaya koymaktadır. Benzer şekilde, Anayasa ve HMK da ispat hakkına ilişkin hükümler içermektedir. Konuya ilişkin anayasal düzenleme, Anayasa'nın 36'ncı maddesinde "hak arama hürriyeti" başlığı altında yer alan hükümdür. HMK'da ispat hakkına ilişkin hüküm ise Kanun'un 189'üncü maddesinde yer almaktadır¹³³. HMK'nın 189'üncü maddesinin ispat hakkının temel hukuki dayanağı olarak kabul

¹²⁶ İspat süreci sonunda, dava konusu iddia ve savunmaların doğruluğu konusunda hâkimde bir kanaat oluşmakta, bu da hâkimin adli gerçeği yansıtan bir karar vermesini sağlamakta ve böylece adli gerçeğin maddi gerçekle uyumlu olması temin edilmektedir (Arslan vd., s. 411). Dış âlemdeki maddi gerçek, dava esnasında hâkimin vicdani değerlendirmesiyle adli gerçeklik kazanmaktadır (Atalay, Oğuz. *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku*. 15. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 1586 (pekcanitez usul)).

¹²⁷ Konuralp, Halûk. *Medenî Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları*. Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 8; Toraman, Barış. "Medeni Usul Hukukunda İspat Hakkına Dair Bazı Tespit ve Değerlendirmeler." *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ'e Armağan, C. 16, Özel Sayı, 2014, s. 1486; Özrahit, Ticen. *Türk, İngiliz ve K.K.T.C. Medeni Usul Hukuklarında Deliller ve Delillerin Toplanmasına İlişkin Temel Kavramlar ile Güncel Sorunlar*. On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 5; Atalı/ Ermenek/ Erdoğan, s. 489.

¹²⁸ Kiper, Osman. *Hukuk Dâvalarında Kanıtlar*. Adil Yayınevi, Ankara, 1995, s. 13; Demircioğlu, Yaşar. *Medeni Usul Hukukunda İnsan Hakları ve Adil Yargılanma Güvenceleri*. Yetkin Yayınları, Ankara, 2007, s. 107; Konuralp, s. 9; Muşul, Timuçin. *Medenî Usul Hukuku*. 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012, s. 319; Toraman, s. 1486-1487; Kale, Serdar/ Keser, Salih. "Medeni Yargılama Hukukunda Delil Sistemi." *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Mehmet Akif Aydın'a Armağan, C. 21 S. 2, 2015, s. 703; Börü, Levent. *Medenî Usûl Hukukunda İddia ve Somutlaştırma Yükü*. Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 25; Atalay, pekcanitez usul, s. 1585; Karşı, s. 503; Budak/ Karaaslan, s. 255; Arslan vd., s. 414; Atalı/ Ermenek/ Erdoğan, s. 489; Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, s. 338.

¹²⁹ Umar, Bilge/ Yılmaz, Ejder. *İspat Yükü*. 2. Baskı, Kazancı Hukuk Yayınları, 1980, s. 2; Kiper, s. 14; Tutumlu, Mehmet Akif. *Bilimsel Görüşler ve Yargıtay Kararları Işığında Medenî Yargılama Hukukunda Delillerin İleri Sürülmesi*. 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007, s. 27; Konuralp, s. 8; Muşul, s. 319; Kale/ Keser, s. 703; Börü, s. 28; Atalay, pekcanitez usul, s. 1730; Karşı, s. 506; Kuru, Baki. *Medenî Usul Hukuku El Kitabı Cilt I*. Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 613; Arslan vd., s. 424; Atalı/ Ermenek/ Erdoğan, s. 489.

¹³⁰ Çiftçi, s. 183.

¹³¹ Börü, s. 25-26.

¹³² European Convention On Human Rights (1950), https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Convention_TUR (ET: 21.01.2025).

¹³³ Yargılama sürecinde ispat hakkının kullanımı, HMK'nın 189'üncü maddesinde belirlenen yasal sınırlar dâhilinde her iki tarafa da eşit şekilde sağlanmaktadır (Kuru, s. 613, dn. 4). İspat, hukuki dinlenilme hakkının (HMK m. 27) bir parçası olmakla, kanun koyucu hukuki dinlenilme hakkına ilişkin genel düzenlemeyle yetinmeyerek, ispat hakkını ayrıca

edilmesi, bu hakkın yalnızca bir usul hukuku normu olarak değerlendirilmesine ve dolayısıyla yargısal bir temel hak niteliğinin göz ardı edilmesine yol açma riskini barındırmaktadır¹³⁴. Ne var ki, HMK'da ispat hakkına ilişkin düzenlemeye yer verilmeseydi de, ilgili hak yargısal bir temel hak olma niteliğini sürdürecekti¹³⁵.

Belirtilen ilgili düzenlemeler çerçevesinde etkili bir hukuki koruma mekanizmasının oluşturulabilmesi ve hak arama özgürlüğüne kapsamlı bir güvence sağlanabilmesi adına, kişilerin hak aramalarını engelleyen hukuki ve fiili kısıtlamaların ortadan kaldırılması zorunludur¹³⁶. Zira ispat hakkı, HMK'nın 189'uncu maddesinde kaleme alınan, hukuki temelini AİHS ile Anayasa'nın 36'ncı maddesi çerçevesinde güvence altına alınan hak arama özgürlüğünde bulan, diğer anayasal güvencelerle çevrelenen yargısal bir temel haktır¹³⁷. Bu noktada ispat hakkı, “hak arama özgürlüğü” kapsamında “hukuki dinlenilme hakkı ile adil yargılanma hakkı”, “hukuk devleti ilkesi” ve “eşitlik ilkesi” gibi anayasal ve temel haklara dayanmaktadır¹³⁸. İspat hakkına ilişkin bu genel değerlendirmelerin ardından, bu hakkın temelini teşkil eden hak arama özgürlüğü ile diğer anayasal güvencelere değinilmesinde fayda vardır.

Anayasa'nın 36'ncı maddesinde yer alan “hak arama özgürlüğü”ne ilişkin hüküm kapsamında, “adil yargılanma hakkı”¹³⁹ ile “iddia ve savunma hakkı”¹⁴⁰ güvence altına alınmaktadır. Bu doğrultuda ispat hakkının hukuki temeli, Anayasa'nın 36'ncı maddesinde güvence altına alınan hak

düzenleme gereği hissetmiştir (Atalı/ Ermenek/ Erdoğan, s. 489).

¹³⁴ Çiftçi, s. 138.

¹³⁵ Çiftçi, s. 138.

¹³⁶ Özekes, s. 54.

¹³⁷ İnsan hakları, hakların pratikteki karşılığından ziyade daha çok evrensel ve ideal bir haklar bütününi ifade ederken; temel haklar Anayasa'da düzenlenmiş ve güvence altına alınmış insan haklarını belirtmektedir (Uygun, Oktay. 1982 *Anayasası'nda Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi*. Kazancı Matbaacılık, İstanbul, 1992, s. 4). Yargısal temel haklar, yargılama sürecinde insan haklarının ve Anayasa'da düzenlenen maddi temel hakların hayata geçirilmesine katkı sağlayan tamamlayıcı nitelikteki haklar olarak tanımlanmaktadır (Atalay, Esra. “Yargısal Temel Haklar.” *Prof. Dr. Şükrü Postacıoğlu'na Armağan*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İzmir, 1997, s. 441; Çiftçi, s. 134, dn. 9). Yargısal temel haklar, devletin yargı organlarına, maddi temel hakların en etkin şekilde hayata geçirilmesini sağlamak amacıyla, maddi gerçeği araştırma yükümlülüğü getirmektedir (Atalay, s. 442).

¹³⁸ Çiftçi, s. 134.

¹³⁹ Adil yargılanma hakkı; “kanuni, bağımsız ve tarafsız bir mahkemece”, “makul sürede”, “aleni surette”, “hakkaniyete uygun” olarak yargılanma unsurlarını içermektedir (Özekes, s. 56; Demircioğlu, s. 51; Budak/ Karaaslan, s. 74; Arslan vd., s. 150; Pekcanitez/ Atalay/Özekes, s. 199-201). Yargılama sürecine dair temel bir hak olan adil yargılanma hakkının temel unsurlarından birini, hakkaniyete uygun yargılanma ilkesinin ayrılmaz bir parçasını teşkil eden hukuki dinlenilme hakkı oluşturmaktadır (Tanrıver, medeni usul, s. 442). Hukuki dinlenilme hakkı, yargılama sürecinden etkilenecek kişilere, sürece dâhil olarak bilgi edinme, görüşlerini ifade etme, yargılamaya katkı sağlama ve yargı makamlarının bu katkıları değerlendirerek karar almasını mümkün kılan temel bir hak ve yargılama prensibi olarak tanımlanır (Özekes, s. 31; Üçüncü, s. 138; Budak/ Karaaslan, s. 76). Bu noktada hukuki dinlenilme hakkı, yargılamayla ilgili bilgilendirilme, görüşlerin ifade edilmesi ve bu görüşlerin değerlendirilmesi unsurlarını içermektedir (Pekcanitez, Hakan. “Hukuki Dinlenilme Hakkı.” *Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan*, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir, 2000, s. 769-788; Muşul, s. 278; Erdönmez, belge ibrazı, s. 408; Börü, s. 94; Çiftçi, s. 239; Üçüncü, s. 139; Karslı, s. 265; Budak/ Karaaslan, s. 76; Arslan vd., s. 156-157; Tanrıver, medeni usul, s. 443; Atalı/ Ermenek/ Erdoğan, s. 122; Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, s. 201). Hukuki dinlenilme hakkına riayet edilerek yargılanma, ilgili otorite ve kararlarının daha meşru görülmesini teşvik etmektedir (Tyler, Tom R. “Procedural Justice and the Courts.” *Court Review*, C. 44, S. 1-2, 2007, s. 27). İspat hakkı da hukuki dinlenilme hakkının bir unsurudur. Bkz. AYM., E. 2016/10, K. 2016/36, T. 05.05.2016 (ET: 03.02.2025, Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2016/36>).

¹⁴⁰ Medeni usul hukuku kapsamında, yargılama sürecinde ilgili hakkın somut tezahürü, hukuki dinlenilme hakkı şeklinde karşımıza çıkmaktadır (Pekcanitez, s. 754; Özekes, s. 60; Tanrıver, Süha. “Hukuk Yargısı (Medeni Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı.” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 53, 2004, s. 204 (medeni yargı); Tanrıver, medeni usul, s. 443).

arama özgürlüğüne ilişkin anayasal hükme dayanmaktadır.

Hak arama özgürlüğü, kişilere tanınan hakların yargısal güvencesini oluşturmaktadır¹⁴¹. Bu özgürlük tüm yargılama süreçleri açısından genel bir geçerliliğe sahiptir¹⁴². Sadece medeni yargılama usulünde değil, ceza ve idari yargı süreçlerinde de bu özgürlüğün temel bir güvence oluşturduğu kabul edilmektedir.

Hak arama özgürlüğüne riayet edilmesi, ilgilere ait olup, bu noktada ilgilinin gerçek veya tüzel kişi olup olmaması arasında herhangi bir farklılık gözetilmemektedir¹⁴³. Devlet de bir tüzel kişi olarak hak arama özgürlüğüne sahip olup bu bağlamda diğer kişilerle eşit konumda bulunmaktadır¹⁴⁴. Diğer bir deyişle, devlet, tüzel kişi sıfatıyla hak arama özgürlüğüne sahip olup bu çerçevede diğer kişilerle aynı hukuki statüde yer almaktadır.

Hak arama özgürlüğünün temel unsurlarından biri olan ispat hakkına yönelik düzenlemeler, kanun koyucuyu da bağlamaktadır¹⁴⁵. Bu bağlamda ispat hakkının temel hak olması, insan onuru ve hukuk devleti ile ilgili bulunması nedeniyle hukuk kurallarının bu hakka aykırı olmaması gerekmekte olup, ihlalin doğrudan ya da dolaylı olması fark etmediği gibi, durumun özelliği, işin niteliği gibi sebeplerle gerçek bir istisna tanınamayacağı kabul edilmektedir¹⁴⁶. Temel kurallara aykırı kanun hükümleri ve istenmeyen sınırlamalar, kanunların anayasal denetimi ile ilgili olduğundan kanun koyucunun ilgili hakkı göz ardı eden veya sınırlayan düzenleme yapması, Anayasa'ya aykırılık oluşturmakta ve Anayasa denetimine tabi olmaktadır¹⁴⁷.

İspat hakkına “hak arama özgürlüğü” yanında, “hukuk devleti ilkesi” ile “eşitlik ilkesi” de dayanak teşkil etmektedir.

Hukuk devleti, kişilerin hukuki bir güvence altında olduğu, devletin tüm eylem ve işlemlerinin hukuka bağlı olarak yürütüldüğü bir sistemi ifade etmektedir¹⁴⁸. Hukuk devleti ilkesi çerçevesinde kişilerin sahip oldukları temel hakların yargı önünde güvence altına alınarak etkin bir şekilde korunmasını sağlamak amacıyla gerekli mekanizmaların oluşturulması, devletin temel sorumluluklarından biridir¹⁴⁹.

¹⁴¹ Atalay, s. 449. Bu çerçevede kişilerin haklarını aramasını zorlaştıran yasal ve pratik engellerin ortadan kaldırılması zorunludur (Atalay, s. 449). Bununla birlikte ilgili hak yalnızca bağımsız bir temel hak olarak ele alınmamakta, aynı zamanda diğer temel haklarla özgürlüklerin etkin şekilde kullanılmasını ve korunmasını sağlayan en önemli güvencelerden biri olarak değerlendirilmektedir. Bkz. AYM., E. 2014/146, K. 2015/31, T. 19.03.2015 (R.G. 13.06.2015-29385); AYM., E. 2021/9, K. 2022/4, T. 26.01.2022 (R.G. 12.04.2022-31807); AYM., E. 2024/29, K. 2024/226, T. 25.12.2024 (Kazancı-İçtihat Bilgi Bankası, <https://lib.kazanci.com.tr/> (E.T: 03.05.2025)). Bu yönüyle hak arama özgürlüğü, yalnızca kişilerin sahip oldukları hakları korumakla kalmayıp, hukukun üstünlüğü ilkesinin işleyişini de doğrudan etkilemektedir.

¹⁴² Pekcanitez, s. 763; Tanrıver, medeni yargı, s. 192; Üçüncü, s. 139.

¹⁴³ Pekcanitez, s. 762; Tanrıver, medeni yargı, s. 205; Budak/ Karaaslan, s. 76.

¹⁴⁴ Pekcanitez, s. 762.

¹⁴⁵ Pekcanitez, s. 755; Özekes, s. 311. Bu noktada devletin pozitif bir şeyler yapması, açıklama hakkının teminini sağlaması gerekli görülmektedir (Pekcanitez, s. 757; Üçüncü, s. 138-139).

¹⁴⁶ Özekes, s. 314.

¹⁴⁷ Özekes, s. 311.

¹⁴⁸ Atalay, s. 444; Özbudun, Ergun. *Türk Anayasa Hukuku*. 24. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2024 s. 124. Hukuk devletinde, tüm iş ve işlemler anayasa ve hukuka bağlı kalınarak yürütülmektedir (Erdoğan, Mustafa. *Türk Anayasa Hukuku*. Hukuk Yayınları, Ankara, 2018, s. 59).

¹⁴⁹ Atalay, s. 445. Anılan ilke kapsamında ispat hakkının temelini oluşturan hak arama özgürlüğünü teşkil eden adil

Eşitlik ilkesi, yargılama sürecinde taraflar arasında dengeyi sağlayan silahların eşitliği ilkesiyle ortaya çıkmaktadır¹⁵⁰. Silahların eşitliği ilkesi kapsamında taraflara eşit şekilde iddia ve savunma haklarını gerçekleştirme, delil sunma, diğer tarafın delillerini inceleme ve tartışma imkânı sağlanmalıdır¹⁵¹.

B. İspat Hakkının Sınırlandırılması

Hukuki sistemin temel dayanağı Anayasadır. Anayasa yalnızca kişisel özgürlükleri güvence altına almakla kalmayıp, hukukun tüm alanlarına yön veren kurucu bir çerçeve sunmaktadır. Anayasa kurucu ilkelerin yer aldığı kurallardan oluştuğundan hukukun diğer alanlarının da bu kurucu ilkelere uygun olması gerekmektedir¹⁵². Dolayısıyla diğer hukuk alanlarının kuralları anayasal kurallara uygun olmalı, tüm hukuk alanlarının değerlendirmeleri ve yorumları anayasal kurallar çerçevesinde yapılmalıdır¹⁵³. Zira Anayasa'nın 11'inci maddesi, Anayasa hükümlerinin, yasama, yürütme, yargı organları ile idari makamlar, diğer kişi ve kurumlar için bağlayıcı nitelikte temel hukuk normları olduğunu, kanunların Anayasaya uygunluğunun zorunlu olduğunu, hükme bağlamaktadır.

Temeli Anayasa'nın 36'ncı maddesine dayandığından ispat hakkının sınırlandırılmasında Anayasa'nın çizdiği sınırlara uyulması gerekmektedir¹⁵⁴. Bu noktada Anayasa'nın 36'ncı maddesi için sınırlama rejimi Anayasa'nın 13'üncü maddesine tabidir¹⁵⁵. Dolayısıyla temel haklar içerisinde yer alan ispat hakkına sınırlama getirilirken, Anayasa'nın 13'üncü maddesindeki şartlar dikkate alınmalıdır¹⁵⁶. Bu çerçevede Anayasa'nın 13'üncü maddesi uyarınca, temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın¹⁵⁷ ve yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebepler

yargılanma hakkı ile iddia ve savunmada bulunma hakkı koruma altındadır. Bu noktada yargılama sürecinde ispat faaliyetinde bulunma hakkı, demokratik hukuk devletin vazgeçilmez bir unsurudur (Çiftçi, s. 139). Bu hakları gözetmeyerek, bu hakları güvence altına almayan bir devletin, hukuk devleti olma vasfı zedeleneyeceğinden, hukukun doğru uygulanması ve ilgili hakların tam anlamıyla gerçekleşmesi için, taraflara karşılıklı görüş alışverişinde bulunabilecekleri ve karara etki edebilecekleri bir yargılama ortamı sağlanmalı, taraflar haberdar edilmeden, görüşlerini sunmalarına ve karara katkıda bulunmalarına olanak tanınmadan hüküm verilmemelidir (Özekes, 40-41; Tanrıver, medeni yargı, s. 205). Hukuki dinlenilme hakkı, hukuk devleti ilkesine dayanmakta olup, bu niteliği nedeniyle devletlerin yasal düzenlemelerinden üstün bir konumda bulunmaktadır (Özekes, s. 62).

¹⁵⁰ Özekes, s. 49; Çiftçi, s. 138; Arslan vd., s. 155; Tanrıver, medeni usul, s. 462. Silahların eşitliği ilkesinin aynı zamanda, hukuk devleti ilkesinin yargılama hukukundaki yansıma biçimlerinden olduğuna ilişkin bkz. Tanrıver, medeni yargı, s. 210; Budak/ Karaaslan, s. 74; Tanrıver, medeni usul, s. 462. Silahların eşitliği ilkesinin, sosyal devlet ilkesini gerçekleştirmeye hizmet ettiği belirtilmektedir (Arslan vd., s. 155).

¹⁵¹ Budak/ Karaaslan, s. 75. Ancak adil bir devlet hukuk devleti olabileceğinden, adil bir devletten söz edilebilmesi için herkesin fırsat eşitliğine sahip olduğu, kanuni eşitliğin tanındığı, kişiliğini geliştirme imkânının herkese verildiği ve bunu engelleyen tüm maddi ve manevi kısıtlamaların kaldırıldığı, her türlü ayrıcalık ve keyfi uygulamanın tamamen reddedildiği bir sistemin varlığı gerekir (Atalay, s. 445). Bu durum hukuk sisteminin meşrutiyetini sürdürmesinin de anahtarıdır (Tyler, s. 26). Anayasa Mahkemesi'nin silahların eşitliği ilkesine ilişkin karar örneği için bkz. AYM., B. No: 2020/2316, T. 12.01.2023 (R.G. 03.05.2023, 32179); AYM., B. No: 2013/2116, T. 23.01.2014; AYM., B. No: 2017/18458, T. 10.02.2021 (Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası, [https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/](https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/(E.T: 02.05.2025)))).

¹⁵² Anayurt, Ömer. *Anayasa Hukuku Genel Kısım (Temel İlkeler, Kavram ve Kurumlar)*. 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 104.

¹⁵³ Anayurt, s. 104.

¹⁵⁴ Çiftçi, s. 141.

¹⁵⁵ Çiftçi, s. 527. Anayasa Mahkemesi'nin bazı yasal düzenlemelerin, adil yargılanma hakkının kapsamını belirli ölçüde daralttığı ve sınırlandırdığından dolayı, Anayasa'nın 36'ncı maddesiyle uyumlu olmadığı yönünde kararları bulunmaktadır. Karar örneği için bkz. AYM., E. 2012/100, K. 2013/84, T. 04.07.2013 (RG. 02.08.2013-28726).

¹⁵⁶ Çiftçi, s. 520.

¹⁵⁷ Bir hakkın özü, o hakkın en önemli parçası olup, eğer bu kısma müdahale edilirse, hak tamamen anlamsız hale gelmektedir (Sağlam, Fazıl. *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*. Ankara, 1982, s. 155-156; Erdoğan, s. 86; Gözler,

doğrultusunda¹⁵⁸ ancak kanunla sınırlanabilir. Ayrıca, temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması Anayasa'nın sözüne ve ruhuna uygun olmalı¹⁵⁹, demokratik toplum düzeninin¹⁶⁰, lâik Cumhuriyetin gereklilikleri¹⁶¹ ile ölçülülük ilkesine¹⁶² aykırılık teşkil etmemelidir.

Görüldüğü üzere sadece Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebepler doğrultusunda, temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması mümkün olabilmektedir. Ancak hak arama özgürlüğü bağlamında, Anayasa'nın 36'ncı maddesinde herhangi bir özel sınırlama sebebi öngörülmemektedir¹⁶³. Anılan hükümde sınırlamanın sınırının belirlenmesi konusunda sessizlik, hak arama özgürlüğüne dayanan usuli hakların herhangi bir sebeple sınırlandırılmasını tartışmalı hale getirmektedir¹⁶⁴. Zira Anayasa'nın 36'ncı maddesinde hak arama özgürlüğüne yönelik herhangi bir sınırlama sebebine yer verilmemesi, bu özgürlüğün ve ona bağlı olarak ispat hakkının geniş bir koruma çerçevesine sahip olduğunu ortaya koymakta ve bu durum, ispat hakkının sınırsız hale dönüştüğü izlenimini uyandırmaktadır¹⁶⁵. Ancak temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına dair bir düzenleme bulunmaması, bu hakların her durumda tamamen sınırsız kabul edileceği anlamına gelmemektedir¹⁶⁶. Zira her hak ve özgürlük, kendi doğasından kaynaklanan, kapsamını belirleyen ve

Kemal. *Anayasa Hukukuna Giriş Genel Esaslar ve Türk Anayasa Hukuku*. 30. Baskı, Ekin Basım Yayın, Bursa, 2021, s. 224; Döner, Ayhan. *Türk Anayasa Hukuku*. Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 174; Özbudun, s. 116). Eğer bir hak veya özgürlüğe getirilen sınırlamalar, onun kullanılmasını çok zorlaştırıyor ya da tamamen engelliyorsa, bu durum o hakkın özüne dokunmuş sayılmaktadır (Erdoğan, s. 86; Gözler, s. 224; Özbudun, s. 116).

¹⁵⁸ 2001 yılında temel hakların sınırlandırılması Anayasa'nın 13'üncü maddesi değişikliğiyle daha zor şartlara tabi tutulmuştur (Çiftçi, s. 520). 2001 Anayasa değişikliğiyle birlikte, temel hak ve hürriyetlerin yalnızca ilgili maddelerde öngörülen özel sınırlama sebepleri doğrultusunda kısıtlanabileceği kabul edilmiş, genel sınırlama sebepleri ise Anayasa'dan çıkarılmıştır. Bu doğrultuda, bir temel hak ancak ilgili olduğu anayasal hükümde öngörülen sebeplerle kısıtlanabilecek, bunların dışında herhangi bir gerekçeyle sınırlamaya tabi tutulamayacaktır (Çiftçi, s. 533). Bu kapsamda karar örneği için bkz. AYM., E. 2006/142, K. 2008/148, T. 24.09.2008 (RG. 25.12.2008-27091).

¹⁵⁹ Anayasa'nın sözü kavramından Anayasa metninin anlaşılacağı belirtilmektedir (Gözler, s. 222; Döner, s. 172; Tanör, Bülent/ Yüzbaşıoğlu, Necmi. *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*. 21. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2023, s. 160). Bir düzenlemenin Anayasa'nın sözüne uygun olması, onun Anayasa'da düzenlenen temel hak ve hürriyetlere aykırılık teşkil etmemesi anlamına gelmektedir (Çiftçi, s. 543). Anayasa'nın ruhuna uygunluk ise Anayasa'nın genel yapısını ve bu yapıdan doğan temel anlamı yansıtmaktadır (Çiftçi, s. 544; Döner, s. 173; Özbudun, s. 113). Anayasa'nın ruhu kavramının, objektif olarak tanımlanamayan bir kavram olduğu belirtilmektedir (Gözler, s. 222; Tanör/ Yüzbaşıoğlu, s. 160).

¹⁶⁰ Çoğulcu, özgürlükçü ve katılımcı demokrasi ilkeleri doğrultusunda, özgürlüklerin belli bir seviyede korunması demokratik toplum düzeninin temel gereklilikleri arasındadır (Çiftçi, s. 546). Bu ifade, netlikten uzak olması ve daha çok siyasi bir değerlendirme ölçütü olarak görülmesi sebebiyle eleştiriye konu olmaktadır (Çiftçi, s. 544; Tanör/ Yüzbaşıoğlu, s. 162).

¹⁶¹ Bu bağlamda öngörülen bir kısıtlamanın, din özgürlüğünün sağlanması ile din ve devlet işlerinin birbirinden ayrı tutulması ilkesine ters düşmemesi gerekmektedir (Gözler, s. 203-206; Döner, s. 174).

¹⁶² Ölçülülük ilkesi, getirilen sınırlamanın amacına ulaşmak için uygun bir yöntemle yapılmasını, bu yöntemin zorunlu olmasını ve uygulanan yöntemle hedeflenen sonuç arasında makul bir dengenin bulunmasını öngören bir kurala işaret etmektedir (Sağlam, s. 113-117; Uygun, s. 161; Metin, Yüksel. *Ölçülülük İlkesi Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi*. Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002, s. 26- 39; Erdoğan, s. 90-91; Çiftçi, s. 547; Döner, s. 174; Tanör/ Yüzbaşıoğlu, s. 165; Özbudun, s. 114).

¹⁶³ Uygun, s. 133.

¹⁶⁴ Çiftçi, s. 540-543.

¹⁶⁵ Çiftçi, s. 534. Anayasa'da sınırlamadan söz edilmeyen hakların, sınırlamaya elverişli olmama özelliği, sahip oldukları norm alanlarının özelliğine bağlı olup, her bir hak için ayrı bir nedene dayanmaktadır (Sağlam, s. 104). Bazı hakların yasal sınırlama dışında bırakılması, ilgili hakkın niteliği yanında, norm alanlarının zaten dar tutulmuş veya yeteri kadar belirgin olmasıyla açıklanmaktadır (Sağlam, s. 106). Temel bir hak olması sebebiyle hukuki dinlenilme hakkının tam ve gerçek bir istisnası bulunmamaktadır (Özkes, s. 207). Hak arama yollarının, doğası (içeriği) gereği sınırlanmaması gereken hak ve özgürlüklerden görüldüğüne ilişkin bkz. Tanör/ Yüzbaşıoğlu, s. 149.

¹⁶⁶ Üçüncü, s. 162.

normatif çerçevesini oluşturan nesnel ve doğal sınırlarla çevrilidir¹⁶⁷. Dolayısıyla Anayasa'nın sözü ve ruhuna elverişli bir değerlendirme yapılarak ispat hakkına sınırlama getirilebilecektir¹⁶⁸. Bu noktada ispat hakkının Anayasa'nın 13'üncü maddesinde belirtilen unsurları karşılaması şartı ile “usul ekonomisine dayalı kamu menfaati gerekliliği”, “diğer temel haklarla çatışma halinde çatışan temel haklar arasında ölçülü bir denge tesis edilmesi”, “AİHS'nin 6'ncı maddesinde öngörülen kısıtlama kriterleri”, “temel hakların kötüye kullanılması yasağı” çerçevesinde sınırlandırılmasının mümkün olabileceği kabul edilmektedir¹⁶⁹.

Belirtilen istisnai durumlar bir kenara bırakılırsa, ispat hakkının ihlali, hukuki güvenliği zayıflatırken, hukuk devleti ilkesine dayalı prensiplerin zarar görmesine yol açar¹⁷⁰. Bu nedenle, ispat hakkının korunması, hukuk devletinin temel gereklerinden biri olarak değerlendirilmelidir.

Hukuk devleti ilkesi tarafların iradesine bırakılabilecek bir konu olmadığı gibi, bu ilkeye dayalı olarak şekillenen ispat hakkı konusunda da kişilere sınırsız bir tasarruf yetkisi tanınmamaktadır¹⁷¹. Zira ispat hakkı, yalnızca kişiler için değil, aynı zamanda yargı sisteminin işleyişi açısından da büyük önem taşımaktadır. Bu bağlamda, ispat hakkı herkesin yararına olup, kullanımının tarafların insiyatifine bırakılması mümkün değildir¹⁷².

DYYK yabancı yatırımcıların yatırımlarıyla ilgili olarak Müsteşarlığa bildirdiği istatistiki bilgilerin ispat aracı olarak kullanılamayacağını hükme bağlamaktadır. Anılan düzenleme ile söz konusu bilgilerin hukuki süreçlerde delil olarak kullanılması engellenmektedir.

Tarafların delil göstermelerinin yasaklanması veya gereğinden fazla sınırlandırılması, hukuki dinlenilme hakkının ve onun ayrılmaz parçasını teşkil eden ispat hakkının ihlaline neden olmaktadır¹⁷³. Daha önce de belirtildiği üzere mevzuatımızda ticari sırların korunmasına yönelik çeşitli güvenceler yer almaktadır. Mevzuatımızda ticari sırların korunmasına yönelik çeşitli güvencelere rağmen, yargılama sürecinde ticari sırlara koruma sağlamak amacıyla tarafların adalete erişim ve haklarını ileri sürebilmeleri açısından sahip oldukları en temel hukuki araç olan ispat hakkının kısıtlanması, ölçülülük ilkesiyle bağdaşmamaktadır¹⁷⁴. Zira kişilere deliller hakkında açıklamada bulunma imkânı tanınmadığında, hak arama özgürlüğü ve savunma hakkı etkisiz hale gelmekte, bu hakların özü zarar görmekte ve temel unsurları anlamını yitirmekte, bu haklar etkin bir şekilde kullanılamaz duruma gelmektedir¹⁷⁵. Aynı zamanda her ne kadar istatistiki bilgiler içerisinde ticari sırlara ilişkin bilgilerin yer alma ihtimali mevcut olsa da, istatistiki bilgiler ifadesinin doğrudan

¹⁶⁷ Tanör/ Yüzbaşıoğlu, s. 146; Özbudun, s. 112-113.

¹⁶⁸ Çiftçi, s. 540. Taraflara ve 3'üncü kişilere ait sırların korunması için alınacak önlemler hukuki dinlenilme hakkının bu bağlamda ispat hakkının sınırlandırılması sonucu doğuracağından mahkemenin ihtiyatlı davranarak, alacağı önlemleri sadece gerekli alanlarla sınırlandırması yerinde olacaktır (Erdönmez, belge ibrazı, s. 401).

¹⁶⁹ Çiftçi, s. 540-542. Hukuki dinlenilme hakkının, hukuk devleti ilkesi ve hukuki koruma mekanizmasına hizmet eden bir araç olması nedeniyle, özellikle etkin hukuki korumanın sağlanması başta olmak üzere diğer çeşitli hukuki değerler doğrultusunda sınırlandırılabilirliği; bu bağlamda, her müdahalenin doğrudan bir hak ihlali teşkil etmeyeceği ve hukuki dinlenilme hakkına yönelik müdahale ile bu hakkın ihlalinin birbirinden farklı kavramlar olduğu ifade edilmektedir (Üçüncü, s. 152).

¹⁷⁰ Çiftçi, s. 764.

¹⁷¹ Üçüncü, s. 150.

¹⁷² Erdönmez, belge ibrazı, s. 411; Üçüncü, s. 150.

¹⁷³ Erdönmez, belge ibrazı, s. 411.

¹⁷⁴ Çiftçi, s. 764.

¹⁷⁵ Çiftçi, s. 764. Anayasa Mahkemesi'nin, savunma hakkına yapılacak herhangi bir sınırlandırmanın hakkın özüne dokunacağına ilişkin karar örneği için bkz. AYM., E. 1963/143, K. 1963/167, T. 26.06.1963 (RG. 12.11.1963-11553).

ticari sır ifadesini karşılayan bir kavram olmadığı da görülmektedir. Dolayısıyla bu durum söz konusu bilgilerin ticari sır kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği konusunda belirsizliğe neden olmaktadır. Bu bağlamda DYYK ilgili hükmü ile ticari sır kapsamında değerlendirilemeyecek bilgilerin de delil olarak kullanılması engellenmektedir

Anayasa'nın çeşitli ilkeleriyle kendisine koruma sağlanan ispat hakkına ilişkin kanun koyucunun taraflara eşit imkân sağlayan düzenlemeler yapması önem taşımaktadır¹⁷⁶. Bu noktada hukuki düzenlemeler tarafların haklarını koruyacak şekilde oluşturulmalıdır. Ticaret politikaları da bu kapsamda değerlendirilmelidir; zira ticari faaliyetlerde eşitlik esası gereği, ev sahibi devlet ile yabancı yatırımcının eşit standartlarda karşı karşıya gelmesi uygun görünmektedir¹⁷⁷. Bu nedenle, ispat hakkının kullanımında herhangi bir taraf aleyhine aşırı kısıtlamalar getirilmemeli ve herkesin adil bir şekilde haklarını savunmasına olanak tanınmalıdır. Adil bir yargılama sisteminin oluşturulmasında ispat hakkının korunmasının, hukukun temel bir gerekliliği olduğu hatırdan çıkarılmamalıdır.

SONUÇ

Yabancı yatırımların ülke ekonomisine kazandırılması ve sürdürülebilirliği, güvenli ve istikrarlı bir yatırım ortamının varlığına bağlıdır. Bu doğrultuda, ülkelerin yabancı yatırımları koruma ve düzenleme görevlerini etkin bir şekilde yerine getirmesi gerekmektedir. Yabancı yatırımcıların güvenliğini sağlayan en önemli unsurlar arasında hukuki koruma mekanizmaları yer almaktadır.

Yatırımların ülke ekonomisine kazandırılması ve sürdürülebilirliği açısından, yabancı yatırımcıların ticari sırlarının korunması kritik bir öneme sahiptir. Bu kapsamda mevzuatımızda ticari sırların korunmasına yönelik çeşitli düzenlemeler yer almakta olup, ticari sırların ihlali halinde uygulanacak yaptırımlar ve yargılama sürecinde alınabilecek tedbirler ile bu sırların güvence altına alınması amaçlanmaktadır.

DYYK'da, yabancı yatırımcıların yatırımlarıyla ilgili olarak Müsteşarlığa bildirdikleri istatistiki bilgilerin, yalnızca istatistik amaçlı kullanılabileceği ve ispat aracı olarak ileri sürülemeyeceği hükme bağlanmaktadır. Bu düzenlemenin, ticari sırların korunmasına yönelik bir amaç taşıdığı yönünde yorum yapılabilir. Ancak ilgili hükümde doğrudan “ticari sır” kavramına yer verilmemesi ve bunun yerine “istatistiki bilgiler” ifadesinin kullanılması, söz konusu bilgilerin ticari sır kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği konusunda belirsizliğe neden olmaktadır.

DYYK'nın ilgili hükmü ile istatistiki bilgilerin korunması amacı güdülerek, bu süreçte ispat hakkına sınırlama getirilmektedir. Ancak DYYK'nın ilgili hükmü ile idarenin yargı önünde hakkını savunma ve ispat hakkını kullanma imkânı sınırlandırıldığından, bu durum özellikle kamu yararının söz konusu olduğu davalarda idareyi dezavantajlı bir konuma düşürebilir. Oysa ispat hakkı, hukukun temel ilkelerinden biri olarak, kişilerin yargı önünde haklarını etkin bir şekilde savunabilmelerini sağlaması bakımından büyük bir öneme sahiptir. Devlet de tüzel kişi sıfatıyla ispat hakkına sahip olup bu çerçevede diğer kişilerle aynı hukuki statüde yer almaktadır. İspat hakkının temel bir hak olması

¹⁷⁶ Tarafların ispat sürecini aynı kurallar çerçevesinde yürütmesi, yalnızca dağıtıcı adaletin sağlanması açısından değil, aynı zamanda taraflar arasında tam bir eşitliğin tesis edilmesi için de zorunludur (Çiftçi, s. 178-179).

¹⁷⁷ Dost, s. 110. Uluslararası yatırımlara ilişkin uyumsuzluklarda silahların eşitliği ilkesinin uygulanması gerekmektedir (Dost, s. 110).

ve hukuk devleti ilkeleriyle doğrudan ilişkili bulunması nedeniyle, hukuk kurallarının bu hakka aykırı düzenlemeler içermemesi gerekmektedir.

Sonuç olarak, DYYK'da yer alan ilgili hüküm, istatistiki bilgiler ifadesinin kapsamına ilişkin belirsizliği beraberinde getirmesi ve idarenin delil sunma hakkını kısıtlaması nedeniyle, hukuki güvenlik ilkesine zarar vermektedir. Bu nedenle, söz konusu hükmün hukuki belirsizlikleri ortadan kaldıracak şekilde yeniden düzenlenmesi ve kamu yararını gözeten bir denge sağlanacak şekilde revize edilmesi gerekmektedir. Bu bağlamda değerlendirildiğinde, ilgili hükmün, “Yabancı yatırımcılar, yatırımlarına dair istatistiki bilgileri, mevzuatta öngörülen usul ve esaslara uygun şekilde beyan ederler. Bu bilgiler esas olarak istatistiksel analiz amacıyla kullanılmakla birlikte, gizliliğin korunmasına ilişkin düzenlemelere tabi olmak kaydıyla delil olarak değerlendirilebilir” biçiminde yeniden kaleme alınması uygun olacaktır. Öte yandan, bilgilerin yalnızca beyan yükümlülüğüne konu edilmesi ve delil niteliğine ilişkin açık bir hüküm içermemesi esasına dayanan, daha dar kapsamlı bir düzenlemenin benimsenmesi de alternatif bir çözüm olarak değerlendirilebilir.

KAYNAKÇA

- Alangoya, Yavuz. *Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler*. Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1979.
- Albayrak, Gökhan. *Uluslararası Yatırım Hukukuna Küresel Anayasacılık Yaklaşımı*. On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.
- Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>.
- Anayurt, Ömer. *Anayasa Hukuku Genel Kısım (Temel İlkeler, Kavram ve Kurumlar)*. 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.
- Ani, Layla Qodri, vd. “Foreign Investment in the Era of Globalization: A Review of Legal Protection in the Perspective of National and International Law.” *International Conference Restructuring and Transforming Law*, C. 3, S. 1, 2024, s. 122-131.
- Arıkan, Gökçe. “Doğrudan Yabancı Yatırımların Teşviki Bakımından Yabancı Tüzel Kişilerin Türkiye’de Taşınmaz İktisabı.” *Ankara Barosu Dergisi*, C. 83, S. 1, 2025, s. 1-34.
- Arkan, Sabih. *Ticari İşletme Hukuku*. 21. Baskı, Sözkese Matbaacılık, Ankara, 2015.
- Arslan, Ramazan, vd. *Medenî Usul Hukuku*. 9. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023.
- Atalay, Esra. “Yargısal Temel Haklar.” *Prof. Dr. Şükrü Postacıoğlu’na Armağan*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İzmir, 1997, s. 437-454.
- Atalay, Oğuz. *Pekcanıtez Usûl Medenî Usûl Hukuku*. 15. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- Atalı, Murat/ Ermenek, İbrahim/ Erdoğan, Ersin; *Medenî Usûl Hukuku*. 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2024.
- Ayhan İzmirli, Lale. “Uluslararası Yatırım Hukukunda ‘Yatırım’ Kavramı.” *Süleyman Demirel*

Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 8, S. 2, 2018, s. 89-131.

Bilgin, Mehmet Hüseyin. “Türkiye’ye Yönelik Doğrudan Yabancı Sermaye Yatırımlarının İstihdama Etkisi.” *Öneri Dergisi*, C. 6, S. 22, 2004, s. 251-258.

Bozdağlıoğlu, Yasemin/ Evlimoğlu, Umut. “Türkiye’de Doğrudan Yabancı Sermaye Yatırımlarının Tarihsel Süreçte Gösterdiği Gelişim: Hukuksal ve Ekonomik Yansımaları.” *Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, C. 6, S. 11, 2015, s. 32-52.

Bozkurt Yüksel, Armağan Ebru. “Ticari Sırların Dijital Ortamda Korunması.” *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, C. 9, S. 33, 2018, s. 143-192.

Börü, Levent. *Medenî Usûl Hukukunda İddia ve Somutlaştırma Yükü*. Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2016.

Budak, Ali Cem/ Karaaslan, Varol. *Medenî Usul Hukuku*. 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2023.

Carlson, David/ Ziegler, Jeffrey. “The Role of Democratic Governance and Indirect Expropriation in International Investment Treaty Violations.” *Uluslararası İlişkiler*, C. 18, S. 72, 2021, s. 37-49.

Cuervo-Cazurra, Alvaro, vd. “Host Country Politics and Internationalization: A Meta-Analytic Review.” *Journal of Management Studies*, C. 60, S. 1, 2023, s. 204-241.

Çal, Sedat. *Uluslararası Yatırım Tahkimi ve Kamu Hukuku İlişkisi*. Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009.

Çalışkan, Zeynep. “Türkiye’nin Taraf Olduğu İkili ve Çok Taraflı Anlaşmalarda Yatırım Kavramı.” *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, C. 29, 2010, s. 85-118.

Çelikel, Aysel. “Yabancı Yatırımların Teşviki Amacıyla Yapılan Yeni Yasal Düzenlemeler.” *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, C. 23, S. 1-2, 2011, s. 161-72.

Çelikel, Aysel/ Öztekin Gelgel, Günseli. *Yabancılar Hukuku*. 27. Baskı, Ankara, 2022.

Çiftçi, Pınar. *Medenî Yargılama Hukukunda İspat Hakkı ve Sınırlamaları*. Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.

Congress.Gov, <https://www.congress.gov/110/plaws/publ49/PLAW-110publ49.pdf>.

DeGhetto, Kaitlyn. “What’s in a Name (Political Risk)? A Review of Political Risk and Foreign Investment Decisions.” *Cross Cultural & Strategic Management*, C. 31, S. 1, 2024, s. 50 – 86.

Demir Gökyayla, Cemile/ Süral, Ceyda. “4875 Sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu ve Getirdiği Yenilikler.” *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 6, S. 2, 2004, s. 131-168.

Demircioğlu, Yaşar. *Medeni Usul Hukukunda İnsan Hakları ve Adil Yargılanma Güvenceleri*. Yetkin Yayınları, Ankara, 2007.

Doğan, Vahit/ Yılmaz, Alper Çağrı/ İzmirli, Lale Ayhan. *Türk Yabancılar Hukuku*. 8. Baskı, Savaş

Yayınevi, Ankara, 2024.

Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu Tasarısı ve Plan ve Bütçe Komisyonu Raporu (1/327), <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d22/c017/tbmm22017090ss0142.pdf>).

Dominica Citizenship by Investment Unit, <https://www.cbiu.gov.dm/wp-content/uploads/2020/10/Commonwealth-of-Dominica-Citizenship-Act.pdf>;
<https://cbiu.gov.dm/wp-content/uploads/2024/07/SRO-No.-8-of-2024.-Commonwealth-of-Dominica-Citizenship-By-Investment-AmdNo.2-Reg.-2024-1-1.pdf>.

Dost, Süleyman. *Yabancı Yatırım Uyuşmazlıkları ve ICSID Tahkimi*. Asil Yayın Dağıtım, Ankara, 2006.

Döner, Ayhan. *Türk Anayasa Hukuku*. Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.

Dündar, Hasan Çağlayan. *Türkiye'nin İş Yapma Kolaylığındaki Yolculuğu: B-Ready Raporu ve Yeni Ufuklar*. 2024, s. 1-5, <https://www.researchgate.net/publication/385001443>.

Džankić, Jelena. “Immigrant Investor Programmes in the European Union (EU).” *Journal of Contemporary European Studies*, C. 26, S. 1, 2018, s. 64-80.

Ekşi, Nuray. *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku*. KHK-703 ve Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerine Göre Hazırlanmış 5. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2018 (yabancılar).

Ekşi, Nuray. *Milletlerarası Ticaret Hukuku*. 4. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2020 (ticaret).

Ener, Mustafa Alper. *Uluslararası Yatırım Hukuku*. Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024.

Er, Selami. “Yabancıların Çalışma İzinleri ve Ön İzin Müessesesi.” *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, S. 4, 2014, s. 176-221.

Ercan, Tarık Can. “Yardımcı Kişilerin Sözleşmeyi İhlal Etmeye veya Ticari Bilgileri İfşa Etmeye Yönlendirilmesi.” *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 8, S. 1, 2022, s. 77-94.

Erdoğan, Mustafa. *Türk Anayasa Hukuku*. Hukuk Yayınları, Ankara, 2018.

Erdönmez, Güray. “Alman Hukukunda Verilmiş Bazı Mahkeme Kararları Işığında Gizli Yargılama Kavramına Genel Bir Bakış.” *Halûk Konuralp Anısına Armağan*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 223-239 (gizli yargılama).

Erdönmez, Güray. *Medeni Usul Hukukunda Belgelerin İbrazı Mecburiyeti*. 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014 (belge ibrazı).

Erken, Baki. “Türkiye’de Yabancıların Çalışma İzinlerine İlişkin Kurallar ve Uygulaması.” *Türk İdare Dergisi*, C. 476, S. 2, 2013, s. 383-414.

Erten, Rifat. “Türk Hukukunda Doğrudan Yabancı Yatırımlar.” *Türkiye Barolar Birliği Vatandaşlık, Göç, Mülteci ve Yabancılar Hukukundaki Güncel Gelişmeler*, Ed. Kay Hailbronner vd., Şen

Matbaa, 2009, s. 397-428 (yabancı yatırım).

Erten, Rifat. *Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanununun Türk Yabancılar Hukuku Sistemi İçindeki Yeri ve Rolü*. Sözkesen Matbaacılık, Ankara, 2005 (yabancılar hukuku).

European Convention on Human Rights (1950), https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Convention_TUR.

Gölcüklü, İlyas. “Güncel Gelişmeler Işığında Yatırım Yoluyla Türk Vatandaşlığının Kazanılması: Problemler ve Çözüm Önerileri.” *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, C. 40, S. 1, 2020, s. 125-141.

Gözler, Kemal. *Anayasa Hukukuna Giriş Genel Esaslar ve Türk Anayasa Hukuku*. 30. Baskı, Ekin Basım Yayın, Bursa, 2021.

Gülbüz Usluel Aslı E.. *Türk Özel Hukukunda Özellikle Anonim Şirketlerde Ticari Sırrın Korunması*. Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/574), TBMM (S. Sayısı: 393), Dönem: 23, Yasama Yılı: 3, <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d23/c089/tbmm23089050ss0393.pdf>.

International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID), <https://icsid.worldbank.org/>.

Kale, Serdar/ Keser, Salih. “Medeni Yargılama Hukukunda Delil Sistemi.” *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Mehmet Akif Aydın’a Armağan, C. 21, S. 2, 2015, s. 701-725.

Karaağaç, Ömür. *Nitelikli Yabancı Yatırımcı Kavramı ve Buna Bağlı Hüküm ve Sonuçlar*. Cumhuriyetin Yüzüncü Yılında Milletlerarası Özel Hukuk Kongresi, Ed. Bilgin Tiryakioğlu vd., Yetkin Yayınları, Ankara, 2023, s. 223-244.

Karaahmetoğlu, Atanur. “İş Sırrı ve Ticari Sır Bağlamında Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyelerinin Rekabet Yasağına Aykırılıktan Doğan Sorumluluğu.” *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, Prof. Dr. M. Fatih UŞAN’a Dekanlıkta 10. Yıl Anısına Teşekkür Armağanı, S. 2, 2022, s. 1293-1334.

Karaoğlu, Ali Osman. *Yabancı Yatırımların Korunmasında Uluslararası Hukukun Rolü*. On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul, 2019.

Karslı, Abdurrahim. *Medeni Muhakeme Hukuku*. 5. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020.

Kaya, Talat. “Dünyadaki Örnekler Işığında Yatırım Yoluyla Vatandaşlık Uygulamasına Eleştirel Bir Bakış.” *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 12, S. 1, 2021, s. 115-132.

Kazancı - İçtihat Bilgi Bankası, <https://lib.kazanci.com.tr/>.

Kiper, Osman. *Hukuk Dâvalarında Kanıtlar*. Adil Yayınevi, Ankara, 1995.

- Kuru, Baki. *Medenî Usul Hukuku El Kitabı Cilt I*. Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.
- Kurt Konca, Nesibe. *Medeni Usul Hukukunda Aleniyet İlkesi*. Adalet Yayınevi, Ankara, 2009.
- Konuralp, Halûk. *Medenî Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları*. Yetkin Yayınları, Ankara, 2009.
- Legislazzjoni Malta, <https://legislation.mt/eli/cap/188/eng/pdf>;
<https://legislation.mt/eli/sl/188.6/eng/pdf>.
- Lexpera-Hukuk Bilgi Sistemi, <https://www.lexpera.com.tr/>.
- Metin, Yüksel. *Ölçülülük İlkesi Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi*. Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002.
- Muşul, Timuçin. *Medenî Usul Hukuku*. 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012.
- Özbudun, Ergun. *Türk Anayasa Hukuku*. 24. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2024.
- Özekes, Muhammet. *Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı*. Yetkin Yayınları, Ankara, 2003.
- Özel, Sibel. “Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu Üzerine Bir Değerlendirme.” *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, C. 23, S. 1-2, 2011, s. 599-617.
- Özraşit, Ticen. *Türk, İngiliz ve K.K.T.C. Medeni Usul Hukuklarında Deliller ve Delillerin Toplanması İlişkin Temel Kavramlar ile Güncel Sorunlar*. On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- Öztürk, Necla. *Yatırım Yoluyla İkamet Etme ve Vatandaşlık Kazanma*. On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022,
- Pekcanıtez, Hakan. “Hukuki Dinlenilme Hakkı.”, *Prof. Dr. Seyfullah Edis’e Armağan*, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir, 2000, s. 753-791.
- Pekcanıtez, Hakan/ Atalay, Oğuz/ Özekes, Muhammet. *Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı*, 12. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2024.
- Sağlam, Fazıl. *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*. Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi, Ankara, 1982.
- Sulu, Muhammed. *Ticari Sırların Korunması*. 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- Şener, Sefer/ Kılıç, Cüneyt. “Osmanlı’dan Günümüze Türkiye’de Yabancı Sermaye.” *Bilgi Sosyal Bilimler Dergisi*, S. 1, 2008, s. 22-50.
- Tanör, Bülent/ Yüzbaşıoğlu, Necmi. *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*. 21. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2023.
- Tanrıver, Süha. “Hukuk Yargısı (Medeni Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı.” *Türkiye*

Barolar Birliği Dergisi, S. 53, 2004, s. 191-215 (medeni yargı).

Tanrıver, Süha. *Medenî Usûl Hukuku*, Cilt I. 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2024 (medeni usul).

T.B.M.M. Tutanak Dergisi, Dönem: 22, Yasama Yılı: 1, C. 17, <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d22/c017/tbmm22017090.pdf>.

T.C. Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı, <https://www.sanayi.gov.tr/anlasmalar/yktk/a11602>.

Tiryakioğlu, Bilgin. *Doğrudan Yatırımların Uluslararası Hukukta Korunması*. Sözkese Matbaası, Ankara 2003.

Toksoy, Gökçen Elif. *Yatırım Yoluyla Vatandaşlık Kazanılması: Problemler ve Çözüm Önerileri*. İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Ekonomi ve Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2023.

Toraman, Barış. “Medeni Usul Hukukunda İspat Hakkına Dair Bazı Tespit ve Değerlendirmeler.” *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ’e Armağan, C. 16, Özel Sayı, 2014, s. 1483-1523.

Töre, Nazlı. “Yatırım Yoluyla İkamet ve Vatandaşlık, Residence and Citizenship Through Investment.” *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, S. 39, 2019, s. 83-108.

Töre, İrem. “Geçmişten Günümüze Türkiye’de Yabancı Sermaye Mevzuatı.” *EÜHFD*, C. XIX, S. 3-4, 2015, s. 123-148.

Turanboy, Asuman. “Ticari Sır.” *Prof. Dr. Tuğrul Ansay’a Armağan*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006, s. 349-369.

Tutumlu, Mehmet Akif. *Bilimsel Görüşler ve Yargıtay Kararları Işığında Medenî Yargılama Hukukunda Delillerin İleri Sürülmesi*. 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007.

Tyler, Tom R. “Procedural Justice and the Courts.” *Court Review*, C. 44, S. 1/2, 2007, s. 25-31.

Umar, Bilge/ Yılmaz, Ejder. *İspat Yükü*. 2. Baskı, Kazancı Hukuk Yayınları, 1980.

Uşan, M. Fatih. *İş Hukukunda İş Sırrının Korunması (Sır Saklama ve Rekabet Yasağı)*. Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003.

Uygun, Oktay. *1982 Anayasası’nda Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi*. Kazancı Matbaacılık, İstanbul, 1992.

UN Trade&Development (UNCTAD), <https://unctad.org/publication/world-investment-report-2024>.

US Citizenship and Immigration Services (USCIS), <https://www.uscis.gov/laws-and-policy/legislation/immigration-and-nationality-act>; <https://www.uscis.gov/sites/default/files/document/policy-manual-updates/20221006-EB5ReformAndIntegrityAct.pdf>.

US Department of State, <https://www.state.gov/reports/2024-investment-climate-statements/turkey/>.

- Üçüncü, Hilal. *Medenî Yargılama Hukukunda Kişisel Verilerin ve Sırların Korunması*. On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.
- Yackee, Jason Webb. “Bilateral Investment Treaties, Credible Commitment, and the Rule of (International) Law: Do BITs Promote Foreign Direct Investment?.” *Law & Society Review*, C. 42, S. 4, 2008, s. 805-832.
- Yeşiltepe, Salih Önder. “Ticari Sır-İş Sırrı.” *Doç. Dr. Mehmet SOMER’e Armağan*, İstanbul, 2006, s. 403-421.
- Yıldırım, Fikret. *Ticari Sır Bakımından Aleniyet İlkesi*. Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2015.
- Yılmaz, Alper Çağrı. “Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Yatırımcı Vatandaşlık Olgusu: Ius Pecuniae.” *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, C. 38, S. 1, 2018, s. 191-216 (yatırımcı vatandaşlık).
- Yılmaz, Alper Çağrı. *Vatandaşlığın Yatırım Yoluyla Kazanılmasında Fiili İkamet Şartı: Mukayeseli Hukuk ve Türk Hukuku Kapsamında Bir Değerlendirme*. Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Meseleler Sempozyumu, Ed. Vahit Doğan vd., Savaş Yayınevi, Ankara, 2019, s. 95-97 (yatırım).
- Wehrlé, Frédéric/ Pohl, Joachim. “Investment Policies Related to National Security: A Survey of Country Practices.” *OECD Working Papers on International Investment*, 2016/02, https://www.oecd.org/content/dam/oecd/en/publications/reports/2016/06/investment-policies-related-to-national-security_g17a281a/5jlvrrf038nx-en.pdf, s. 1-80.

Ceza Mahkemesi Kararlarının Hukuk Mahkemesine Etkisi ve Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılmasının Durumu

Furkan KOÇ*

¹ Sakarya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tezli Yüksek Lisans Öğrencisi, Türkiye

Makale Bilgisi

Makale Geçmişi

Geliş: 14.04.2025

Kabul: 27.05.2025

Yayın: 05.06.2025

Anahtar Kelimeleri:

Ceza mahkemesi kararı,
Kararların etkisi,
Bağımsızlık prensibi,
Kesin hükmün etkileri,
HAGB kararı.

ÖZET

Kimi durumlarda bir fiilden kaynaklı olarak ceza yargılaması yürütülmesinin yanı sıra bu fiil hukuk yargısının da konusunu oluşturabilir. Aynı fiilden kaynaklı olarak iki farklı yargı kolunda yargılama yapılması durumunda bu yargılama süreçleri sonunda verilen kararların birbirlerini etkileyip etkilemediği sorusu akla gelebilir. Ceza yargılaması ve hukuk yargılamasının yöneldiği amaç, iki yargı kolunda cari yargılama usulleri birbirinden farklıdır. Bu nedenle farklı yargı kollarında verilen kararların birbirini etkilememesi düşünülebilir. Ancak farklı yargı kollarında yürütülen yargılamalar söz konusu olsa da bu yargılamaların konusunu aynı hayat olayı oluşturduğundan verilen kararların birbiriyle çelişkili olması hukukî güvenliği sarsar. Bu noktada ceza yargısı ile hukuk yargısı arasındaki ilişkinin ortaya konması gerekir. Çalışma kapsamında ise ceza yargılamasında verilen kararların hukuk yargılamasında nasıl etki gösterdiği, bu etkinin hangi hukukî nedene istinat ettiği, henüz kesinleşmemiş ceza mahkemesi kararlarının hukuk mahkemesinde etki gösterip göstermediği soruları cevaplanmıştır.

The Effect of Criminal Court Decisions on Civil Courts and the Status of the Deferred Adjudication Decision

Article Info

Article History

Received: 14.04.2025

Accepted: 27.05.2025

Published: 05.06.2025

Keywords:

Criminal court decisions
on civil courts, the
principle of
independence, the effects
of final judgments,
deferred adjudication
decision.

ABSTRACT

In some instances, a criminal prosecution arising from a specific act may also form the subject of civil litigation. In cases where two separate legal proceedings are initiated based on the same act, a question arises regarding whether the decisions rendered in these proceedings influence one another. The objectives of criminal and civil proceedings differ, and the procedural rules governing each are not identical. Therefore, it might be conceivable that decisions made in distinct legal proceedings do not affect each other. However, since the subject matter of these proceedings pertains to the same factual event, contradictory decisions could undermine legal certainty. In this regard, it becomes essential to examine the relationship between criminal and civil justice systems. The study explores how decisions made in criminal proceedings influence civil litigation, the legal grounds for such influence, and whether unfinalized criminal court decisions have any bearing on civil courts.



This article is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License (CC BY-NC 4.0)

To cite this article:

Koç, F. (2025). “Ceza Mahkemesi Kararlarının Hukuk Mahkemesine Etkisi ve Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılmasının Durumu”, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 8(1), s. 204-259. <https://doi.org/10.51120/NEUHFD.2025.152>.

***Sorumlu Yazar:** Furkan KOÇ, furkankoc@sakarya.edu.tr

GİRİŞ

Bir hayat olayı hem ceza hem hukuk mahkemesinde yargılama yapılmasını gerektirir biçimde olabilir. Örneğin bir kimsenin bir başkasını yaralaması durumunda bu fiilin “kasten yaralama” suçuna vücut vermesi mümkün olduğu gibi fiil sebebiyle maddi- manevi tazminat talebinde bulunulması da mümkündür. Giderek, bir fiilin ceza mahkemesi ve hukuk mahkemesini ilgilendirmesi için bir haksız fiil sorumluluğundan bahsetmek şart değildir. Öldürmeye teşebbüs fiilinin fail ve mağduru şayet karı-koca ise ceza mahkemesi kararı, boşanma davasında da etki gösterebilir. Tüm bu ihtimallerde ceza mahkemesince verilen kararın hukuk mahkemesini nasıl etkilemesi gerektiği, etkinin sınırı ve hukukî sebebi üzerinde durulması gereken meselelerdendir. Ceza mahkemesince verilen kararların hukuk mahkemesinde etki göstermesi için bu kararların “kesin hüküm” vasfında olması gerekip gerekmediği üzerinde durulması gereken meselelerden biridir. Bu bağlamda “hükümün açıklanmasının geri bırakılması (HAGB)” kararlarının hukuk mahkemesinde etki edip etmediği tartışılması gereken hususlardandır.

I. CEZA MAHKEMESİNDE HÜKÜM VE HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASI

A. Genel Olarak Ceza Mahkemesinde Hüküm

Hüküm kelimesi, Arapça “hükmetti”, “yargıladı” anlamına gelen *hakama* (حَكَمَ) fiilinin fu’l veznindendir¹ ve “yargılama”, “yargı” “buyruk”, “hâkimiyet”, “kuvvet”, “tesir”, “nüfuz”, “kudret” anlamlarına gelir². Teknik anlamıyla hüküm ise, mahkemeler nezdinde, hakkında muhakeme izleği yürütülen uyuşmazlığı doğrudan yahut dolaylı yoldan çözerek davayı ve muhakeme ilişkisini sonlandıran karardır³. Mahkemeler, kanunda belirlenen yöntemler çerçevesinde muhakeme yaparak vicdani kanaatleri doğrultusunda (CMK m. 217, AY m. 138) hüküm verir. Hüküm verme sürecinde mahkemeler, soyut normlara somut hayat olayını altlar. Kanunî iradenin somut olaya uygulanmasıyla hukuk bireyselleştirilmiş olur.

Yapılan muhakeme işlemlerinin sonuç doğurması, kişilerin kanun yoluna başvuru gibi

¹ <https://www.nisanyansozluk.com/> (E.T. 31/10/2024).

² <https://www.etimolojiturkce.com/>, <https://lugatim.com/> (E.T. 31/10/2024).

³ Yalçın, Can. *Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması*. Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 24-25; Karlı, Abdurrahim, *Medeni Muhakeme Hukuku*. 5. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020, s. 567; Atalı, Murat. *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl hukuku*, 15. Baskı, C. III, On İki Levha Yayınevi, İstanbul, 2017, s. 2055; Kuru, Baki. *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, C. V, 6. Baskı, Demir Demir Müşavirlik ve Yayıncılık, İstanbul, 2001, s. 4981.

haklarını kullanabilmeleri yahut bir yükümlülüğü yerine getirebilmeleri için bu işlemlerin usulünce bildirilmesi suretiyle yapılan işlemlerden kişilerin haberdar olması gerekir⁴. Nitekim CMK m. 223/T'e göre "(d)uruşmanın sona erdiği açıklandıktan sonra hüküm verilir". Hüküm de bir ceza muhakemesi işlemi olduğu için hükmün sonuç doğurması için ilgililere bildirilmesi gerekir⁵. Hükmün açıklanması, dosyanın müzakeresi bittikten sonra tensip tutanağına geçirilen hükmün huzurda olan ilgililere okunması yani tefhimidir⁶.

B. Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması

Mahkeme, yapılan muhakeme sürecinin sonunda sanık hakkında bir kanaate vardıktan sonra bu kanaatini açıklar. Kurulacak hüküm mahkûmiyet yönünde olmakla birlikte bazı şartları taşıyorsa mahkeme, bu hükmün açıklanmasını geri bırakabilir⁷. Aşağıda HAGB kararının verilmesi için gerekli şartlar ile bu kurumun hukuki niteliği ele alınmıştır.

1. Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılmasının Şartları

Yapılan muhakeme sonucunda sanığın suç işlediğinin sabit olduğu anlaşıp sanık hakkında mahkûmiyet hükmü kurulması, HAGB kararının ilk koşutudur⁸. Zira CMK m. 231/V'e göre

⁴ Yalçın, s. 44.

⁵ Yalçın, s. 44. CMK m. 35: "(1) İlgili tarafın yüzüne karşı verilen karar kendisine açıklanır ve isterse kararın bir örneği de verilir. (2) Koruma tedbirlerine ilişkin olanlar hariç, aleyhine kanun yoluna başvurulabilecek hâkim veya mahkeme kararları, hazır bulunamayan ilgisine tebliğ olunur".

⁶ Yalçın, s. 44; Kurşun, Günel. *Ceza Muhakemesinde Hüküm*. Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016, s. 115-16; Epözdemir, Rezan. *Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması*. 3. baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 38. CMK m. 231: "(1) Duruşma sonunda, 232 nci maddede belirtilen esaslara göre duruşma tutanağına geçirilen hüküm fıkrası okunarak gerekçesi ana çizgileriyle anlatılır. (2) Hazır bulunan sanığa ayrıca başvurulabilecek kanun yolları, mercii ve süresi bildirilir". Her ne kadar kanunun lafzından hükmün açıklanması için sanığın hazır bulunması gerektiği anlaşılsa da CMK m. 193/II vd. hükümlerine göre sanığın hazır olmadığı istisnai durumlarda da hüküm verilebilir. Bu nedenle hükmün verilmesi açısından CMK m. 35'in "... hâkim veya mahkeme kararları, hazır bulunamayan ilgisine tebliğ olunur" ifadesi daha isabetlidir. Bu yönde bkz. Yalçın, s. 45. Hüküm sakatlıklarından biri de "yok hüküm" durumudur. Yok hüküm pek çok şekilde ortaya çıkabilir. Bunlardan birisi de hükmün tefhim edilmemiş olmasıdır. Mahkemece deliller tartışılmış ve dahi taslak bir metin oluşturulmuş olsa da bu hüküm usulüne uygun tefhim edilmedikçe verilen karar yok hükmündedir. Hüküm zapta geçirilip tefhim edilerek varlık kazanır. Bu yönde bkz. Atalı, s. 2048; Özekes, Muhammet. "Medeni Usul Hukukunda Yok Hüküm ve Etkisiz Hüküm", *Yargıtay Dergisi*, C. 26, S. 4, 2000, s. 679. Bu durumu HAGB kararı bağlamında ele almakta fayda vardır. Tefhim, hükmün açıklanması anlamına geldiğinden HAGB kararı verildiğinde esasen hükmün tefhiminin geri bırakılmış olması söz konusudur. Acaba HAGB kararı verilmesi nedeniyle ceza muhakemesi kararının tefhim edilmesinin ertelenmesi ve bu nedenle bir yok hükmün oluşmasından bahsedilebilir mi? Kanımızca bu soruya olumsuz cevap vermek gerekir. "Yok hüküm" hâllerinde mahkemenin vermiş olduğu karar alenileştirilmez, dış aleme yansıtılmaz. Böyle durumlarda yalnızca mahkeme tarafından bilinen ancak yargılamanın diğer süjelerinin haberdar olmadığı bir karar bulunur ki bu karar yok hükmündedir. Ancak HAGB kararı verildiği durumlarda ceza bireyselleştirilir, hükmün gerekçesi yazılır ve mahkemenin kararı taraflara esasen tefhim edilir. Mahkemenin HAGB kararı vermesi durumunda karar alenileşmekte ancak sanki alenileşmemiş gibi sanık hakkında hüküm doğurmamaktadır. Bu nedenlerle HAGB kararı verildiği hâllerde bir mahkeme kararı vardır ancak bu kararın, bireyselleştirme saikleriyle sanık hakkında etki doğurmadığı farz edilir.

⁷ Kumbasar, Enver. *Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması*. Seçkin Yayınevi, Ankara, 2012, s. 189. "Hükümün açıklanmasının geri bırakılması sanığa yüklenen suça ilişkin yargılama sonunda cezaya hükmedilmesi hâlinde hükmün açıklanmasının belirli koşulların gerçekleşmesine bağlı olarak ertelenmesi anlamına gelmektedir." (Ufuk Bekdemir, B. No: 2016/14113, 31/3/2022, § 19)

⁸ Öztürk, Bahri vd., *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*. ed. Bahri Öztürk, 18. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2024, s. 651; Özbek, Veli Özer/ Doğan, Koray/ Bacaksız, Pınar. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. 15. Baskı Seçkin Yayınevi, Ankara, 2024, s. 727; Dülger, Murat Volkan/ Taşkın, Şaban Cankat. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2024, s. 762; Şahin Cumhuriyet/ Göktürk, Neslihan. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. 15. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2024, s. 557; Kumbasar, s. 113; Yıldırım, Akif. *Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması*. Seçkin

“(s)anığa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda hükmolunan ceza, iki yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezası ise” sanık hakkında HAGB kararı verilebilir. Şayet yapılan yargılama sonucunda sanığın suçu işlediği sübut bulmadıysa beraat kararı verilmelidir⁹. Yine bu hükme göre sanık aleyhine hükmedilen somut ceza iki yıl yahut daha az süreli olmalıdır¹⁰. Fiilin yaptırımı olarak yalnızca adli para cezası, yalnızca hapis cezası yahut adli para cezası ile hapis cezasının seçimlik olarak öngörüldüğü suçlar bakımından HAGB kararı verilmesi mümkündür¹¹.

Uzlaşma kapsamında olan bir suçtan kaynaklı olarak HAGB kararı verilmesi için öncelikle uzlaşma yolunun denenmiş olması gerekir. Zira CMK m. 231/V’te uzlaşmaya ilişkin hükümler saklı tutulmuştur. Bu nedenle öncelikle uzlaşma yolu denenmeli, şayet uzlaşma sağlanamazsa yapılan yargılama sonunda HAGB kararı verilmelidir¹².

Kişi hakkında HAGB kararı verilmesi için kararı verilebilmesi için, sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan mahkûm olmamış olması gerekmektedir (CMK m. 236/VI-a). HAGB uygulanabilirliği açısından yalnızca hapis cezasına mahkûmiyet esas alındığından, daha önce yalnızca güvenlik tedbiri uygulanmış sanıklar hakkında da HAGB kararı verilebilir¹³. Ayrıca, daha önceki kasıtlı suçtan mahkûmiyet kararı adli sicilden silinmişse, bu durum HAGB’ye engel teşkil etmez¹⁴. Ancak mahkûmiyet silinmiş olsa dahi, bu husus sanığın "ertelemeye uygunluğu" çerçevesinde ayrıca

Yayınevi, Ankara, 2018, s. 211; Günay, Erhan. *Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması*. Seçkin Yayınevi, Ankara, 2010, s. 71; Yalçın, s.114; Epözdemir, s. 107.

⁹ Yalçın, s. 114. Kural olarak kanunda belirtilen sair şartlar sağlandığında tüm suçlar için HAGB kararı verilmesi mümkündür. Ancak CMK ve diğer kanunlarda ve içtihatlarla bazı suçlar hakkında HAGB kararı verilmesinin mümkün olmadığı belirlenmiştir. Yalçın, s. 121; Öztürk vd., *Ceza Muhakemesi*, s. 651; Özbek/ Doğan/ Bacaksız, s. 729. CMK m. 231/XIV’e göre İnkılap Kanunlarındaki suçlar ile 5739 sayılı Kanun, 6728 sayılı Kanun ve 6259 sayılı Kanunlarda belirtilen kimi suçlar hakkında HAGB kararı verilemeyeceği yasal düzenleme altına alınmıştır. Öztürk vd., *Ceza Muhakemesi*, s. 651; Özbek vd., *CMK*, s. 729; Şahin - Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 2024, s. 557; Yıldırım, s. 245; Yalçın, s. 122 vd.; Şen, Ersan/ Maviş, Mert. *Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması*. Seçkin Yayınevi, Ankara, 2014, s. 22; Epözdemir, s.138. Bazı suçlar bakımından HAGB kararı verilmesinin mümkün olmadığı içtihatlarla ortaya konmuştur. Bu yönde; “müeyyidesi disiplin veya tazyik hapsi olan fiiller” için bkz. Yargıtay CGK., E. 2006/220 K. 2006/231 T. 14.11.2006; “müeyyidesi disiplin para cezası olan fiiller” için bkz. Yargıtay CGK., E. 2011/347 K. 2012/185 T. 8.5.2012; “İcra ve İflas Kanunu’nda yer alan suçlar” için bkz. Yargıtay 16. HD., E. 2008/3443 K. 2009/1148 T. 02.03.2009; “İmar Kirliliğine Neden Olma” Yargıtay 4. CD., E. 2022/15656 K. 2024/8945 T. 25.6.2024; “İşkence” Köse – Türkiye, AİHM, Başvuru No 15014/11, Karar Tarihi: 18/12/2018, §38; Böber – Türkiye, AİHM, Başvuru No: 62590/09, Karar Tarihi: 9/4/2013. (<https://www.lexpera.com.tr/> E.T. 24.11.2024).

¹⁰ Sanık aynı anda birden fazla suçtan kaynaklı olarak yargılanıyorsa iki yıllık süre her bir suç için ayrı ayrı değerlendirilir. Ancak sanığın birden fazla suç işlemiş olması HAGB’nin subjektif koşulu bağlamında ele alınmalıdır Yalçın, s. 115; Özbek/ Doğan/ Bacaksız, s. 727; Şahin/ Göktürk, s. 557; Kumbasar, s.115; Öztürk vd., *Ceza Muhakemesi*, s. 652; Epözdemir, s.127.

¹¹ Yalçın, s. 157; Epözdemir, s.159. Yaptırım olarak hapis cezasıyla birlikte adli para cezasının da öngörüldüğü suçlar bakımından HAGB kararı verilmesinin mümkün olup olmadığı tartışmalıdır. Ancak hâkim görüşü bu durumda da HAGB kararı verilmesinin mümkün olduğunu kabul etmektedir. Tartışma için bkz. Kumbasar, s.123; Yalçın, s. 157. Yargıtay bu tür suçlar bakımından HAGB kararı verilmesinin mümkün olduğu kanaatindedir. Nitekim Yargıtay, yaptırım olarak adli para cezası ile hapis cezasının birlikte öngörüldüğü “Suç Eşyasının Satın Alınması veya Kabul Edilmesi” suçundan mahkûm olan bir kişi hakkında HAGB kararı verilmesinde hukuka aykırılık görmemiştir. Bu yönde bkz. 11. CD., E. 2022/10754 K. 2024/5345 T. 24.4.2024 (<https://www.lexpera.com.tr/> E.T. 26.11.2024)

¹² Yalçın, s. 116; Yıldırım, s. 221; Kumbasar, s.116; Öztürk vd., *Ceza Muhakemesi*, s. 656; Epözdemir, s.112. Bu yönde bkz. (<https://www.lexpera.com.tr/> E.T. 01.11.2024).

¹³ Yalçın, s. 163; Kumbasar, s.150; Epözdemir, s.165.

¹⁴ Bu yönde bkz. CGK., E. 2020/252 K. 2024/112 T. 6.3.2024 (<https://www.lexpera.com.tr/> E.T. 28.11.2024) Öztürk vd., *Ceza Muhakemesi*, s. 654; Yıldırım, s. 274; Günay, s. 95.

değerlendirilmelidir¹⁵.

Doktrinde “ertelemeye uygunluk”¹⁶ ya da HAGB’nin “manevi unsuru”¹⁷ yahut “liyakat şartı”¹⁸ olarak da adlandırılan bu şart CMK m. 231/VI-b’de yer almaktadır. Sübjektif şart, biri “sanığın kişilik özellikleri” diğeri ise “sanığın duruşmadaki tutum ve davranışları” olan iki unsurdan müteşekkildir. Bu unsurların varlığı kümülatif olarak aranır¹⁹. Değerlendirme yapılırken sanığın kişisel özellikleri dikkate alınır²⁰. Bir mahalde suç oranlarının fazla olması HAGB kararı verilmesi noktasında dikkate alınmaz zira HAGB genel önleme amacına hizmet etmez²¹.

Sanık hakkında HAGB kararı verilmesinin bir diğer şartı da sanık hakkında daha önceden verilmiş bir HAGB kararı bulunmamasıdır. Kanuna göre “denetim süresi içinde, kişi hakkında kasıtlı bir suç nedeniyle bir daha hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilemez”²² (CMK m. 231/VIII). Sanık, hakkında HAGB kararı verildikten sonra denetim süresini denetimli serbestlik hükümlerine riayet ederek geçirmişse açıklanması geri bırakılan hüküm ortadan kaldırılır ve davanın düşmesi kararı verilir (CMK m. 231/X). Bu düşme kararından sonra tekrar suç işleyen kişi hakkında yine HAGB kararı verilmesi olanaklıdır²³. Zira sanık denetim süresini iyi hâlli geçirdiğinden topluma kazanma yolunda bir adım atmıştır²⁴.

Sanık hakkında HAGB kararı verilmesi için sanığın bunu kabul etmesi gereği, CMK m.231/VI’da düzenlenmekteydi²⁵. İlgili hüküm “sanığın kabul etmemesi hâlinde, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmez” olduğunu söylemekteydi²⁶. Sanık hakkında HAGB kararı verilmesinin sanığın kabulüne tâbi kılınmasının ardında adil yargılanma hakkı, masumiyet karinesi ve mahkemeye başvuru haklarının korunması düşüncesi yatmaktaydı²⁷. Nitekim

¹⁵ Bu yönde bkz. 8. CD., E. 2024/14291 K. 2024/5191 T. 24.6.2024 (<https://www.lexpera.com.tr/> E.T. 13.03.2025)

¹⁶ Yalçın, s. 182.

¹⁷ Günay, s. 122.

¹⁸ Yıldırım, s. 328.

¹⁹ Yalçın, s. 182; Kumbasar, s.158; Yıldırım, s. 331.

²⁰ Öztürk vd., *Ceza Muhakemesi*, s. 654; Özbek/ Doğan/ Bacaksız, s. 728; Yalçın, s. 182; Dülger/ Taşkın, s. 763; Şahin/ Göktürk, s. 559; Yıldırım, s. 328; Günay, s. 122; Epözdemir, s.188. Yargıtay 8. CD., E. 2021/9069 K. 2023/9529 T. 4.12.2023 (<https://www.lexpera.com.tr/> E.T. 27.11.2024).

²¹ Yalçın, s. 183.

²² Bir kişi hakkında yalnızca bir kereye mahsus olarak HAGB kararı verilmesinin masumiyet karinesini ihlâl ettiği yönündeki itiraz yoluna (somut norm denetimi) konu edilen başvuruyu değerlendiren AYM, ilgili düzenlemenin suç siyasetiyle bağlantılı olduğunu, bu düzenlemenin HAGB’nin niteliğine uygun düştüğünü belirterek başvuruyu reddetmiştir. AYM E. 2015/23, K. 2015/56, T. 17.06.2015, RG. 26.06.2015/29398. (<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/> E.T. 27.11.2024)

²³ Bu yönde bkz. Yargıtay 1. CD., E. 2024/1114 K. 2024/1218 T. 26.2.2024 (<https://www.lexpera.com.tr/> E.T. 27.11.2024).

²⁴ Yalçın, s. 192.

²⁵ Esasen HAGB’ye ilişkin ilk düzenlemede HAGB’nin uygulanması için sanığın kabulü aranmamaktaydı. Ancak 6008 sayılı Kanun’la yapılan değişiklikte HAGB kararı verilmesi sanığın kabulüne bağlı kılınmıştır.

²⁶ Doktrindeki bir görüşe göre burada asıl olan sanık hakkında HAGB kararı verilmesidir. Şayet sanık, hakkında HAGB kararı verilmesini istemiyorsa bunu belirtmelidir. Bu noktada sanığın iradesi olumsuz bir koşul ifade eder. Sanıkça aksi belirtilmediği müddetçe HAGB kararı uygulanmalıdır Kumbasar, s.166. Ancak sanık hakkında HAGB kararı verilmesi esasen sanığın fiili işlediği anlamı taşıdığından sanığın açık rızasının olmamasına rağmen HAGB kararının verilmesi masumiyet karinesini ve adil yargılanma hakkını zedeler Dülger/ Taşkın, s. 765. Yine gaî ve tarihsel yorum yöntemleri ile mesele ele alındığında hükmün uygulanmasının sanığın kabulüne bağlandığı sonucuna ulaşılması gerektiği yönünde bkz. Yıldırım, s. 229 dn. 58.

²⁷ Yıldırım, s. 230; Yalçın, s. 193; Kumbasar, s.165.

7499 sayılı Kanun ile değişiklik yapılmadan önce HAGB kararları yalnızca itiraz kanun yoluna tâbi olduğundan HAGB kararlarının denetimi açısından istinaf ve temyiz kanun yollarına başvuru imkânı bulunmuyordu. Bu durum ise kişinin adil yargılanma hakkını zedelemekteydi. Zira AİHS m.6'da belirtilen “mahkemeye başvurma hakkı” kişinin kendine yöneltilen suç işlediğine dair isnadın, kanun yollarından da geçerek hâkim tarafından kesin biçimde çözülmesini talep etmeyi de kapsar²⁸. HAGB kararı açısından istinaf ve temyiz kanun yollarına başvuru imkânı bulunmaması, kişinin kanun yollarına başvurarak beraat etme imkânının elinden alınması anlamına geldiğinden 6008 sayılı Kanun’la HAGB kararı verilmesi sanığın ihtiyarına bırakılmıştı²⁹. Sanığın aklanma hakkının elinden alınmasına ek olarak HAGB kararları, tazminat davalarında olayın vukuu hususunda delil olarak kabul edilebildiğinden HAGB kararı verilmesinin hâkimin takdirinde olması sanığı zor durumda bırakmaktaydı³⁰.

Sanık hakkında HAGB kararı verilmesi için sanığın kabulünün aranması 7499 sayılı Kanun ile kaldırılmıştır³¹. Sanık hakkında HAGB kararı verilmesini sanığın kabulünü meşrut kılan 6008 sayılı Kanun’un gerekçesi incelendiğinde sanığın kabulünün aranmasının temelinde HAGB kararına karşı kanun yoluna başvuru imkânının bulunmamasının yattığı görülmektedir. Ancak 7499 sayılı Kanun’la yapılan değişiklik sonrasında HAGB kararına karşı kanun yoluna başvuru imkânının getirilmesi, kararın verilmesinde sanığın rızasının aranması gereğini ortadan kaldırmıştır. Zira sanık, hakkında verilen HAGB kararına karşı kanun yoluna başvurma imkânına sahip olduğundan sanığın adil yargılanma ve mahkemeye erişim hakları zedelenmemektedir.

Sanık hakkında HAGB kararı verilmesi için aranan şartlardan birisi de sanık tarafından işlenen

²⁸ Yalçın, s. 193.

²⁹ Sanık hakkında HAGB kararı verilmesini sanığın istemini meşrut hâle getiren 6008 sayılı Kanunun gerekçesinde bu durum şu şekilde dile getirilmiştir: “Uygulamada hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilmesiyle yargı yoluna müracaat halinde beraat edeceğini düşünen sanığın bu hakkı elinden alınmaktadır. Hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararları itiraza tabi olup; uygulamada itiraz mercii kararları şeklen incelemektedir. Her iki durumda da sanığın suçsuzluğunu ispat amacıyla kararı temyiz incelemesine götürmesi mümkün değildir. Bu sebeple sanığın, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına karşı olduğunu beyan etme ve dolayısıyla temyiz mahkemesinde beraat etme hakkının elinden alınmaması düşüncesiyle anılan hükmü ihdas eden madde eklenmiştir”. (<https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d23/c076/tbmm23076137ss0526.pdf> E.T. 27.11.2024).

³⁰ Taner, Fahri Gökçen. “Hükümün Açıklanmasının Ertelenmesinin (Geri Bırakılmasının) Hukuki Niteliği ve Ertelemeyi Kabul Edip Etmediğinin Sanığa Duruşma Devresinin Sona Ermesinden Önce Sorulmasının Hukuka Aykırılığı Üzerine”, *Ankara Barosu Dergisi*, S. 4, 2011, s. 293. Bu dönemdeki uygulamanın eleştirisi için bkz. Taner, 293-94.; Yalçın, s. 198-99; Devrim Güngör ve Güneş Okuyucu Ergün, “Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 65, S. 4, 2016, s. 1958. Nitekim sanığın savunmasının alınması esnasında hakkında HAGB kararı verilmesini isteyip istemediğinin sorulabileceği yönünde bkz. Yargıtay CGK., E. 2020/252 K. 2024/112 T. 6.3.2024 (<https://www.lexpera.com.tr/> E.T. 28.11.2024). Nitekim sanığın rızasının ne zaman sorulması gerektiğine dair kanunda bir açıklığın bulunmaması AYM tarafından iptal gerekçesi yapılmıştır. Bunun için bkz. (AYM, E.2022/120, K.2023/107, 01/06/2023, § 36, 38, 44).

³¹ Bu durum kanunun gerekçesinde şu şekilde ifade edilmiştir: “Maddenin altıncı fıkrasında yapılan düzenlemeyle, sanığın kabul etmemesi hâlinde, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilemeyeceğine ilişkin hüküm yürürlükten kaldırılmaktadır. Maddenin onikinci fıkrasıyla hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına karşı istinaf yoluna başvurulabileceği kabul edilmektedir. Böylelikle, “lekelenme hakkı” başta olmak üzere sanığın lehine bir kurum olma özelliğine sahip bu kurumun uygulanabilirliğinin takdiri tamamen mahkemeye bırakılmaktadır. Buna göre mahkeme, koşulların varlığı halinde hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verebilecek; ilgili taraflar bu karara karşı 223 üncü maddede yer alan hükümlerde olduğu gibi istinaf kanun yoluna başvurabilecek; istinaf mercii tarafından hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı da bu kararlar gibi incelenecektir”. (<https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBSPublicFile/D28/Y2/T2/DosyaKomisyonRaporunuVerdi/cfb35b8a-65cc-44e7-b1bc-4764e98175b9.pdf> E.T. 28.11.2024) Özbek/ Doğan/ Bacaksız, s. 729; Dülger/ Taşkın, s. 765.

suçtan kaynaklı olarak meydana gelen zararın tazmin edilmesidir. Zararın giderilmesi şartı onarıcı adalet³² anlayışının bir sonucudur. Nitekim onarıcı adalet programlarının amacı, suçun meydana getirdiği zararın izale edilmesi ve suçlunun topluma kazandırılması yoluyla gelecekte yeni zararlara neden olma ihtimalinin azaltılmasıdır. Onarıcı adalet anlayışının bu yönü suçluları, neden oldukları zararların sorumluluğunu üstlenmeye teşvik etmektedir. Zararın tazmini ile hem suçlu hem de mağdurun topluma kazandırılması olanaklı hâle gelir³³.

Mahkeme, zararın tespiti noktasında kanaat verici basit bir araştırma yapmalıdır. Bu araştırma, dosyanın münderecatına göre tahmini ve götürü olarak yapılmalıdır. Zararının daha fazla olduğunu ileri süren taraf, hukuk mahkemesinde dava açabilir³⁴. Burada tazmini aranan zarar türü ise niteliği itibariyle maddi zarardır³⁵.

Meydana gelen zararın tazminine ilişkin hukuk mahkemesinde dava açılmasının HAGB kararına etkisi olup olmadığı da tartışılması gereken meselelerden biridir. Bir görüşe göre hukuk mahkemesinde açılan davalar ceza mahkemesinde görülmekte olan davaya etki etmelidir. Ceza mahkemesi hâkimi, hukuk mahkemesinde görülmekte olan dosyayı getirip incelemelidir. Şayet hukuk mahkemesinde dava açılmışsa suç nedeniyle bir zararın oluşup oluşmadığının, oluştuysa miktarının tespiti ve zararın giderilmesi hukuk mahkemesince görülmelidir. Böyle bir durumda hukuk mahkemesi kararı bekletici mesele yapılmadan zararın giderimi koşulunun tamamlandığı farz

³² Onarıcı adalet kavramının ne anlama geldiğini tespit etmek güçtür. Onarıcı adalet, daima terakki gösteren ve gösterdiği terakki ile anlamı da değişen bir kavramdır. Batuhan Baytaz, “Onarıcı Adalet’e Genel Bir Bakış”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. LXXI, S. 1, 2013, s. 118. Birleşmiş Milletler Ekonomik ve Sosyal Konseyi 18 Nisan 2000 tarihli E/CN.15/2000/L.2 künyeli kararında onarıcı adaletle yönelik tanımlamalar yapmıştır. Buna göre: “‘Onarıcı adalet programı’, onarıcı süreç kullanan ya da onarıcı bir sonuca varmayı amaçlayan her türlü program anlamına gelmektedir. ‘Onarıcı sonuç’, onarıcı süreç sonunda ulaşılan bir anlaşmadır. Onarıcı sonucun örnekleri tazmin, kamu hizmeti ve mağdurun ve kamunun tazmini ile mağdur ve suçlunun topluma kazandırılmasını sağlayacak şekilde tasarlanmış herhangi diğer program ya da cevaptır. ‘Onarıcı süreç’, mağdurun, suçlunun ve/veya bir suçtan etkilenen diğer bireylerin veya topluluk üyelerinin, genellikle adil ve tarafsız bir üçüncü kişinin yardımıyla, suçtan kaynaklanan meselelerin çözümüne birlikte aktif olarak katıldıkları herhangi bir süreç anlamına gelir”. (https://digitallibrary.un.org/record/423370/files/E_CN-15_2000_L-2_Rev-1-EN.pdf E.T. 03.12.2024)

³³ Yalçın, s. 203.

³⁴ Güngör/ Okuyucu Ergün, s. 1956; Yalçın, s. 212; Öztürk vd., Ceza Muhakemesi, s. 655; Özbek/ Doğan/ Bacaksız, s. 729; Kumbasar, s.177; Yıldırım, s. 299. Bu yönde bkz. Yargıtay CGK., E. 2008/250 K. 2009/13 T. 3.2.2009 (<https://www.lexpera.com.tr/> E.T. 05.12.2024).

³⁵ Giderilmesi gereken zararın niteliği tartışmalıdır. Doktrinde bir görüşe göre HAGB kararı verilmesi için mağdurun hem maddi hem de manevi zararlarının giderilmesi gerekmektedir. Nitekim etkin pişmanlığa ilişkin olarak TCK m. 168’de “mağdurun uğradığı zararı aynen geri verme veya tazmin suretiyle tamamen gidermesi halinde” ifadelerine yer verilmesine karşın HAGB kararının verilmesi CMK m.231/VI-c hükmünde “mağdurun veya kamunun uğradığı zararın; aynen iade, suçtan önceki hâle getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi” şartına bağlanmıştır. Etkin pişmanlığa ilişkin düzenlemede aynen iade ya da tazmin yeterli görülürken HAGB düzenlemesinde “suçtan önceki hâle getirme” şartı aranmış olması, HAGB için manevi zararın da giderilmesi gerektiği anlamına gelir. Veli Kafes, “Ceza Hukukunda Mağdurun Zararının Giderilmesi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 60, S. 1 (2011): 139-41. Tazmin edilmesi gereken zararın yalnızca maddi zarar olduğunu savunan diğer görüşe göre³⁵ CMK m.231/VI-c hükmünde belirtilen “aynen iade”, “suçtan önceki hâle getirme” ve “tazmin” ibareleri giderilmesi gereken zararın maddi zarar olduğuna işaret etmektedir. Manevi tazminat hesabının yapılması ayrıntılı bir araştırmayı içeren hukuk muhakemesini gerektirir. Ceza mahkemesinden manevi tazminata ilişkin hesap yapılmasını istemek, yargı kolları arasındaki iş bölümünü göz ardı etmek anlamına gelir. Bu nedenle mahkeme yalnızca maddi zararın giderilip giderilmediği hususunu inceleyebilir. Bu görüş için bkz. Yalçın, s. 210; Güngör/ Okuyucu Ergün, s. 1956; Öztürk vd., Ceza Muhakemesi, s. 655; Özbek/ Doğan/ Bacaksız, s. 729; Dülger/ Taşkın, s. 764; Yıldırım, s. 229; Epözdemir, s.212. Bu yönde bkz. Yargıtay 12. CD., E. 2017/3150 K. 2017/4594 T. 1.6.2017 (<https://www.lexpera.com.tr/> E.T. 05.12.2024); Yargıtay CGK., E. 2008/250 K. 2009/13 T. 3.2.2009 (<https://www.lexpera.com.tr/> E.T. 05.12.2024).

edilerek ceza mahkemesince HAGB kararı verilmelidir³⁶. Ancak Yargıtay'ın da katıldığı aksi yönde görüşe göre salt hukuk mahkemesinde dava açılmış olması HAGB kararı verilmesi için yeterli değildir. Meğerki ceza mahkemesinde görülmekte olan dosyaya zararın giderilmiş olduğuna dair bir bilgi yahut belge girmiş olsun³⁷. Nitekim hukuk mahkemesine başvuru yapılmış olması HAGB kararı verilmesi için yeterli sayılırsa sanık, hukuk mahkemesince tespit edilmiş olan tazminatı ödemekten kaçınabilir. Hukuk mahkemesi kararlarının icra kabiliyetlerinin kısıtlı olması göz önünde bulundurulduğunda salt hukuk mahkemesinde dava açılmış olmasını HAGB kararı verilmesi için yeterli bulmak mağdurun zararının karşılanmaması yahut geç karşılanması ile intaç edebilir³⁸.

2. Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararının Hukuki Niteliği³⁹

Muhakemeye konu uyuşmazlığı doğrudan veya dolaylı olarak çözüme kavuşturan, ceza davası ve ceza muhakemesi ilişkini sonlandıran karara hüküm denir⁴⁰. Başka bir anlatımla hüküm, ceza mahkemesinde görülmekte olan uyuşmazlığı esas veya usulden halline ve yargılama sürecinin sonlanmasına neden olan karardır⁴¹. Mahkemece HAGB kararı verilmesi durumunda ortada bir ceza mahkemesi hükmü olup olmadığı sorusu akla gelebilir. Ancak bu soruya olumsuz cevap vermek gerekir. Zira HAGB kararı, CMK m. 223'te tatad edilen hüküm çeşitlerinden biri olmadığı ve muhakeme sürecini sona erdirmedüğinden hüküm niteliği taşımaz⁴². Nitekim sanık hakkında HAGB kararı verilmekle, mahkûmiyet hükmünün şekli ve bunun sonucu olarak da maddi anlamda kesinleşmesi önlenmiş olur. Uyuşmazlık, hükmün açıklandıktan sonra hükmün kesinleşmesine ya da denetimli serbestlik tedbirlerine riayet edilmesi sonucunda düşme kararı verilmesine kadar derdest kalır⁴³. Gerçekten de HAGB kararı, biri mahkûmiyet diğeri kurulan mahkûmiyet hükmünün sonuç doğurmayacağı anlamına gelen hükmün açıklanmasını geriye bırakma kararı olmak üzere iki farklı karardan müteşekkildir⁴⁴. Ancak verilen mahkûmiyet hükmü açıklanmadığı için

³⁶ Kumbasar, s.184.

³⁷ Yargıtay 9. CD., E. 2009/18331 K. 2010/4285 T. 14.4.2010 (<https://www.lexpera.com.tr/> E.T. 05.12.2024).

³⁸ Yalçın, s. 214.

³⁹ Bu başlık altında yapılması muhtemel tartışmalardan biri de HAGB kararının maddi ceza hukuku normu mu yoksa şekli ceza hukuku normu mu olduğudur. Bu tartışmaya ilişkin olarak bkz. Uğur Güner, "Türk Ceza Hukukunda Mahkûmiyet Hükümünün Açıklanmasının Ertelenmesi", *Ceza Hukuku Dergisi*, C. 9, S. 25, 2014, s. 183; Yalçın, s. 107 vd.; Taner, s. 290.

⁴⁰ Yalçın, s. 102.

⁴¹ Bekar, Elif. "Ceza Muhakemesinde Hüküm Çeşitleri (CMK m. 223)", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. LXXV, S. 1, 2017, s. 18.

⁴² Yalçın, s. 102; Ali İhsan İpek, "Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararlarının Hukuk Muhakemesine Etkisi", *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 7, S. 67, 2012, s. 85. HAGB kararlarının CMK m. 231'e göre hüküm oldukları yönünde bkz. Erdener Yurtcan, *Ceza Yargılaması Hukuku*. 16. Baskı Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019. s. 564; Erdener Yurtcan, *Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi*. 9. Baskı Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019. s. 868. Doktrinde de dile getirildiği üzere (bkz. dn. 44) HAGB kararı biri mahkûmiyet diğeri de mahkûmiyet kararının sanık hakkında sonuç doğurmaması olmak üzere iki farklı karardan müteşekkildir. Aras kurulan mahkûmiyet hükmünün sanık hakkında sonuç doğurmayacağı anlamına gelen HAGB bakımından da hüküm kurulduğunu ifade etmektedir. Bahattin Aras, "Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kurumu ve Uygulamadaki Sorunlar", *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 3, S. 22, 2008, s. 73. Doktrindeki başka bir görüşe göre HAGB kararı bir hüküm niteliğindedir. Bu hükme kesinleşme şerhi vurulmasıyla da verilen hüküm kesinleşir. Sanığa bazı yükümlülüklerin yüklenmesi ve bu yükümlülüklerle uyulup uyulmadığının denetlenmesi, yargılama giderleri ve vekalet ücretinin tahsili kesinleşmeye bağlı olgulardır. Verilen kararın hüküm doğurmaması mahkûmiyet kararının infaz edilmemesi anlamına gelir yoksa bu karar kesinleşmektedir Dülger/ Taşkın, s. 763.

⁴³ Yalçın, s. 102; Özbek/ Doğan/ Bacaksız, s. 734; Şahin/ Göktürk, s. 556.

⁴⁴ Yalçın, s. 103; Güner, s. 184; Öztürk vd., *Ceza Muhakemesi*, s. 648; Şahin/ Göktürk, s. 556; Epözdemir, s.69.

kesinleşmemektedir⁴⁵. Hüküm henüz kesinleşmediği için de dava derdest olmaya devam etmektedir⁴⁶.

Bilindiği üzere 7499 sayılı Kanun ile HAGB kararlarına karşı istinaf ve temyiz kanun yollarına başvuru imkânı getirilmiştir. Bu durumunun HAGB kararlarını “hüküm” vasfına getirip getirmeyeceği hususu akla gelebilir. Zira kural olarak nihai nitelikteki kararlara, başka bir anlatımla hükümlere karşı istinaf kanun yoluna başvurulur⁴⁷. Nitekim CMK m. 272/I hükmüne göre “*ilk derece mahkemelerinden verilen hükümlere karşı istinaf yoluna başvurulabilir*”. Ayrıca aynı maddenin ikinci fıkrasına göre “*hükümden önce verilip hükme esas teşkil eden veya başkaca kanun yolu öngörülmemiş olan mahkeme kararlarına karşı da hükümle birlikte istinaf yoluna başvurulabilir*”. Maddede belirtilen “*başkaca kanun yolu öngörülmemiş olan mahkeme kararları*” ifadesi, mahkemelere verilen ancak hüküm vasfı taşımayan sair kararlardır. Bu fıkraya göre hükme esas teşkil eden ara kararlar ya da başkaca kanun yolu öngörülmemiş olan hüküm haricindeki mahkeme kararları ancak hükümle birlikte istinaf kanun yolu denetimine tabi tutulabilir. Kanunda düzenlenen bazı istisnai durumlarda ara kararlara karşı istinaf ve temyiz değil itiraz kanun yoluna başvuru yapılması mümkün kılınmıştır. Örneğin koruma tedbirlerine karşı verilen kararlar için itiraz kanun yolu öngörülmüştür⁴⁸. 7499 sayılı Kanun ile değişiklik yapılmazdan evvel HAGB kararları için itiraz

⁴⁵ Yalçın, s. 103.

⁴⁶ Özgenç, İzzet. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. 20. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2024, s. 815. Görüldüğü üzere mahkemenin sanığı bir cezaya mahkûm etmesi ancak bu cezayı açıklamaktan vazgeçmesi durumunda ortada bir hüküm vardır. Ancak bu hüküm kanun gereğince belirli şartlar çerçevesinde hüküm doğurmamaktadır. Bu nedenle HAGB kararı verildiği hâllerde yok hükümden bahsetmek doğru değildir. HAGB kararlarının durma kararı mı yoksa düşme kararı mı olduğu hususu tartışmalıdır. Bir görüşe göre durma kararını düzenleyen CMK m. 223/VIII hükmü ile HAGB kararını düzenleyen CMK 231’ in lafzı birbirine uygundur. Mahkeme, HAGB kararı vermekle adete yargılamayı durdurmakta ve yargılamaya devam edilmesi şarta bağlanarak ertelenmektedir. Bu görüş için bkz. Özbek/ Doğan/ Bacaksız, s. 734; Akyürek, Güçlü. *Yargılamanın Yenilenmesi*. 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018, s. 54. Doktrinde başka bir görüşe göre ise HAGB bir *koşullu düşme* kararıdır. Zira denetim koşullarına uyulması durumunda CMK m.231/X hükmü gereğince davanın düşmesine karar verilir. Başka bir anlatımla davanın düşmesi, HAGB tedbirlerine uyulması koşuluna bağlanmıştır. Bu yönde bkz. Yenisey, Feridun/ Nuhoğlu, Ayşe. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. 11. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2023, s. 848; Yabanoğlu, Mustafa. *Ceza Muhakemesinde Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması*. Adalet Yayınevi, Ankara, 2023, s. 26; Kumbasar, s.49; Günay, s. 26; Epözdemir, s.70. Yargıtay’ın da görüşü bu yöndedir Yargıtay CGK., E. 2009/6-163 K. 2009/202 T. 14/07/2009 (<https://muhassebevefinanslraporlama.legalbank.net/> E.T. 12/12/2024). Doktrindeki başka bir görüşe göre her ne kadar HAGB kararı ile muhakeme süreci durmaktaysa da durma kararı yargılamanın her aşamasında verilebilirken HAGB kararı yalnızca tüm delillerin toplanması, incelenmesi ve hâkimde bir kanaat oluşmasından sonra verilebilir. Bu nedenle HAGB kararı sui generis yapıdadır Kumbasar, s.50. Kanımızca her ne kadar HAGB kararı ile sanık hakkında kurulan hüküm, sanığın denetim süresini denetim koşullarına uygun geçirmesi durumunda düşürülecek olsa da bu durum HAGB kararını koşullu düşme kararı olarak nitelendirmeye neden olmaz. Gerçekten de kovuşturma esnasında bir muhakeme şartının oluşmasını beklemek için durma kararı verilir. İlgili şart gerçekleşmezse davanın düşmesine hükmedilir. Şayet HAGB kararı bir koşullu düşme kararı olarak nitelendirilirse esasen bütün durma kararlarının da koşullu düşme kararı olarak nitelendirilmesi gerekir. Bu nedenle HAGB kararlarını durma kararı niteliğinde olduğu kabul edilmelidir. Bu yönde Bkz. Yalçın, s. 113.

⁴⁷ Ünsal, Cengiz. *Ceza Muhakemesinde İstinaf*. 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016, s. 42.

⁴⁸ Özdemir, Emrah ve Sarsıkoğlu, Şenel. “Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Kanun Yolu Kavramı ve Türleri”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sempozyum Dergisi*, C. 1, S. 2, 2019, s. 10. Medenî usûl hukuku bağlamında da kural olarak yalnızca mahkemenin verdiği nihai kararlara karşı kanun yoluna başvurulabilir. Bununla birlikte HMK m.341/II’ye göre “*İhtiyati tedbir ve ihtiyati haciz taleplerinin reddi kararları, karşı tarafın yüzüne karşı verilen ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kararları, karşı tarafın yokluğunda verilen ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kararlarına karşı yapılan itiraz üzerine verilen kararlar*” hakkında da istinafa başvurmak mümkündür. Nihai kararlar, mahkemenin dosyadan el çekmesi sonucunu doğuran ve mahkemenin re’sen yahut tarafların istemi üzerine dosyayı tekrardan inceleme imkânını ortadan kaldıran kararlardır. Katayıfçı, Derya Ece. *Yargı Kararları Işığında Medeni Usul Hukukunda İstinaf*, Medeni Usul Hukuku Monografileri 1, 2020, s. 71.

kanun yolu öngörülmüştü. Bu durum, CMK m.272/II’de “*başkaca kanun yolu öngörülmemiş olan mahkeme kararları*” ifadesiyle birlikte değerlendirildiğinde HAGB kararlarının hüküm olmayan mahkeme kararı niteliğinde olduğunu göstermekteydi. Zira HAGB kararları için istinaf kanun yoluna gidilememekte ve bu kararlar için başka bir kanun yolu olan itiraz kanun yoluna başvurulabilmekteydi. Bilindiği üzere 7499 sayılı Kanun ile değişiklik sonrasında HAGB kararlarına karşı istinaf ve temyiz kanun yollarına başvuru olanaklı hâle gelmiştir (CMK m.231/XII). Ancak hemen belirtmek gerekir ki bu durum HAGB kararlarını hüküm niteliğine getirmez. Kanun yollarının amacı, bir yargı makamı tarafından verilen kararın denetlenerek yargı makamlarının hukuka yahut somut olaya uymayan kararları nedeniyle kişilerin zarar görmesini engellemektir⁴⁹. Kanun yolları, adil yargılanma hakkının tesisinde rol oynar. Mahkemece verilen kararların kanun yollarından geçmiş olması, kararın daha az hatalı verilmesine hizmet eder⁵⁰. Bir kararın istinaf ya da temyiz kanun yoluna tâbi olması, o kararın hukuki niteliğini değiştirerek hüküm hâline gelmesine neden olmaz. Mahkemece verilmiş bir kararın hüküm olarak nitelendirilmesi için ilgili kararın uyuşmazlığı doğrudan yahut dolaylı olarak sona erdirmesi gerekir. Uyuşmazlığın sona ermesi için de iki şartın varlığı aranır. Bunlardan ilki, kovuşturma evresine geçilmesidir. İkinci şart ise mahkemenin bir karar vererek işten elini çekmesidir. Mahkeme işten elini çekmediği sürece verilen karar hüküm niteliği taşımaz⁵¹. Bu noktada değerlendirilmesi gereken mesele 7499 sayılı Kanun’la yapılan değişiklik sonrasında mahkemenin HAGB kararı vermekle dosyadan elini çekip çekmediğinin tespit edilmesidir. Mahkemece HAGB kararı verildikten sonra bu karar, istinaf ve temyiz kanun yollarına taşınabildiğinden kanun yoluna taşınan bu dosyadan mahkemenin elini çektiği kanısı oluşabilir. Ancak 7499 sayılı Kanun’la yapılan değişiklikten sonra dahi CMK m.231/XI’de “*denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlemesi veya denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklerle aykırı davranması hâlinde, mahkeme hükmü açıklar*” ifadesine yer verilmesi, mahkemenin dosyadan elini çekmediğinin göstergesidir. Gerçekten de nihai kararla birlikte mahkeme ne re’sen ne de tarafların talebi üzerine dosyayı tekrardan ele alma yetkisini haizdir⁵². Bu yüzden, şayet HAGB kararlarının istinaf ve temyize tâbi olması mahkemenin dosyadan elini çekmesi sonucunu doğurmuş olsaydı mahkemenin denetim tedbirlerine uyulmaması ya da yeni bir suç işlenmesi durumunda hükmü açıklama yetkisinin de bulunmaması gerekirdi. Ayrıca yapılan son değişiklikle birlikte “*mahkeme, kendisine yüklenen yükümlülükleri yerine getiremeyen sanığın durumunu değerlendirerek; cezanın yarısına kadar belirleyeceği bir kısmının infaz edilmemesine ya da koşullarının varlığı hâlinde hükümdeki hapis cezasının ertelenmesine veya seçenek yaptırımlara çevrilmesine karar vererek yeni bir mahkûmiyet hükmü kurabilir*” (CMK m. 231/XI). İlgili hükme göre denetim koşuluna uymayan sanık hakkında hükmün açıklanması kararı verilmeden önce mahkeme, açıklanması ertelenen hükmü tekrar bireyselleştirebilir. Şayet mahkemenin yeniden bireyselleştirme yapması mümkünse dosyadan elini çekmediğini söylemek gerekir⁵³.

⁴⁹ Ünsal, s. 35.

⁵⁰ Özkes, Muhammet. *Sorularla Medeni Usûl Hukukunda Yeni Kanun Yolu Sistemi (İstinaf ve Temyiz)*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2008, s. 23; Katayıfçı, s. 45.

⁵¹ Karkurt, Ahu. *Ceza Muhakemesi Hukukunda Muhakemenin Yenilenmesi*. Seçkin Yayınevi, Ankara, 2009, s. 36.

⁵² Katayıfçı, s. 71.

⁵³ Yapılan değişiklikle hüküm niteliği taşımayan kararlar için kanun yoluna başvuru yolunun açıldığı hususunda bkz. Bildir, Murat. “Hukuk Mahkemesinin Bekletici Sorun Kararı Üzerine Ceza Mahkemesinde Verilen Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararının Etkisi”, *TBB Dergisi*, S. 177, 2025, s. 107.

Mahkeme HAGB kararı verdiğinde uygulamada her ne kadar hüküm tefhim edilmiş olsa da kanunî düzenleme gereği istisnaen açıklanmamış sayılan ve bu nedenle kesinleşemeyen bir mahkûmiyet kararı meydana gelir. Bu kararlar mahkeme sanki durma kararı vermişçesine yargılama askıya alınır⁵⁴. Her ne kadar HAGB kararları 7499 sayılı Kanun’la istinaf ve temyiz kanun yoluna tâbi tutulmuş olsa da bu kararlar hâlâ uyuşmazlığı esastan çözer nitelikte değildir. Yapılan değişiklikte yalnızca hak arama hürriyetinin etkin bir şekilde kullanılması amaçlanmıştır⁵⁵. Bir mahkeme kararının tâbi olduğu kanun yolu ile o mahkeme kararının hukuki niteliği birbirinden bağımsız değerlendirilmelidir. Kaldı ki 7499 sayılı Kanun’la nelerin hüküm olduğuna ilişkin CMK m.223’te herhangi bir değişiklik de yapılmamıştır. Bu nedenle salt HAGB kararlarına karşı istinaf ve temyiz kanun yoluna başvuru imkânının açılmış olması, HAGB kararlarını hüküm hâline getirmez.

Ceza mahkemesi kararları bağlamında HAGB kararının genel yapısı, şartları ve hukukî niteliği ele alındıktan sonra ceza mahkemesi kararlarının hukuk mahkemesinde etkisi incelenmelidir. Aşağıda ceza mahkemesi kararlarının hukuk mahkemesinde nasıl bir etki doğurduğu ele alınmıştır.

II. CEZA MAHKEMESİ KARARLARININ HUKUK MAHKEMESİNE ETKİSİ

A. Genel Olarak

Ceza mahkemesinde verilen kararların hukuk mahkemesinde nasıl bir etki gösterdiği TBK mm. 74’te düzenlenmiştir. İlgili hükme göre “*Hâkim, zarar verenin kusurunun olup olmadığı, ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığı hakkında karar verirken, ceza hukukunun sorumlulukla ilgili hükümleriyle bağlı olmadığı gibi, ceza hâkimi tarafından verilen beraat kararıyla da bağlı değildir. Aynı şekilde, ceza hâkiminin kusurun değerlendirilmesine ve zararın belirlenmesine ilişkin kararı da, hukuk hâkimini bağlamaz.*” Maddenin lafzından anlaşılabileceği üzere hukuk mahkemesi, ceza hukuku kurallarına bağlı olmadığı gibi kural olarak ceza hâkiminin kararıyla da bağlı değildir. Bu duruma “Bağımsızlık Prensibi” denir⁵⁶. Ancak bu prensip mutlak bir niteliği haiz değildir⁵⁷. Gerek bağımsızlık prensibinin istisnalarının olması gerek TBK m. 74 hükmünün haksız fiilin her unsuru açısından bir düzenleme getirmemiş olması ayrıntılı bir incelemeyi gerektirmektedir. Ayrıca

⁵⁴ Akyürek, s. 54.

⁵⁵ Değişikliğin gerekçesi de bu görüşe uygundur. “*Maddenin altıncı fıkrasında yapılan düzenlemeyle, sanığın kabul etmemesi hâlinde, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilemeyeceğine ilişkin hüküm yürürlükten kaldırılmaktadır. Maddenin onikinci fıkrasıyla hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına karşı istinaf yoluna başvurulabileceği kabul edilmektedir. Böylelikle, “lekelenmeme hakkı” başta olmak üzere sanığın lehine bir kurum olma özelliğine sahip bu kurumun uygulanabilirliğinin takdiri tamamen mahkemeye bırakılmaktadır. Buna göre mahkeme, koşulların varlığı halinde hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verebilecek; ilgili taraflar bu karara karşı 223 üncü maddede yer alan hükümlerde olduğu gibi istinaf kanun yoluna başvurabilecek; istinaf mercii tarafından hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı da bu kararlar gibi incelenecektir.*” (<https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBSPublicFile/D28/Y2/T2/DosyaKomisyonRaporunuVerdi/cfb35b8a-65cc-44e7-b1bc-4764e98175b9.pdf> E.T. 28.11.2024)”

⁵⁶ Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 24. Baskı. Yetkin Yayınevi, Ankara, 2019, s. 933; Kapancı, Kadir Berk. “Ceza Mahkemesi Kararlarının Hukuk Mahkemesi Kararlarına Etkisi (TBK m. 74)”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 7, S. 1, 2016, s. 515; Fischer Willi, Böhme Anna, ve Gähwiler Fabian, “OFK Art. 53”, içinde *OR Kommentar Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht* (Orell Füssli Verlag, 2023), par. 1. Hukuk mahkemesinin, ceza mahkemesi karşısında bağımsız olduğuna ilişkin TBK m. 74 kuralının, kesin hüküm itirazının bir istisnası olduğu yönünde bkz. Kapancı, s. 516; Ahmet Kılıçoğlu, “Haksız Fiillerden Sorumlulukta Ceza Hukuku ile Medenî Hukuk İlişkisi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 29, S. 3, 1973, s. 196.

⁵⁷ Kılıçoğlu, “İlişki”, s. 193.

maddede yalnızca haksız fiilin unsurlarına değinilmiş olması ceza mahkemesi kararlarının sadece haksız fiile ilişkin davalarda etki doğurduğu düşüncesini uyandırmaktadır. Yine bu maddede ceza mahkemesi kararlarının hukuk mahkemesinde etki doğurmasının temel sebebine ilişkin bir bilgiye de yer verilmemiştir. Aşağıda öncelikle bu etkinin niçin doğduğuna ilişkin tartışmaya yer verilmiş sonrasında ise ceza mahkemesince verilen karar türleri bağlamında bağımsızlık prensibi ayrıntılı bir biçimde ele alınmıştır.

B. Etkinin Hukuki Sebebi

Ceza mahkemesinde verilen kararların hukuk mahkemesinde etki doğurmasının hangi hukukî sebebe istinat ettiği meselesi tartışmalıdır. Doktrinde, ceza mahkemesi kararlarının hukuk mahkemesinde etki etmesinin temelinde yatan nedene ilişkin üç farklı görüş ileri sürülmüştür. Birinci görüşe göre, ceza mahkemesi kararları hukuk mahkemesinde *kesin hüküm etkisi* nedeniyle sonuç doğurur. İkinci görüşe göre ise, bu etki *kanunî düzenleme* nedeniyle doğmaktadır. Nihayet son görüşe göre etkinin temelinde *kamu düzeninin sağlanması* amacı yatmaktadır.

1. Kesin Hükümün Olumlu Etkisi Sebebine Dayalı Etki

Doktrindeki bir görüş ceza mahkemesi kararlarının hukuk mahkemesinde etki doğurmasının temelinde kesin hükümün olumlu etkisinin yattığını ileri sürmektedir⁵⁸. Bu görüş çerçevesinde öncelikle kesin hüküm etkisinin doğum şartlarının incelenmesi gerekir. Hukuk mahkemesinde verilen bir kararın başka bir davada kesin hüküm etkisi doğurmasının şartları HMK’de sayılmıştır. Gerçekten de HMK m. 303/I’e göre, “*bir davaya ait şekli anlamda kesinleşmiş olan hükmün, diğer bir davada maddi anlamda kesin hüküm oluşturabilmesi için, her iki davanın taraflarının, dava sebeplerinin ve ilk davanın hüküm fıkrası ile ikinci davaya ait talep sonucunun aynı olması gerekir*”. Ceza mahkemesinde ise verilen kararların kesin hüküm teşkil etmesinin şartları kanunda düzenlenmemiş olsa da⁵⁹ sanık hakkında aynı fiil nedeniyle önceden açılmış bir davanın ya da kesinleşmiş hükmün bulunması, davanın reddi nedeni olarak düzenlenmiştir (CMK m.223/VII).

Hukuk mahkemesi sonunda elde edilen hükmün, maddi anlamda kesin hüküm niteliği teşkil etmesi için öncelikle açılan ve karara bağlanan dava ile ikinci davanın taraflarının aynı olması gerekir. Başka bir deyişle kesin hükümün bağlayıcı etkisi yalnızca aynı taraflar için doğar, *res judicata*, *inter partes* bir etkiye sahiptir⁶⁰. Kesin hükümün yalnızca hükmün tarafları açısından sonuç doğurmasına “kesin hükümün nisbi etkisi” adı verilir⁶¹. Kesin hükümün yalnızca taraflar arasında sonuç doğurmasının temelinde, yargılama ile yalnızca yargılamanın tarafları arasındaki uyuşmazlığın giderilmek istenmesi yatar. Keza, medeni yargılamada taraflarca getirilme ilkesi cari olduğundan davaya yön vermek ve dava malzemesin dosyaya dâhil etmek yalnızca tarafların ihtiyarındadır⁶².

⁵⁸ Her biri farklı gerekçelere dayanan ve aşağıda ayrıntılı biçimde ele alınan bu yöndeki görüşler için bkz. Uygur, Turgut. *Açıklamalı- İçtihatlı Borçlar Kanunu Sorumluluk ve Tazminat Hukuku*. 3. Baskı, c. III, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2010, s. 2675; Kuru, C. V, s. 5103; Belgin Güneş, Derya. *Ceza Mahkemesi Kararlarının Hukuk Mahkemesi Bakımından Etkileri*. On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 123-124.

⁵⁹ Özen, Mustafa. “Non Bis In Idem (Aynı Fiilden Dolayı İki Kez Yargılama Olmaz) İlkesi”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 14, S. 1, 2010, s. 390-91.

⁶⁰ Özkaya Ferendeci, Hamide Özden. *Kesin Hükümün Objektif Sınırları*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2009, s. 40.

⁶¹ Özkaya Ferendeci, s. 40.

⁶² Özkaya Ferendeci, s. 41.

Verilen hükmün yargılamaya taraf olmamış kişiler hakkında da sonuç doğurması, yapılan yargılamada kendini savunma imkânı olmayan kişilere yükümlülük getirilmesinin hukukî dinlenilme hakkıyla bağdaşmadığı düşüncesine dayanır⁶³.

Hukuk muhakemesinde kesin hükmün doğması için aranan diğer bir şart ise dava konusunun ayniyetidir. Dava konusu, dava dilekçesinde belirtilen netice-i taleptir. İlk davanın hüküm fıkrası ile ikinci davada ileri sürülen netice-i talep aynı olursa dava konusunun ayniyetinden bahsedilir. Bunun temelinde, aynı hususun defaatle mahkemenin önüne getirilmesinin bir anlamının olmaması yatar⁶⁴.

Kesin hükmün etkilerinin doğması için aranan son şart ise dava sebebinin aynı olmasıdır. Dava sebebinin aynı olmasının ne anlama geldiği hususu tartışmalıdır⁶⁵. Ancak davanın dayandırıldığı maddi vakıaların dava sebebini oluşturduğu ve maddi vakıalar aynı ise dava sebebinin de aynı olduğu ifade edilmektedir⁶⁶. Maddi vakıalar davanın temelini oluşturur, davanın sınırını çizer. Hâkim ancak davaya getirilen maddi vakıalar çerçevesinde inceleme yapabilir. Tüm bunlardan, dava sebebini davanın dayandığı maddi vakıaların oluşturduğu söylenmelidir⁶⁷.

Ceza mahkemesinde verilen kararların hukuk mahkemesinde etki doğurmasını kesin hüküm sebebine bağlayan görüşü kendi içinde ikiye ayırmak gerekir. Bu görüşlerden ilkinde göre ceza mahkemesi tarafından yürütülmüş bir yargılama sonucunda kesinleşen karar, kesin hüküm etkisi doğurmalı ve bu etkiye dayanarak hukuk mahkemesini de bağlamalıdır. Özellikle ceza mahkemesi hâkiminin hukuk mahkemesi hâkimine göre ispat araçları noktasında daha elverişli bir noktada olması ve ceza mahkemesinde maddi gerçekliğin aranması, hukuk mahkemesinde kesin hüküm nedeniyle etkiyi doğurmaktadır⁶⁸. Ancak bu görüş, kesin hüküm etkisini maddi vakıalarla sınırlı tutmaktadır⁶⁹.

İkinci görüşe göre hukuk ve ceza muhakemesinin konuları, davanın tarafları ve bu muhakemelerde güdülen amaç birbirinden farklı olduğundan ceza mahkemesi kararları *kural olarak* hukuk mahkemesinde kesin hüküm teşkil etmez. Ancak istisnaen, aslında hukuk yargılamasına tâbi olmasına rağmen özel düzenlemeler nedeniyle ceza yargılamasında kovuşturulabileceği kabul edilen

⁶³ Selen Evirgen, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Kesin Hüküm*. Adalet Yayınevi, Ankara, 2024, s.162.

⁶⁴ Özkaya Ferendeci, s.43.

⁶⁵ Bu husustaki tartışmaların ayrıntıları için bkz. Özkaya Ferendeci, s. 131-78; Tanrıver, Süha. *Medenî Usûl Hukuku*. 2. Baskı, c. I, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2018, s. 482-92.

⁶⁶ Yukarıda da belirtildiği gibi dava konusunun ne olduğu hususunda tartışmalar mevcuttur. Bir görüşe göre davanın konusu, dava dilekçesinde kendini netice-i talep olarak gösteren husustur. Bu bağlamda dava konusu maddi vakılardan tamamen bağımsız bir usûlî himaye talebidir Tanrıver, *Medenî Usûl Hukuku*, C. I, s. 491. Ancak diğer bir görüş ise dava konusunun belirlenmesinde davaya sebebiyet veren hayat olayı (dava temeli) ile netice-i talebin birlikte değerlendirilmelidir. Bu yönde bkz. Yavuz Alangoya, “Yargılama Sırasında Tarafta (Yanda) İradî Olarak Meydana Gelen Değişme Hakkında Düşünceler”, *İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 3, S. 5, s. 1969, s.149 dn. 68; Özkaya Ferendeci, s.177.

⁶⁷ Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, 6. Baskı, c. II, Demir Demir Müşavirlik ve Yayıncılık, İstanbul, 2001, s. 1590.

⁶⁸ Nitekim bu yönde bkz. 6. HD., E. 2021/3973 K. 2022/4702 T. 12.10.2022 (<https://www.lexpera.com.tr/>) E.T. 23.12.2024).

⁶⁹ Uygur, s. 2675. Aynı yerde bkz. “Gerçekten Borçlar Kanununun 53. maddesi, hukuk hâkiminin kusurun takdiri ve zarar tutarının tayini konularında ceza mahkemesi kararı ile bağlı bulunmadığı hakkında bir kural koymuştur. Ancak maddî olayların olumlu olarak tespitine ilişkin kararlar bu kuralın dışındadır ve hukuk hâkimini bağlar. Ceza Mahkemesinin kesinleşen ilâmında, davacıya ait köpeğin davalıya saldırdığı ve davalının da bu köpeği tüfekle öldürdüğü saptanmıştır. Böylece ceza mahkemesinin anılan olayı ve bunun ne yolda meydana geldiğini, diğer bir deyimle maddî olayı kesinlikle saptayan ilâmı taraflar yönünden kesin bir hüküm niteliğini taşıyacağından, artık hukuk mahkemesinde bu maddî olayın aksi iddia ve ispat edilemez”. Y. 4. HD., E. 14888, K. 4936 T. 14.4.1975

davalar bakımından ceza mahkemesi kararları, hukuk mahkemesinde kesin hüküm teşkil eder⁷⁰. Bu istisnai durumlar; ceza mahkemesinde şahsî hak talebi, sahtecilik davası ve yaş düzeltme davaları olmak üzere üç tanedir⁷¹. Ceza davasında ileri sürülen şahsî hak talepleri, suçtan zarar görenin görülmekte olan ceza davasına müdahale ederek ceza davasında tazminat istemesidir. Şahsi dava da denen bu talep CMUK m.344 vd. hükümlerinde düzenlenmişti. Bu düzenlemelere göre ceza mahkemesi görülen şahsi davada sanığı bir tazminata çaptırır ya da tazminat talebinin reddine hükmederse bu karar, taraflar arasında sonradan açılan hukuk davası açısından kesin hüküm teşkil eder⁷². Ceza mahkemesi şayet hukuk mahkemesine başvurulması yönünde karar verir, tazminat talebi hakkında bir karar vermez ya da ceza davasında şahsi hak ileri sürülmezse hukuk mahkemesine tazminat davasının açılması mümkündür⁷³. Sahtecilik iddiası yönünden ise senedin sahteliğine hükmedilmesi hukuk mahkemesi açısından kesin hüküm niteliği taşıırken sanığın beraati hukuk mahkemesinde kesin hüküm niteliği taşımaz ve hukuk mahkemesinde ayrı bir sahtelik davası açılabilir⁷⁴. Nihayet, ceza mahkemesinde verilen yaş düzeltmeye ilişkin kararlar hukuk mahkemesinde kesin hüküm teşkil eder (CMK m.218/II)⁷⁵.

⁷⁰ Kuru, C. V, s. 5103-4.

⁷¹ Kuru, C. V, s. 5104-9.

⁷² Kuru, C. V, s. 5104-6; Eren, Fikret/ Dönmez, Ünsal, *Eren Borçlar Hukuku Şerhi*, 2. Baskı, C. II, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023, s. 1748.

⁷³ Kuru, C. V, s. 5107-8.

⁷⁴ Kuru, C. V, s. 5108-9. Hukuk mahkemesince verilen kararın ceza mahkemesinde kesin hüküm etkisine ilişkin olarak HMK m. 214 hükmü gösterilebilir. HMK m. 214/I “*Belgenin sahte olmadığına dair hukuk mahkemesince verilen karar kesinleştikten sonra, söz konusu belge hakkında ceza mahkemesinde de sahtelik iddiası dinlenmez*”.

⁷⁵ Kuru, C. V, s. 5109. Yazar burada ceza mahkemesinde verilen kararın hukuk mahkemesinde kesin hüküm teşkil etmesini yaş düzeltme davasının yalnızca bir defaya mahsus açılabilmesine bağlamıştır. Nüfus Hizmetleri Kanunu m. 36/I-b hükmüne göre “*Aynı konuya ilişkin olarak nüfus kaydının düzeltilmesi davası ancak bir kere*” açılabilirdi. İlgili hüküm AYM’nin 2011/34 E., 2012/48 K., 30/03/2012 T., RG. 28433, 06/10/2010 künyeli kararıyla iptal edilmiştir. İptal kararından sonra yaş düzeltmeye ilişkin olarak birden fazla dava açılması, maddeye eklenen “*haklı sebeplerin bulunması hâlinde aynı konuya ilişkin düzeltme yapılması hâkimden istenebilir*” hükmüyle mümkün hâle gelmiştir. Bu yeni durumun, ceza mahkemesinde verilen yaş düzeltme kararının hukuk mahkemesindeki kesin hüküm etkisini ortadan kaldırıp kaldırmayacağı sorusu akla gelebilir. Doktrinde genel olarak kabul edildiği şekliyle nüfus sicilinin düzeltilmesi, bir çekişmesiz yargı işidir. Bkz. Çevik, Seda Öktem. “Çocuğun Anne ve /veya Babası Haricindeki Kişilerin Nüfus Siciline Kaydedilmesinden Doğan Sorunların Değerlendirilmesi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 22, S. 3, 2016, s. 2110; Aras, Aslı. “Çekişmesiz Yargı İşlerinde Görev ve Yetki”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 7, S. 1, 2016, s. 71; Aras, Bahattin. “Hukuk ve Ceza Mahkemelerinin Yaş Tespiti Kararlarının Birbirine Etkisi”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, C. 5, 2015, s. 95. Her ne kadar sicilin düzeltilmesi davası çekişmesiz yargı işi olarak kabul edilse de Aras, sicilin düzeltilmesi davasında mahkemece verilen kararın kesin hüküm niteliğinde olduğunu, bu nedenle ceza mahkemesinde verilen kararla hukuk mahkemesinin de bağlı olduğunu dile getirmektedir Aras, “Tespit”, s. 99-100. AYM tarafından verilen iptal kararı öncesinde yaş tespiti dair mahkemeye başvuru yalnızca bir defaya mahsus mümkün olduğundan değişiklik öncesi durum HMK m. 388’de belirtilen *aksine hüküm bulunan hâllerin* örneğini oluşturmaktaydı. Ancak iptal kararından sonra yapılan değişiklikte haklı gerekçelerin varlığı durumunda aynı konuda düzeltme yapılması mümkün hâle geldiği de dikkate alındığında, nüfus sicilinin düzeltilmesi taleplerinin çekişmesiz yargı işi olduğu varsayımında talep sonucunda verilen kararın *artık* kesin hüküm teşkil etmediği söylenmelidir. Nitekim bu yönde bkz. Belgin Güneş, s.135-37; Kapancı, s. 517 dn. 28. Ne var ki nüfus sicilini düzeltme taleplerinin mutlak surette çekişmesiz yargı işi olduğunu söylemek her durum için doğru değildir. İki taraf arasında gerçek anlamda bir uyuşmazlık bulunuyor ve bunun hâlli için yaş tespiti gerekiyorsa, mahkemece verilen karar kesin hüküm niteliği taşımaktadır. Örneğin nüfus siciline göre on iki yaşından küçük görünmesine rağmen gerçekte on sekiz yaşının üzerindeki bir kimsenin işlediği kasten yaralama fiili nedeniyle görülmekte olan ceza yargılamasında alınan yaş tespiti ilişkin karar, hukuk mahkemesinde tazminat istemiyle açılan davada kesin hüküm teşkil etmelidir. Ancak yaş düzeltme talebi gerçek anlamda bir çekişmeden doğmamış olabilir. Kayıt düzeltme davalarının geçerli sebeplerin bulunması durumunda tekrar açılabilirdiği de dikkate alındığında bu durumda verilen karar kesin hüküm niteliği taşımaz ve ceza mahkemesi kararı, hukuk mahkemesinde kesin hüküm etkisi doğurmaz. Ortada kesin hüküm bulunmadığı için de yeniden kayıt düzeltme talebinde bulunmak olanaklıdır. Ancak yapılan ikinci talepte, ilk talebin karara bağlanmasında resmî

Ceza mahkemesinde verilen kararın hukuk mahkemesinde kesin hüküm etkisi gösterebilir olup olmadığı hakkında varit görüşlerden bir diğerine göre ise kesin hükmün olumlu ve olumsuz etkisi birbirinden ayrı olarak değerlendirilmelidir. Öncelikle kesin hükmün olumsuz etkisinin doğması için aranan taraflar-dava sebebi ve konusunun ceza mahkemesi ve hukuk mahkemesinde aynılığının bulunup bulunmadığına bakılmalıdır. Ceza mahkemesinde davacı taraf daima devlettir ve devleti savcı temsil eder⁷⁶. Bununla birlikte ceza yargılamasında, hukuk mahkemesinde görüldüğü şekliyle bir taraf teşkili söz konusu değildir. Ceza yargısının amacı konusu suç teşkil eden bir fiilin işlenip işlenmediğinin tespitidir. Hukuk davasında ise dava konusunu netice-i talep oluşturur ve bu talebe de özel hukuk ilişkisi kaynaklık eder. Her iki yargı kolunda görülen davaların tarafları ve konusu farklıdır. Söylenen nedenlerle ceza mahkemesi ile hukuk mahkemesi kararları arasında kesin hükmün olumsuz etkisinin doğması mümkün değildir⁷⁷. Kesin hükmün olumlu etkisi ise bağlayıcılıktır⁷⁸.

Kesin hükmün olumlu etkisinin doğduğu durumlarda hâkimin takdir yetkisi ortadan kalkar. Hâkim artık kesin hükmün dâhilindeki bir meselede hükmün aksi yönünde karar veremez. Olumlu etkinin doğması için ise karar verilen davanın tarafları ve dava sebebinin aynı, davanın konusunun farklı olması gerekir. Aksi takdirde tarafı, dava sebebi ve konusu aynı olan iki davadan söz edilir ki

birlikte olan Adli Tıp Kurumu'ndan (ATK) rapor alınmış olması önem arz eder. Sicilin düzeltilmesine yönelik ilk talepte ATK'den yahut yaş tespitini yapmaya yetkili sağlık kurumlarından rapor alınması gerekmektedir. Bilindiği üzere ATK kurumu raporları hâkimi bağlayıcı nitelikte değilse de (Belgesay, Mustafa Reşit. "Ehli Vukuf Mütalaasının İlmi Değeri ve Kanuni İsbat Kuvveti", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 10, S. 3-4, 1945, s. 544-545; Meraklı, Deniz. "Özel Hukuka İlişkin Uyuşmazlıklarda Resmi Bir Birlikçi Kurumu Olarak Adli Tıp Kurumu", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 11/Özel Sayı, 2010, s. 369.) açılan ikinci talepte, ilk davada alınmış ATK raporunun yanlış olduğunun ispat edilmesi gerekmektedir. Burada aynı konuda önceden verilmiş bir çekişmesiz yargı kararı bulunması, ikinci talepte hukuki yararın özel olarak ispat edilmesini de gerektirmektedir.

⁷⁶ Ceza mahkemesi kararlarının hukuk mahkemesinde kesin hüküm teşkil etmesi için tarafların aynı olması gerekir. Tarafların aynı olması tartışılırken değinilmesi gereken hususlardan birisi de ceza yargılamasında savcının taraf olup olmadığı meselesidir. Gerçekten de bir kesin hükümden bahsedilmesinin önkoşulu şayet tarafların ayniyeti ise savcının taraf olup olmadığına tespiti önem taşır. Savcı, kamu adına dava açan, yaptığı iş ve işlemlerde kamu adına iddia makamını işgal eden kişidir. Savcının, sanığın beraatını isteyebilmesi ya da sanık lehine kanun yollarına başvuru yapabilmesi, onun taraf olma sıfatına halel getirmez bkz. Karakehya, Hakan/ Arabacı, Murat, "Cumhuriyet Savcısının Hukuki Statüsü, Muhakemedeki Taraf Pozisyonu ve İspat Yükünün Bulunması Üzerine", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 65, S. 4, 2016, s. 2075. Yine aynı gerekçelerle bkz. Kelep Pekmez, Tuba. "Ceza Muhakemesinde Objektif Bir Taraf Olarak Savcılık Makamı", *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 7, S. 2, 2021, s. 283-84; Şahin/ Göktürk, s. 114-15. Başka bir görüşe göre ise savcının görevi gereği sanığın hem lehine hem de aleyhine olan delilleri toplaması gerekir. Savcının sanık lehine deliller toplaması onu müdafî hâline getirmez. Savcıların yaptıkları görev nedeniyle kendilerini taraf gibi hissetmeleri olanaklıysa da savcılar tarafsız olmak durumundadır. Savcı, şüpheli ve sanığın haklarını korumalı, lehine olan delilleri toplamalı, dosyanın durumuna göre sanığın beraatını istemelidir. Bunlar, savcının tarafsız olduğunu ortaya koyar. Ancak bazı kararların ve belgelerin savcıya tebliğ edilmesi gerektiğine dair hükümler (CMK m.291, 297 vb.) savcının makam olarak taraf olduğunu gösterir. Bu nedenlerle savcı, yargılamada makam olarak taraftır bkz. Dülger/ Taşkın, s. 208. Bizce savcının, verilen hükümleri kanun yoluna taşıyabilmesi, birtakım belge ve kararların savcılığa da tebliğ edilmesi zorunluluğu savcının ceza muhakemesinde taraf olduğunu göstermektedir. Ancak savcı, aynı zamanda maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasıyla da görevlidir. Bu nedenle sanığın lehine olan delilleri de toplama yükümlülüğü altındadır. Şu durumda "savcı taraftır ancak tarafgir değildir" demek yanlış olmaz.

⁷⁷ Belgin Güneş, s.123-24.

⁷⁸ Burada özellikle kesin hükmün *kesin delil etkisi* kavramının kullanımından kaçınılmıştır. Zira kesin hüküm şayet alelade bir kesin delil olarak kabul edilirse, başkaca kesin deliller (yemin ve senet) kullanılarak kesin hükmün aksinin ispatının mümkün olduğu anlamına ulaşılır. Bunun aksine kesin hükmün bağlayıcı etkisinden söz edilirse artık taraflar ve mahkeme kesin hükmün havi olduğu hususları aynen kabul etmek durumunda kalır. Kesin hükmün bağlayıcı etkisi ise yalnızca yargılamanın yenilenmesi yoluyla ortadan kaldırılabilir, yoksa sair kesin delillerle kesin hükmün bağlayıcı etkisi izale edilemez Akkan, Mine. "Madenî Usûl Hukukunda Tarafların Farklı Olması Durumunda Kesin Hükmün Delil Niteliği", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 11, Özel Sayı, 2010, s. 8; Belgin Güneş, s.152-53.

bu durum ikinci dava bakımından kesin hüküm varlığı nedeniyle reddini gerektirir (HMK m. 114/I-i)⁷⁹. Şu durumda kesin hüküm nedeniyle bağlayıcı etkinin doğması için dava tarafları ve sebebi aynı fakat konusu farklı iki davadan bahsedilmelidir. Ceza mahkemesinde verilen kararlar ise hukuk mahkemesinde bağlayıcı etki doğurur. Ceza muhakemesinin konusu sanığa ceza verilip verilmemesi yönünde bir tespitin yapılmasıyken hukuk mahkemesinin konusunu dava dilekçesinde netice-i talepte gösterilen hukuki himaye oluşturur. Bu yönüyle ceza davası ile hukuk davasının konusu farklıdır. Ceza ve hukuk davalarının açılmasına neden olan vakıaların aynı olması muhtemeldir. Bir fiil hem hukukî hem de cezaî sorumluluk doğuruyorsa ceza davası ile hukuk davasının dava sebebi ayniyet gösterir. Her iki yargılamanın tarafları *prima facie* farklı gibi görünmektedir. Gerçekten de ceza davasında davacı, devlettir ve iddia makamında devleti temsilen savcı bulunur. Suçtan zarar görenlerin ise talepleri üzerine davaya müdahil olmaları mümkünse de bunlar taraf değildir. Ancak burada tarafların tespitinde davanın taraflarına değil de maddi vakıanın taraflarına bakılmalıdır. Şayet ceza davasının sebebinin tarafları ile hukuk davasının sebebinin tarafları arasında örtüşme varsa, her iki dava açısından tarafların ayniyeti kabul edilmelidir⁸⁰.

2. Kanundan Doğan Etki

Doktrindeki başka bir görüşe göre ise ceza mahkemesinde verilen kararların hukuk mahkemesinde kesin hüküm teşkil etmesi olanaksızdır. Gerçekten de hukuk yargılaması ile ceza yargılaması, muhakeme sürecinde geçerli usûl, yargılama ile koruma altına alınan hukuki değer, dava konusu ve davanın tarafları ile yargılama ile ulaşılmak istenen amaç gibi çokça noktada birbirinden farklılık arz eder. Her iki yargılamada görülen maddi olay ya da yargılamaya katılan kişiler arasında örtüşme olsa bile özellikle yargılamanın tarafları ve konusu bakımından ayniyetin sağlanması mümkün olmadığından burada maddi anlamda kesin hüküm doğması mümkün değildir⁸¹. Kesin hüküm etkisini reddeden bu görüş de kendi içinde ikiye ayrılmaktadır. Bir görüşe göre⁸² kesin deliller kanunda “*ikrar, senet, yemin ve kesin hüküm*” şeklinde sınırlı bir biçimde sayıldığından burada HMK m. 192 anlamında “kanunda düzenlenmemiş delil” söz konusudur. İlgili hükme göre “*kanunun belirli bir delille ispat zorunluluğunu öngörmediği hâllerde, Kanunda düzenlenmemiş olan diğer delillere de başvurulabilir*”. Bu görüş çerçevesinde ceza mahkemesi kararlarının hukuk mahkemesinde kesin hüküm teşkil etmediği de göz önünde tutulduğunda kesin hüküm kesin delil etkisi oluşmadığından burada bir takdiri delil söz konusudur. Ancak bir delilin takdiri delil olması, onun mahkemece dikkate alınmasında mahkemenin keyfî davranmasına olanak sağlamaz. Şayet ceza mahkemesince verilen kararda yapılan maddi vakıa tespiti tereddüde mahal vermeyecek kadar açıksa hukuk mahkemesi bu doğrultuda karar vermelidir. Burada ceza mahkemesince verilen karar her ne kadar kesin delil olmasa da ortada mahkemece verilmiş bir karar olduğundan yapılan vakıa tespiti “*güçlü delil*” olarak adlandırılmalıdır⁸³. Başka bir görüşe göre ise burada “*maddî fiilin gerçekleşmesine, fiili belli bir kişinin işlemiş olduğuna, fiilin suç tekil ettiğine, failin mahkumiyeti*” hususlarında ceza mahkemesi kararı, hukuk mahkemesinde kesin delil etkisi gösterir. Bu sonuca TBK m. 74’ün lafzının mefhum-u

⁷⁹ Belgin Güneş, s.154; Akkan, s. 14; Tanrıver, s. 882.

⁸⁰ Belgin Güneş, s.158.

⁸¹ Yılmaz, Ejder. *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*. c. II, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2017, s. 2133; Atalı, s. 2074.

⁸² Yılmaz, s. 2133.

⁸³ Yılmaz, s. 2134. Yargıtay da güçlü delil tabirini kullanmaktadır. HGK., E. 2020/109 K. 2022/1268 T. 11.10.2022 (<https://www.lexpera.com.tr/> E.T. 27.12.2024).

muhalfinden ulaşıldığından yazara göre bağlayıcı etkinin sebebi, kanuni düzenlemenin varlığıdır⁸⁴.

3. Kamu Düzeninin Sağlanması Amacıyla Doğan Etki

Doktrindeki başka bir görüşe göre ceza mahkemesinde verilen kararların hukuk mahkemesinde etki göstermesinin temelinde kamu düzeninin sağlanması amacı yatar. Kamu düzeni her devletten devlete ve dahi her mahkemede birbirinden farklı anlaşılmakta ve kavrama ilişkin tanımlar da değişmektedir⁸⁵. Türk Hukuk Lügatinde kamu düzeni, bir yerde kamu hizmetlerinin iyi yürütülmesi, güvenlik ve asayişin sağlanması, bireyler arasındaki ilişkilerde huzur ve ahlak kaidelerine uygunluk olarak tanımlanmıştır⁸⁶. Başka bir tanıma göre ise kamu düzeni, belirli bir yerde ve zamanda geçerli olup kamu yararı ve vicdanını yakından ilgilendiren hususlardır⁸⁷.

Kamu düzeni kavramı çeşitli yargı kararlarında ele alınmıştır. Anayasa Mahkemesi bir kararında⁸⁸ kamu düzenini toplumun huzur ve sükunu, devletin temel gayesi olarak tanımlamışken Yargıtay bir içtihadı birleştirme kararında bu kavramın değişken içerikte olduğuna işaret ederek, kamu düzeninin Anayasa’da yer alan temel hak ve özgürlükler ile milletlerarası alanda geçerli olan hukukun genel prensiplerine, toplumun siyasi ve ekonomik yapısına ilişkin olduğunu vurgulamıştır⁸⁹.

Bir devletin iktisadi, siyasi, toplumsal yahut dini sisteminden kaynaklı olarak kamu düzeninden addedilen hususların başka bir devlette kamu düzeni kavramı dâhilinde kabul edilmemesi muhtemeldir. Giderek, bir toplumun belli bir zaman diliminde kamu düzeninden addettiği hususlar zamanla bu çerçeveden çıkabilir yahut bazı durumlar kamu düzeni kavramı içinde kabul edilmezken zamanla kamu düzeninden sayılabilir⁹⁰.

Usûl hukuku alanında da kamu düzeni kavramı önem taşır. Örneğin dava şartları, mahkemelerin görevine ilişkin düzenlemeler ve kesin hüküm müesseseleri kamu düzeni kavramına dâhildir. Sayılan müesseselerin kamu düzeninden sayılmaları, kanuni bir düzenlemenin varlığından değil bilakis yargılama hukukunun yöneldiği amaçtan ve yapısından ileri gelmektedir⁹¹.

⁸⁴ Atalı, s. 2076. Aynı şekilde *Kuru* da ceza mahkemesi kararının hukuk mahkemesinde kesin hüküm teşkil ettiği üç hâl haricinde ceza mahkemesi kararının hukuk mahkemesinde etki doğurmasını BK m. 53’e (TBK m.74) bağlamaktadır (*Kuru*, C. V, s. 5111). Her ne kadar yazar kesin hüküm etkisinin doğmasının üç durumda (senedin sahteliği, nüfus kaydının düzeltilmesi ve şahsi dava) mümkün olduğunu belirtmişse de haksız fiilin, başka bir deyişle yargılamaya konu olayın vukuuna dair ceza mahkemesince yapılan tespitin kesin hükmün kesin delil teşkil etmesiyle etki doğurması gerektiğini ifade etmektedir. Yazara göre ceza mahkemesi daha geniş bir araştırma yetkisini haiz olduğundan ceza mahkemesince yapılan tespitin hukuk mahkemesini bağlamaması kesin hükmün amacına ters düşmektedir (*Kuru*, C. V, s. 5112).

⁸⁵ Ekşi, Nuray “Yargıtay Kararları Işığında Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Kamu Düzeni”, *Public and Private International Law Bulletin* 40, S. 1, 2020, s. 152.

⁸⁶ Türk Hukuk Kurumu, “Âmme Nizamı”, içinde *Türk Hukuk Lügatı*. Başbakanlık Basımevi, Ankara, 1991, s. 16.

⁸⁷ Atakan, Arda. “Kamu Düzeni Kavramı”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 13, S. 1-2, 2007, s. 60.

⁸⁸ Anayasa Mahkemesi E. 63/128, K. 64/8, T. 28.01.1964 (<https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/11685.pdf> E.T. 30/12/2024).

⁸⁹ Doktrindeki genel tanımların pek çoğunu içeren derleme mahiyetindeki bir karar da Yargıtay 15. HD tarafından verilmiştir. Bu karar için bkz. Yargıtay 15. HD, E. 2014/2183, K. 2014/ 3226. (<https://karararama.yargitay.gov.tr/> e.t 30/12/2024).

⁹⁰ Ekşi, s. 153.

⁹¹ Tok, Ozan “Ceza Mahkemesi Kararlarının Hukuk Yargılaması Üzerindeki Etkisinin Hukuki Niteliği Üzerine”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 22, S. 2, 2016, 456-57.

Ceza mahkemesi, hukuk muhakemesinde cari taraflarca getirilme ilkesinin aksine re'sen araştırma ilkesi çerçevesinde delil toplamaktadır. Ceza mahkemesinin bir vakıanın varlığını tespit etmesi durumunda hukuk mahkemesine nazaran daha geniş soruşturma imkânına sahip olması nedeniyle yapılan tespitin hukuk mahkemesini bağlaması gerekir⁹². Ceza mahkemesince sübutu tespit edilen bir vakıa, hukuk yargılamasında cari taraflarca getirilme ilkesinden dolayı dosyaya dâhil edilmeyebilir. Böyle bir hâl, ceza mahkemesince varlığı kabul edilen bir vakıanın hukuk mahkemesince sanki hiç olmamış gibi karar vermesine neden olur. Bu durum ise tarafların hukuk sistemine olan güvenini zedeler. Hukuk sistemine olan güvenin sarsılmasının ise kamu düzenini ihlâl ettiğini söylemek zaittir⁹³.

4. Etkinin Hukuki Sebebine İlişkin Görüşümüz

Ceza mahkemesinde verilen kararın hukuk mahkemesinde etki göstermesinin ardında yatan hukuki neden çeşitli görüşlerle açıklanmıştır. Bu başlıkta yukarıda söylenen görüşlere dair incelemeler ve eleştiriler yapılmış, ardından kendi görüşümüz ortaya konmuştur.

Öncelikle belirtmemiz gerekir ki kanımızca ceza mahkemesinde verilen kararlar, hukuk mahkemesinde kesin hüküm etkisini haiz değildir. Gerçekten de ceza ve hukuk muhakemesinin konuları, yöneldikleri amaç ve muhakeme süreçlerinde izlenen yöntem birbirinden farklıdır. Ceza mahkemesinde yapılan yargılama ile hukuk mahkemesinde yapılan yargılama, aynı somut vakıayı incelemekte ise, sadece ve sadece korunan hukuki menfaatin ve tarafların aynı olduğu takdirde kesin hükmün bağlayıcı etkisi söz konusu olabilir. Bu da yukarıda belirtildiği gibi senedin sahteliği, şahsi dava ve yaş düzeltme davalarında mümkündür. Bir senedin sahte olduğuna dair tespit, hukukî bir nitelendirme değil bilakis maddi bir olgudur. Maddi gerçek ise yargılama türü, yargılamada izlenen yöntem ve yargılamanın amacından bağımsız bir varlık taşır. Ceza mahkemesi kararının hukuk mahkemesinde kesin hüküm etkisi doğurduğu hâllerden biri olan şahsi dava, ceza mahkemesinin görmekte olduğu ceza yargılamasında zarar görenin zararının da tespit ve tazminine olanak sağlayan bir yöntemdir. Ancak bu yöntem 5271 sayılı CMK'de yer verilmemiştir. Şu durumda, eski kanun döneminde açılmış ve görülmeye devam eden davalar haricinde, şahsi davanın artık hukuk mahkemesinde kesin hüküm teşkil etmesinden bahsetmek mümkün görünmemektedir. Yaş düzeltme kararları açısından ise kanımızca bir ayırım yapılması gereklidir. Şayet yaş düzeltme kararının alınması, çekişmeli bir vakıadan kaynaklanıyorsa verilen kararın kesin hüküm teşkil etmesi gerekir ve ancak yargılamanın yenilenmesi koşulları oluşursa yeni bir yaş tespiti davası açılabilir. Bununla birlikte yaş tespitine ilişkin hüküm gerçek anlamda bir çekişmeden kaynaklı değilse, başka bir anlatımla ortada bir çekişmesiz yargı işinden söz ediliyorsa artık verilen karar kesin hüküm teşkil etmez. Zira AYM'nin iptal kararından sonra 7039 sayılı Kanun'la yürürlüğe giren NHK m. 36/I-b maddesi, yaş tespit kararı alındıktan sonra dahi haklı sebebin varlığında yeniden yaş tespit davasının açılmasına olanak sağlamaktadır. Özetle, mevcut değişiklikler de göz önünde tutulduğunda kanımızca senedin sahteliğine dair ceza mahkemesi kararları hukuk mahkemesinde kesin hüküm teşkil ederken yaş tespitine ilişkin kararlar yalnızca gerçek anlamda bir uyuşmazlığa istinaden verilmişse hukuk mahkemesinde kesin hüküm teşkil etmelidir. Şahsi davada verilen kararlar, CMUK

⁹² Kuru, C. V, s. 5112.

⁹³ Tok, s. 458.

yürürlükte bulunduğu dönem için hukuk mahkemesinde kesin hüküm teşkil eder. Ancak CMK’de şahsi davaya yer verilmediğinden artık bu etki, yalnızca CMUK döneminde açılmış ve hâlen görülmekte olan uyuşmazlıklar açısından söz konusu olabilir.

Ceza mahkemesinde verilen kararların hukuk mahkemesini bağlamasının temelinde kanun hükmünün uygulanması fikrinin yattığına dair görüş de kanımızca isabetli değildir. Öncelikle TBK m. 74 hükmü incelendiğinde bu hüküm, ceza mahkemesince verilen kararların hukuk mahkemesi bakımından yalnızca haksız fiil bağlamında sonuç doğurduğu yanılığını uyandırmaktadır. Ancak ceza mahkemesinde verilen bir karar, yalnızca haksız fiile ilişkin vakıalar bakımından değil bilakis hukuk mahkemesi ve ceza mahkemesinde görülen maddi vakıaların ortak olduğu her türlü uyuşmazlık bakımından sonuç doğurmaya elverişlidir⁹⁴. Ayrıca ceza mahkemesi kararlarının hukuk mahkemesinde etki doğurması şayet bir kanun hükmünün uygulanmasından ileri gelseydi, hukuk mahkemesinin olaya ilişkin olarak ceza mahkemesinde önceden verilmiş bir kararın varlığını re’sen araştırması gerekirdi. Zira *iura novit curia* ilkesinin Türk hukukundaki görünümü olan HMK m. 33’e göre “(h)âkim, Türk hukukunu resen uygular”. Şayet ceza mahkemesinde verilen karar hukuk mahkemesi hâkimini kanuni etki nedeniyle bağlıyor olsaydı, hukuk mahkemesi hâkimi HMK m.33 hükmü gereğince görmekte olduğu uyuşmazlığa ilişkin ceza mahkemesince bir karar verilmiş olup olmadığını re’sen araştırmak yükümü altında kalırdı. Hukuk mahkemesi hâkiminin böyle bir re’sen araştırma yetkisi olmadığı da göz önünde tutulduğunda etkinin kanun hükmünden doğduğunu söylemek mümkün görünmemektedir.

Etkinin temel nedeninin kamu düzeni olduğunu söyleyen görüş de kanımızca isabetli değildir. Belirtmek gerekir ki kamu düzenine ilişkin hususlar mahkemece re’sen dikkate alınır⁹⁵. Ancak yukarıda da belirtildiği gibi hukuk mahkemesi hâkimi, önüne gelen uyuşmazlığa ilişkin olarak daha önceden ceza mahkemesince bir karar vermiş olup olmadığını araştıramaz⁹⁶.

Kanımızca ceza mahkemesi kararlarının hukuk mahkemesinde etki göstermesinin nedenini HMK m. 204/I hükmünde aramak gerekir. Söylenen madde doktrinde genellikle kesin hükmün

⁹⁴ Nitekim bir boşanma davasında ceza mahkemesince verilen kasten yaralama suçuna dair karar, boşanma davasında dikkate alınmıştır. Bu yönde bkz. Yargıtay 2. HD., E. 2023/2037 K. 2023/4831 T. 18.10.2023 (<https://www.lexpera.com.tr/> E.T. 08.01.2024).

⁹⁵ Erdönmez, Güray. *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl hukuku*. On İki Levha Yayınevi, İstanbul, 2017, I/ s. 805 vd.

⁹⁶ Bir görüşe göre TBK m. 74 hükmünde hukuk hâkiminin karar verirken kusur, ayırt etme gücü, zararın belirlenmesi gibi noktalarda ceza mahkemesi kararıyla bağlı olmadığı belirtilmiştir. Şayet bağlayıcı etki, kamu düzeninden kaynaklanıyor olsaydı bu hukuk mahkemesi hâkimi bu hususlarda ceza mahkemesi kararıyla bağlı olmalıydı. Zira kanun koyucunun kendisi, kamu düzenine aykırı bir düzenleme getirmiş olamaz (Belgin Güneş, s.56). Ancak hemen belirtmemiz gerekir ki bu varsayım bizce yerinde değildir. Zira kusur ve ayırt etme gücünün varlığı ile zararın belirlenmesi hususunda hukuk mahkemesinin ceza mahkemesinden bağımsız olması, bahsedilen kavramların ceza hukuku ve medeni hukuk bağlamında birbirinden farklı olmasından kaynaklıdır. Başka bir deyişle ceza mahkemesinde sözü geçen kusur ya da ayırt etme gücü kavramı ile bu kavramların hukuk mahkemesindeki anlamları birbirinden farklıdır. Kavramların mahiyetleri birbirlerinden farklı olduğu için ceza mahkemesi kararının hukuk mahkemesinde etki etmemesi, kamu düzenine aykırılık teşkil etmez. Bu noktada önem taşıyan husus, zarar suçlarıdır. Zarar suçları, fiilin işlenmesiyle suçun konusunun zarar gördüğü suçlardır. İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Seçkin Yayınevi, Ankara, 2024, s. 22. Kanımızca kişi, bir zarar suçunu işlediğinden bahisle mahkûm edilmişse hukuk mahkemesi artık zararın var olup olmadığını tartışamaz. Zira ceza mahkemesince zararın varlığı tespit edildikten sonra hukuk mahkemesinin zararın olmadığı yönünde hüküm kurması bir çelişkiye neden olur. Giderek, TBK m.74’ün lafzı da bu sonuca aykırı değildir. Hükme göre “ceza hâkiminin (...) zararın belirlenmesine ilişkin kararı (...) hukuk hâkimini bağlamaz”. Burada bağlayıcı olmayan zararın miktarıdır yoksa zararın varlığı ya da yokluğu değildir.

olumlu etkisi kavramı bağlamında anlaşılmaktadır⁹⁷. Ancak bu madde, kesin hükümün olumlu etkisi olarak adlandırılan bağlayıcı etki ile alakalı bir düzenleme değildir. Her şeyden önce HMK m.204/I hükmü, resmî ve adi senetlerin ispat kuvvetleri ile bunların sahteliklerinin ileri sürülmesi ve sahtelik iddiasının tâbi olduğu inceleme usulüne ilişkin kurallar arasında düzenlenmiştir. Düzenlemenin bulunduğu yer dikkate alındığında kanun koyucunun esasen ilamların “resmî makamlar tarafından verilen birer belge” olma yönünü dikkate alarak bunlara kesin delil niteliği tanıdığı anlaşılmaktadır⁹⁸. Keza düzenlemede “kesin hüküm” ifadesinden değil ilamdan bahsedilmektedir. Kesin hükümden farklı olarak ilam, kararın taraflara verilen imzalı birer örneğidir. Bir ilamdan bahsedilmesi için mahkemece verilen kararın kesinleşmesi gerekmediği gibi bu kararın mutlak surette hukuk mahkemelerince verilmiş olması da aranmaz⁹⁹. Bu bağlamda ceza yahut idare mahkemesince verilen kararlar da ilam niteliğini haizdir. Maddede, mahkemelerce verilen kararlara bir delil kuvveti yüklenmek istediğinden maddi anlamda kesin hükümün şartlarını taşıyın yahut taşımasını tüm mahkeme kararları kesin delil niteliği taşır¹⁰⁰. Yine HMK m. 204/III’te “mahkeme, yukarıdaki belgelerden biri hakkında şüphe uyandıran bir hâl görürse, ilgili daireden açıklama isteyebilir” ifadesine yer verilmiştir. Öncelikle bu cümlede geçen “yukarıdaki belgelerden biri” ifadesi, ilamların da belge niteliği dikkate alınarak bu maddede yer verildiğini gösterir¹⁰¹. İkinci olarak, HMK m. 204’te sayılan belgeler hakkında şüphe duyulması durumunda şüphenin giderilmesi için açıklama istenmesinin mümkün olduğu belirtilmiştir. Şayet burada kesin hükümün olumlu etkisi düzenlenmiş olsaydı tereddüt oluşması durumunda ilgili daireye başvuru gibi bir usul öngörülmüş olmazdı. Zira

⁹⁷ Atalı, s. 2073; Kuru, C. V, s. 5053, 5067; Yılmaz, s. 2493; Özkaya Ferendeci, s.107 d. 409.

⁹⁸ Belgin Güneş, s.156; Sadıkhzade, Abulfaz. *Kesin Hükümün Olumlu Etkisi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2024, s. 40; Budak, Ali Cem/ Karaaslan, Varol. *Medeni Usul Hukuku*, 6. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2022, s. 341. Kanımızca bu durum maddenin gerekçesinden açıkça anlaşılmaktadır. HMK m. 204’ün gerekçesine göre: “Maddede resmî senetlerin ispat gücü, açık ve yalın şekilde düzenlenmiştir. Madde metninde 1086 sayılı Kanundaki hükme göre esaslı bir değişiklik yapılmamıştır. Ancak konunun daha anlaşılır olması için, ilgililerin beyanına dayanılarak noter senetlerine geçirilen kayıtlarla, diğer yetkili memurların görevleri içinde usulüne uygun olarak düzenledikleri belgelerin, aksi sabit oluncaya kadar kesin delil sayılacağı hususu, ilâmlar ve düzenleme şeklindeki noter senetlerinden farklı olarak ayrı bir fıkra hâlinde düzenlenmiştir. Bu maddede resmî belgeler düzenlendiği için, maddede belirtilmemekle birlikte, ilâmlar ile veya noterde düzenleme şeklinde yapılan senet kuvvetinde sayılan belgelerin de, bu madde kapsamında kabul edilmesi gerekir. Örneğin: Mahkeme huzurunda yapılan sulhler, resmî vasiyetname düzenlenmesi ve tereke tespiti gibi resmî belgeler de resmî senet kuvvetine sahiptir”.

(<https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d23/c089/tbmm23089050ss0393.pdf> E.T. 08.01.2024). İsviçre Medeni Usul Kanunu’nun (ZPO) HMK m. 204’e karşılık gelen 179’uncu maddesinin uygulanmasında da aynı esas kabul edilmektedir. İlgili maddeye göre “kamu sicilleri ve resmî belgeler, içeriklerinin yanlış olduğu kanıtlanmadıkça, gösterdikleri olguları tam bir şekilde ispatlar”. Burada bahsedilen resmî belgeler ise kimlik kartları, pasaportlar, tapu sicili ve mahkeme kararları gibi yetkili mercilerce yasada öngörülen şekle uygun olarak düzenlenen belgelerdir. Mahkeme kararları da tıpkı diğer kamu otoritelerinin görevleri çerçevesinde verdiği belgeler gibi aksi ispat edilene kadar içerdikleri olguları tam bir şekilde ispatlar (Weibel, Thomas. *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO)* (Schulthess Juristische Medien AG, 2016), 1348 Art. 179, Nr. 5; Rüetschi, Sven. *ZPO, Band I: Art. 1-149 Schweizerische Zivilprozessordnung* (Stämpfli Verlag AG, 2012), 1872 Art. 179, Nr. 7; Thomas Sutter-Somm - Benedikt Seiler, *Handkommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung Art. 1-408 ZPO* (Schulthess Juristische Medien AG, 2021), 731 Art. 179, Nr. 1). Gerek HMK m. 204’ün gerekçesinde gerek İsviçre doktrininde kabul edildiği üzere, mahkeme kararları resmî belge niteliğindedir. Bu nedenle mahkeme kararları, kesinleşmiş olsun olmasın aksi ispatlanana kadar kesin delil sayılır.

⁹⁹ Akkan, s. 15-16; Belgin Güneş, s.156.

¹⁰⁰ Belgin Güneş, s.156; Akkan, s. 12. Nitekim aynı işçi ve işveren arasında, aynı çalışma ilişkisine dayalı olarak açılan işçilik alacağının tahsiline yönelik davada kabul edilen ücret miktarının, prime esas alacağın tespiti istemli davada delil etkisi göstermesi bunun bir örneğidir. Ancak Yargıtay, bu davalarda verilen kararların birbirleri açısından kesin delil değil, kuvvetli delil niteliğinde olduğu görüşündedir. Bu yönde bkz. Yargıtay HGK., E. 2022/650 K. 2023/483 T. 17.5.2023 (<https://www.lexpera.com.tr/> E.T. 09.01.2024).

¹⁰¹ Sadıkhzade, s. 40.

bir mahkemeye, vermiş olduğu kararın gerekçesi hakkında şüphe duyulması nedeniyle başvuru yapılması mümkün değildir. Böyle bir durumda mahkeme yalnızca davada delil olarak ileri sürülen ilamın, karar veren mahkemenin kararlar kartonunda bulunan örneği ile kendisine ibraz edilen örneğin aynı olup olmadığı konusunda karar veren mahkemeye başvurabilir¹⁰².

Bağlayıcı etkinin temelinde HMK m.204 hükmünün yattığı fikri, ceza mahkemesince verilen kararın hukuk mahkemesince re'sen araştırılamaması ile de muvafıktır. Daha açık bir anlatımla şayet bağlayıcı etkinin sebebi kamu düzeni, kanun hükmünün uygulanması ya da kesin hüküm etkisi olsaydı hukuk mahkemesinin görmekte olduğu uyuşmazlığa ilişkin daha önceden bir ceza mahkemesi kararının bulunup bulunmadığını araştırması gerekirdi. Zira bunların tamamı re'sen gözetilmesi gereken hususlardandır. Ancak yukarıda da belirtildiği gibi istisnai hâller dışında ceza mahkemesi kararları hukuk mahkemesinde kesin hükmün olumlu ya da olumsuz etkisini doğurmaz. Re'sen araştırma ilkesinin istisnasını teşkil eden bir durumun da açıkça kanunda düzenlenmiş olması gerekir. Hukuk mahkemesi hâkimi ceza mahkemesi kararlarının hukuk mahkemesinde kesin hüküm teşkil etmesinin mümkün olduğu istisnai hâller haricinde önüne gelen uyuşmazlıkla ilgili olarak önceden bir ceza mahkemesi kararının verilmiş olup olmadığına bakamaz. Ceza mahkemesi kararının HMK m.204/I bağlamında resmî belge olarak kabul edilmesi durumunda hukuk mahkemesinin re'sen araştırma yapma yükümü de ortadan kalkmaktadır. Medenî yargılamada cari taraflarca getirilme ilkesi (HMK m. 25) fehvasınca kanunda istisna öngörülmediği müddetçe hâkim delil toplayamaz. Ceza mahkemesi kararının da bir *resmî belge* olduğu kabulünde hukuk mahkemesi re'sen ceza mahkemesi kararını dikkate alamaz. Bu nedenle taraflarca dosyaya dâhil edilmediği müddetçe ceza mahkemesi kararı, hukuk mahkemesini etkilemez. Ceza mahkemesi ile hukuk mahkemesi arasındaki bağlayıcı ilişkinin temelinde sair sebeplerin yattığının kabulü hâlinde hukuk mahkemesinin niçin re'sen araştırma ilkesine istinaden ceza mahkemesi kararına dayanarak karar vermediği sorusu teorik olarak cevapsız kalmaktadır. Ancak mesele HMK m. 204/I çerçevesinde ele alındığında ceza mahkemesi kararının hukuk mahkemesinde dikkate alınması için taraflarca dosyaya getirilmesi gereği açıklığa kavuşur.

III. CEZA MAHKEMESİ İLE HUKUK MAHKEMESİ KARARLARI ARASINDAKİ İLİŞKİ

Ceza mahkemesince verilen kararların hukuk mahkemesinde niçin etki doğurduğu tespit edildikten sonra bu etkinin hangi hâllerde doğduğunun belirlenmesi gerekir. Ceza mahkemesince verilen çeşitli kararlar bakımından hukuk mahkemesinin durumu aşağıda ayrıntılı bir biçimde incelenmiştir.

A. Mahkûmiyet Kararı

Sanığın atılı suçu işlediğinin sabit olması durumunda sanık hakkında mahkûmiyet kararı verilir (CMK m. 223/V). Mahkûmiyet kararı verilebilmesi için duruşmada kabul edilen ve tartışılan delillerin, kişinin suç işlediğini kesin bir şekilde gösterdiğine mahkemenin tam anlamıyla kani olması gerekir¹⁰³. Aksi takdirde CMK m.223/ II- e hükmü iktizasınca sanık hakkında beraat kararı

¹⁰² Budak/ Karaaslan, s. 341.

¹⁰³ Yalçın, s. 34; Özbek/ Doğan/ Bacaksız, s. 720; Dülger/ Taşkın, s. 753; Şahin/ Göktürk, s. 545; Evirgen, s. 58.

verilmelidir. Mahkûmiyet kararının verilmesi durumunda gerekçede gösterilmesi gereken hususlar CMK m. 230/I’de belirtilmiştir. Sanık hakkında mahkûmiyet kararı verilmesi durumunda bu kararın hukuk mahkemesini hangi açılardan nasıl etkilediği ayrı ayrı incelenmelidir.

1. Fiil

Fiil, bir hareket yapmak yahut yapmamak şeklinde ortaya çıkan iradi davranıştır¹⁰⁴. Bir hareket yapmama şeklindeki davranışın hukuken fiil niteliğinde olması için, hareketsiz kalan kişiye hukuk düzeni tarafından belirli bir şekilde davranma yükü getirilmiş olmalıdır¹⁰⁵. Ancak bir görüşe göre olumsuz fiilin bu tanımı, haksız fiilin “hukuka aykırılık” ve “fiil” unsurlarını birbirine karıştırmaktadır. Bu görüşe göre şayet fail hareketsiz kaldığı yerde harekete geçmiş olsaydı “hukuken önemli bir netice” meydana gelmeyecek idiyse failin hareketsizliği hukuken fiil sayılır¹⁰⁶.

Ceza mahkemesince verilen kararın hukuk mahkemesinde görülmekte olan davanın fiilin unsuru bakımından bağlayıcı olduğunda tereddüt etmemek gerekir. Ceza mahkemesi hâkimi, hukuk mahkemesi hâkimine göre daha geniş araştırma yetkisini haizdir. Bir fiilin bir kimse tarafından işlendiği yahut işlenmediği yönündeki maddi vakıanın tespiti, hukuk mahkemesini kesin bir biçimde bağlar¹⁰⁷. Ancak bu bağlayıcı etkinin doğması için ceza mahkemesince yapılan tespitim hiçbir şüpheye yer vermez biçimde açık olması gerekir¹⁰⁸. Şayet ceza mahkemesince verilen kararda, bir fiilin bir kimseden sadır olduğu ya da olmadığı, bir maddi olgunun vuku bulduğu ya da bulmadığı gibi tespitlere yer verilmişse hukuk hâkimi bu tespitlere imtisal ile mükelleftir¹⁰⁹. Bir mahkûmiyet kararının verilmesi durumunda fiilin sanık tarafından işlendiği tespit edildiğinden, mahkûmiyet kararları fiilin tespiti yönünden hukuk mahkemesi hâkimini bağlar.

Kanımızca da ceza mahkemesince verilen kararda fiilin bir kimseden sadır olduğu yahut olmadığı yönünde tespit yapılmışsa artık bu tespit hukuk hâkimini bağlar. Giderek, bağlayıcı etki yalnızca fiiller açısından değil, tüm maddi olgular açısından söz konusu olmalıdır. Örneğin (A), sahte kâğıt paralar üretmiş ve bu kâğıt paralarla (B)’ye olan borcunu ödemiştir. Savcılığın durumdan haberdar olması üzerine (A), TCK m. 197 bağlamında “Parada Sahtecilik Suçu” işlediğinden bahisle cezaya mahkûm edilmiştir. Durumu öğrenen (B)’nin borcunun ödenmediğinden bahisle (A)’ya dava açması durumunda hukuk mahkemesi artık paraların sahte olup olmadığını inceleyemez. Zira paraların sahteliğine dair maddi olgu ceza mahkemesince açık bir biçimde tespit edilmiştir¹¹⁰. Ceza

¹⁰⁴ Oğuzman, Kemal/ Öz, M. Turgut. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 12. Baskı, c. II, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016, s. 13; Eren, *Borçlar Genel*, 2019, s. 583; Dişel, Buse. “Ceza Mahkemesi Kararının Hukuk Mahkemesi Kararına Etkisi ve Bekletici Sorun Yapılması”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 11, Özel Sayı, 2009, s. 191; Kapancı, s. 520.

¹⁰⁵ Oğuzman/ Öz, s. 13.

¹⁰⁶ Eren, *Borçlar Genel*, 2019, 586.

¹⁰⁷ Yılmaz, s. 2134; Kuru, C. V, s. 5112; Tok, s. 443; Atalı, s. 2076; Yavuz, Özge Ceren. “Ceza Mahkemesi Kararlarında Meşru Savunma ve Zorunluluk Halinin Hukuk Mahkemesi Kararlarına Etkisi”, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. I, S. 2, 2018, s. 128; Kılıçoğlu, “İlişki”, 202; Belgin Güneş, s.161; Kapancı, s. 520.

¹⁰⁸ Yılmaz, s. 2141; Kuru, C. V, s. 5142.

¹⁰⁹ Atalı, s. 2076.

¹¹⁰ Bu verili olay, ceza mahkemesi kararlarının hukuk mahkemesinde etki göstermesinin temelinde kesin hüküm etkisinin yatmadığının da güzel bir örneğini oluşturur. Zira parada sahtecilik suçuyla korunmak istenen değer, kamu yararıdır. Suçun koruduğu değer, sahte parayı kabul eden kişinin malvarlığı menfaati olmadığından suçun mağduru toplumdur. Bkz. Meraklı, Serkan. “Parada Sahtecilik Suçu (TCK m. 197)”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 26, S. 2, 2020, s. 731-32, 736. Böylelikle sahte parayı kabul eden, ceza yargılamasında mağdur

mahkemesinin kararı, burada *adeta* bir tanıklık görevi ifa etmektedir. Mahkeme, verdiği kararla bir vakıanın oluşuna dair bilgiyi ortaya koymaktadır. İşte bu nedenle bir vakıanın ceza mahkemesince yaşandığı yahut yaşanmadığı tespit edildikten sonra bu tespitin hukuk mahkemesini bağlamaması mantıki çelişkiye neden olduğundan ceza mahkemesinin yaptığı maddi olguya dair tespit hukuk mahkemesini bağlar¹¹¹.

2. Hukuka Aykırılık

Başkalarının hukuk tarafından koruma altına alınmış varlıklarına müdahaleyi yasaklayan ya da zararı önlemek amacıyla belirli bir davranışta bulunmayı emreden kuralları ihlal eden davranışlar, olayda hukuka uygunluk nedenlerinden birinin bulunmaması durumunda hukuka aykırılık arz ederler¹¹². Bu noktada hukuka aykırılık bağının kurulması da önem taşır. Zira hukuka aykırı fiilden dolayı tazminat istenebilmesi için ihlal edilen kuralın hukuki koruma alanına mutazarrırın korunması da girmelidir¹¹³. Ayrıca hukuka aykırılıktan bahsetmek için, olayda hukuka aykırılığı izale eden sebeplerden birinin de bulunmaması gerekir¹¹⁴.

Ceza mahkemesince verilen kararın hukuk mahkemesi hâkimini hukuka aykırılık unsuru bakımından bağlayıcı olup olmadığı tartışmalıdır. Bir görüşe göre her ne kadar TBK m. 74 hükmünde kusurun tespiti açısından hukuk mahkemesi hâkiminin ceza mahkemesi kararıyla bağlı olmadığı belirtilmişse de haksız fiilin diğer unsurları açısından kanunî bir düzenlemenin olmaması maddede sayılmayan sair unsurlar bakımından bağlılığın bulunduğu yanılığını uyandırmamalıdır. Hukuk mahkemesi hâkimi, gerekçelendirmek şartıyla ceza mahkemesince verilen karardan ayrılabilir. Bu durum, hukuka aykırılık unsuru bakımından da geçerlidir¹¹⁵.

Hukuka aykırılık unsurunun bağlayıcı olduğunu savunan görüşe göre özel hukuktaki hukuka aykırılık unsuru ile ceza hukukundaki hukuka aykırılık unsuru birbirine paraleldir. Suçun kanunî unsura uyması (tipikliğin varlığı) ile hâlihazırda hukuka aykırı bir fiilden bahsedilir. Tipiklik, kanun tarafından yasaklanmış bir fiilin ika edilmesi demek olduğuna göre bir yasağın çiğnenmesi ile fiil de hukuka aykırı olur¹¹⁶. Ancak belirtmek gerekir ki bir ceza normunun ihlal edilmesi sonucunda hukuk mahkemesinde açılan davada tazminata hükmedilmesi için hukuka aykırılık bağının da kurulması gerekir. Şayet suçla korunan değer mağduru koruma amacı gütmüyorsa hukuka aykırılık bağının bulunmaması nedeniyle haksız fiile dayanarak tazminat talep edilmesi mümkün olmaz¹¹⁷. Yargıtay

konumunda da olmadığı için hukuk yargılaması ile ceza yargılaması açısından taraf ayniyeti hiçbir şekilde meydana gelmez. Taraf ayniyetinden de söz edilmesi mümkün olmadığından, iki yargılama açısından kesin hüküm etkisi doğmaz. Ancak ceza yargılamasında paranın sahte olduğunun kabul edilmesi durumunda aynı paranın sahte olduğunun hukuk mahkemesinde de kabul edilmesi gerekir. Kesin hüküm etkisinin doğmasının mümkün olmadığı bu hâlde paranın sahte olduğunun ceza mahkemesince tespit edilmiş olması bizim görüşümüz çerçevesinde HMK m. 204/I bağlamında hukuk hâkimini bağlar.

¹¹¹ Yargıtay'ın da görüşü bu yöndedir. Bkz. 11. HD., E. 2023/4793 K. 2024/6689 T. 23.9.2024 (<https://www.lexpera.com.tr/> E.T. 12.01.2024). HGK., E. 2022/660 K. 2023/1066 T. 8.11.2023 (<https://www.lexpera.com.tr/> E.T. 05/03/2025).

¹¹² Kapancı, s. 524; Dişel, s. 194; Eren, *Borçlar Genel*, 2019, 660; Bahattin Aras, *Huku ve Ceza Mahkemesi Kararlarının Birbirine Etkisi*. Yetkin Yayınevi, Ankara, 2014, s. 121.

¹¹³ Oğuzman/ Öz, s. 15.

¹¹⁴ Eren, *Borçlar Genel*, 2019, 676; Oğuzman/ Öz, s. 21; Kapancı, s. 524.

¹¹⁵ Eren, *Borçlar Genel*, 2019, 933; Willi/ Fabian, "OFK Art. 53", par. 7.

¹¹⁶ Dişel, s. 196; Kapancı, s. 525; Aras, *Kitap*, 121.

¹¹⁷ Aras, *Kitap*, 121-22; Kapancı, s. 525; Dişel, s. 196.

da hukuka aykırılığa dair ceza mahkemesince yapılan tespitin hukuk mahkemesini bağladığı kanaatindedir¹¹⁸.

Kanımızca sanık hakkında mahkûmiyet kararı verilmesi, bu nedenle de sanığın işlediği fiilin hukuka aykırı olduğunun tespiti hukuk mahkemesi hâkimini kural olarak bağlamaz. Bir fiil ceza hukuku hükümlerini ihlâl ettiği için suç oluşturabilir. Ancak bu suç oluşturan fiilin, her durumda borçlar hukuku anlamında *“başkalarının hukuk tarafından koruma altına alınmış varlıklarına müdahaleyi yasaklayan ya da zararı önlemek amacıyla belirli bir davranışta bulunmayı emreden kuralları”* ihlâl ettiği söylenemez. Nitekim bir ceza normunun kişilerin mutlak hakkını korumak amacıyla ihdas edilmiş olması mümkünken toplumsal düzen, kamu sağlığı ve sair gerekçelerle ihdas edilmiş olması da pekâlâ mümkündür. İşte toplumsal düzeni korumayı matuf ceza hukuku kuralları gibi normların ihlâl edilmesi durumunda fiilin ceza hukukuna aykırı olduğu ve suç oluşturduğu izahtan varestedir. Ancak bu fiil sebebiyle tazminata hükmedilmesi için hukuka aykırılık bağının özel olarak kurulması gerekir. Şayet hukuka aykırılık bağı özel olarak kurulmamışsa fiilin hukuka aykırı olmasından bahisle tazminat istenmesi mümkün değildir. Keza bir fiil borçlar hukuku bağlamında hukuka aykırı olması nedeniyle tazminatı gerektirebilir. Ancak bu fiilin mutlak surette maddi ceza hukuku normlarında suç olarak tanımlanması gerekmez. Görüldüğü üzere ceza hukuku ve borçlar hukuku birbirinden farklı disiplinler olduğu için bu disiplinlerden birinde hukuka aykırı olarak kabul edilen fiilin muhakkak surette diğer disiplin açısından da hukuka aykırı olduğu sonucuna varılması mümkün değildir. Bu nedenlerle fiilin hukuka aykırılığı yönündeki tespitin hukuk hâkimini bağlamaması gerektiği kanaatindeyiz¹¹⁹.

Hukuka aykırılık başlığı altında tartışılması gereken bir diğer mesele, zorunluluk hâlidir. Zorunluluk hâlinin hukukî mahiyeti tartışmalıdır. Doktrindeki bir görüşe göre zorunluluk hâli hem hukuka uygunluk nedeni hem de kusuru ortadan kaldıran hâlin örneğini oluşturabilir. Böylelikle CMK m.223/III-b’ye göre zorunluluk hâlinin söz konusu olduğu durumlarda *“kusurunun bulunmaması dolayısıyla ceza verilmesine yer olmadığı kararı”* verilmesi gerektiğine dair hüküm TCK ile uyumlu hâle gelir. Gerçekten de TCK m. 25’te meşru müdafaa ve zorunluluk hâli birlikte düzenlenmiştir. Aynı maddede düzenlenen iki kurum açısından bu kurumlardan birinin hukuka uygunluk nedeni, diğerinin kusurluluğu etkileyen neden olarak değerlendirilmesi sistematik yorumla bağdaşmaz. Bu nedenle zorunluluk hâli, *“hukuka uygunluk nedeni olan zorunluluk hâli”* ve *“kusuru ortadan kaldıran zorunluluk hâli”* olarak ikiye ayrılır. *“Kusuru ortadan kaldıran zorunluluk hâli”* söz konusu olduğunda çaresizlik içinde ika edilen bir fiil vardır. Böyle durumlarda kişi, ağır bir ruhsal baskı altında olduğundan kendisinden makul ve orta düzeyde bir insanın sergilemesi gereken davranışı sergilemesi beklenemez. Kusuru ortadan kaldıran zorunluluk hâlinin söz konusu olduğu durumlarda bir mücbir sebep bulunur ve giderilmesi mümkün bir vicdan dilemması da yoktur. Bu noktada *“hukuka uygunluk nedeni olan zorunluluk hâli”* ile *“kusuru ortadan kaldıran zorunluluk hâli”* arasındaki fark ortaya çıkar. Olayda şayet failin menfaatleri tartıp bir menfaat yönünden karar

¹¹⁸ 3. HD., E. 2023/4089 K. 2024/2441 T. 23.9.2024 (<https://www.lexpera.com.tr/> E.T. 09.01.2024).

¹¹⁹ Bu yönde bkz. Eren, *Borçlar Genel*, 2019, 933; Willi/ Fabian “OFK Art. 53”, par. 7. Ceza hukukunda yasaklı fiilin genellikle haksız fiil hukuku bağlamında da hukuka aykırılık unsurunu sağladığı ancak normun koruma amacı bağlamında hukuk hâkiminin bu hususta değerlendirme yapması gerektiği yönünde Antalya, Gökhan. *Marmara Hukuku Yorumu Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. 2. Baskı, c. V/1, 2 Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019. s. 632.

vermesi mümkünse “*hukuka uygunluk nedeni olan zorunluluk hâli*” mevzubahistir¹²⁰. Doktrindeki bir başka görüş de yine zorunluluk hâlini “*hukuka uygunluk nedeni*” ve “*mazeret nedeni*” olarak ikiye ayırmaktadır. Ayrımın temelinde ise ihlâl edilen hukukî yarar ile korunmak istenen hukukî yarar arasında bir değerlendirme yapılması yatar. Zorunluluk durumu dâhilinde ihlâl edilen hukukî yarar eğer korunmak istenen hukukî yararla eşit önemde yahut bundan daha önemli ise mazeret nedeni teşkil eden zorunluluk hâli söz konusudur. Ancak korunmak istenen hukukî yarar, ihlâl edilen hukukî yarardan önemli derecede üstün ise zorunluluk durumu bir hukuka uygunluk nedeni teşkil eder¹²¹. Bu görüş, hukuka uygun bir fiilin söz konusu olduğu durumlarda hukukî değer ihlâlinden bahsedilmesinin mümkün olmadığı, keza hukukî bir değer ihlâl edildiği durumlarda fiilin hukuka aykırı olduğu gerekçesiyle eleştirilmiştir¹²².

Doktrindeki diğer bir görüşe göre¹²³ zorunluluk hâli bir mazeret sebebidir. Mazeret sebebinin bulunması durumunda işlenen fiil haksız olma niteliğini koruyorsa da fail kusurlu addedilmemektedir. İka edilen fiil nitelik olarak haksızlık teşkil etse de failin fiile yönelik irade kabiliyetinin bulunmaması yahut iradesinin etkilenmesi mazur sayılmasına neden olur¹²⁴. Kişi, davranış normlarına uygun hareket etme ihtiyarını haiz değilse kusurlu sayılmaz. Bundan dolayıdır ki mazeret nedenleri kusurluluğu etkileyen sebeplerin farklı bir görünüş biçimidir. Kusurluluğu etkileyen sebeplerle zorunluluk hâli arasındaki fark ise kusuru ortadan kaldıran durumlarda kişi hakkında tedbir uygulanması mümkünken zorunluluk hâlinin varlığında faile tedbir uygulanmasının söz konusu olmamasıdır. Zorunluluk hâlinin kusuru etkileyen neden olarak kabul edildiği TCK m.

¹²⁰ Zafer, Hamide. *Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1- 75*, 8. Baskı, BETA Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul, 2021, s. 408-9; İçel, Kayhan. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 7. Baskı, BETA Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul, 2023, s. 364; Dönmezer, Sulhi/ Erman, Sahir. *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, 14. basıdan 15. tıpkı baskı, c. II, Der Yayınları, İstanbul, 2021, s. 362.

¹²¹ Kangal, Zeynel. *Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu*. Seçkin Yayınevi, Ankara, 2010, s. 48, 55; Demirbaş, Timur. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. 19. baskı Seçkin Yayınevi, Ankara, 2024, s. 336. Örneğin bir dağcı aniden bastıran kar fırtınası nedeniyle yolunu kaybeder ve dağcının hayatı tehlikeye girer. Dağcı, yakınlarda bir kulübe olduğunu fark eder, kulübenin kapısını kırarak kulübeye sığınır. Bu durumda hukuka uygunluk nedeni olan zorunluluk hâli söz konusu olur zira burada korunmak istenen hukukî değer olan yaşam hakkı, ihlâl edilen mülkiyet ve konut dokunulmazlığı hakkından önemli derecede üstündür. Diğer bir olayda aynı ipe bağlı olarak kaya tırmanışı yapan iki kişiden yukarıda olanı ipin ağırlığı taşımadığını ve kopmak üzere olduğunu fark eder. Dağcı, ipin kopması önlemek için alttaki dağcı ile arasında kalan kısmı keser. Alttaki dağcı yere çakılarak hayatını kaybeder ancak üstteki dağcı kurtulur. Bu durumda feda edilen değer ile korunmak istenen değer aynı olduğundan olayda hukuka uygunluk nedeni değil kusurluluğu etkileyen zorunluluk hâli bulunur. Bu yönde ve yaşam hakkı söz konusu olduğunda niceliğin dikkate alınması gerekip gerekmediğine dair bkz. Özbek/ Doğan/ Bacaksız, s. 418 dn. 624. Zorunluluk hâlini hukuka uygunluk nedeni ve mazeret nedeni olarak ikiye ayıran başka bir görüş ise failin başka türlü davranma seçeneği olmaması durumunda hukuka uygunluk nedeni olan zorunluluk hâlinin bulunduğunu ancak bunun için korunmak istenen değer ihlâl edilen değere nispeten mutlak surette ve önemli derecede üstün olması gerektiğini ifade etmektedir. Bu nedenle mazeret nedeni olan zorunluluk hâli yalnızca kişinin kendi akrabası ya da yakını açısından gündeme gelirken hukuka uygunluk nedeni olan zorunluluk hâlinde tehlikenin failin kendisinin yanında herhangi bir üçüncü kişiye karşı da yönelmesi gereklidir. Hukuka uygunluk sebebinde korunmak istenen hukukî yarar, zarar gören hukukî yarara nispetle üstün olduğundan bu yararın kime ait olduğu önemli değildir. Ancak mazeret nedeni olan zorunluluk hâlinde zarar gören hukukî yarar ile korunmak istenen hukukî yarar birbirine eşit olduğundan korunmak istenen yararın faile yahut failin yakınına ait olmalıdır. Bu yönde bkz. Özbek/ Doğan/ Bacaksız, s. 418-19.

¹²² Özgenç, s.499 dn. 812.

¹²³ Özgenç, 498 vd. Dülger, Murat Volkan. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2023, s. 647; Koca, Mahmut/ Üzülmüş, İlhan. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. 17. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2024, s. 349.

¹²⁴ Dülger, s. 649; Özgenç, s.499; Koca/ Üzülmüş, s. 351.

25'in gerekçesinde vurgulanmış¹²⁵, CMK m. 223/II-d'de hukuka uygunluk nedenlerinin bulunması durumunda beraat kararı verilmesi gerektiği hüküm altına alındıktan sonra zorunluluk hâlinin bulunması dolayısıyla ceza verilmesine yer olmadığına hükmedilmesi gerektiği ifade edilmiştir (CMK m. 223/III-b). Bu düzenlemeler birlikte ele alındığında zorunluluk hâlinin kusuru etkileyen bir neden olarak ittihaz edildiği açık biçimde görülmektedir¹²⁶. Yine zorunluluk hâli her ne kadar TBK m. 63'te hukuka uygunluk nedeni olarak sayılmış olsa da bu hâle ilişkin olarak bir tazmin yükümlülüğünün belirlenmiş olması, kendi içinde çelişiktir¹²⁷. “*Hukuk düzeninin bütünlüğü prensibi*” gereğince bir fiilin aynı anda hem hukuka uygun hem hukuka aykırı ya da bir hukuk dalı açısından hukuka uygun başka bir hukuk dalı açısından hukuka aykırı olması kabul edilemez.

Kanımızca doktrindeki fikir ayrılıkları, zorunluluk hâlinin borçlar hukuku ve ceza hukukundaki anlamları dikkate alınarak değerlendirilmelidir. Ceza hukuku anlamında zorunluluk hâli söz konusu olduğunda zarar verilen hukukî yararın konusunun ne olduğu önem taşımaz¹²⁸. Bu nedenle eşit ya da daha üstün bir hakkın korunması amacına matuf olmak şartıyla üçüncü kişinin vücut bütünlüğünün ihlâl edilmesi de zorunluluk hâli kapsamında değerlendirilir. Örneğin yangından kurtulmak amacıyla bir başkasını ezen kimse, ceza hukuku anlamında zorunluluk hâlinde yararlanabilir¹²⁹. Bununla birlikte borçlar hukuku anlamında zorunluluk hâlinde bahsetmek için zararın mutlaka kişinin malvarlığına yönelmiş olması gerekir. Şayet üçüncü kişinin şahsına zarar verilmişse borçlar hukuku anlamında bir zorunluluk hâlinde bahsedilmesi mümkün değildir¹³⁰. Bu durum TBK m. 64/II'de “*kendisini veya başkasını açık ya da yakın bir zarar tehlikesinden korumak için diğer bir kişinin mallarına zarar verenin, bu zararı giderim yükümlülüğünü hâkim hakkaniyete göre belirler*” şeklinde ifade edilmiştir. Bu nedenle ceza hukukundaki zorunluluk hâli ile borçlar hukukundaki zorunluluk hâlinin kapsamının farklı olduğunu söylemek gerekir. Giderek, borçlar hukuku anlamında zorunluluk hâlinin bir hukuka uygunluk nedeni olduğu TBK m. 63/II'de “*(...) zorunluluk hâllerinde de fiil, hukuka aykırı sayılmaz*” cümlesiyle açıkça belirtilmiştir. Bu nedenle zorunluluk hâlinin borçlar hukuku yönünden bir hukuka uygunluk nedeni teşkil ettiği noktasında duraksanmamalıdır¹³¹. Öte yandan zorunluluk hâlinin ceza hukuku anlamında bir hukuka uygunluk

¹²⁵ “Maddenin ikinci fıkrasında, kusurluluğu ortadan kaldıran bir neden olarak zorunluluk (zaruret, ıztırar) hâli düzenlenmiştir: Zorunluluk hâlinde, kişinin, kendisinin veya başkasının sahip bulunduğu bir hakka yönelik bir tehlikeyi gidermek amacıyla gerçekleştirdiği davranış dolayısıyla, ceza sorumluluğu yoktur”. (<https://www.lexpera.com.tr/> E.T. 25/02/2025)

¹²⁶ Özgenç, s.501.

¹²⁷ Koca/ Üzülmüş, s. 350.

¹²⁸ Özbek/ Doğan/ Bacaksız, s. 419.

¹²⁹ Dönmezer/ Erman, s. 369.

¹³⁰ Eren/ Dönmez, s. 1458; Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. 28. Baskı, Legem Yayınevi, Ankara, 2023, s. 696; Tekinay, Selahattin Sulhi vd., *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993, 487; Günergök, Özcan/ Kayıhan, Şaban. *Borçlar Hukuku Dersleri Genel Hükümler*, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2024, s. 477.

¹³¹ Zorunluluk hâlinin borçlar hukuku anlamında hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edildiği yönünde bkz. Eren/ Dönmez, s. 1459; Eren, *Borçlar Genel*, 2023, 697; Tekinay vd., *Borçlar Genel*, 488; Günergök/ Kayıhan, s. 476. Ancak zorunluluk hâlinin hukuka aykırılığı gidermediği, başkasına verilen zararın hakkaniyetin gerektirdiği ölçüde giderilmesi gerektiği yönünde bkz. Antalya, s. 130. Doktrinde bazı yazarlar zorunluluk hâlinde kişinin tazminat ödeme yükü altında bulunmasını, işlenen fiilin hukuka aykırı olmasına istinat etmektedir. Bu yazarlara göre zorunluluk hâlinin hem hukuka uygun olduğunun kabul edilmesi (TBK m. 63) hem de kişinin tazminle yükümlü olması (TBK m.64) birbiriyle mütenakızdır. Tazmin yükümünün öngörülmesi ile fiil bir yaptırıma bağlanmış olduğundan zorunluluk hâlinde işlenen fiilin de hukuka aykırı kabul edilmesi gerekir Koca/ Üzülmüş, s. 349-50. Ancak hemen belirtmek gerekir ki zorunluluk hâlinde failin tazminat ödeme yükü altında bulunması fiilinin hukuka aykırı olmasından değil hakkaniyet gereği bir

nedeni değil de kusurluluğu etkileyen hâl olduğunun kabulü gerekir. Nitekim zorunluluk hâlinde işlenen fiil neticesinde hâkimin CMK m. 223/II-d'ye göre fiilin hukuka uygun olmasından bahisle beraat kararı vermesi değil aynı maddenin üçüncü fıkrasının b bendi gereğince ceza verilmesine yer olmadığı kararı vermesi gerekmektedir¹³². Zorunluluk hâline ilişkin TCK'de yer alan düzenlemenin gerekçesi de zorunluluk hâlinin bir hukuka uygunluk nedeni değil kusurluluğu ortadan kaldıran hâl olduğunu açıkça vurgulamaktadır. Tüm bu gerekçeler birlikte değerlendirildiğinde zorunluluk hâlinin ceza hukuku anlamında kusurluluğu etkileyen bir durum olduğu ve fakat hukuka uygunluk nedeni olmadığı sonucuna varılmalıdır. Sonuç olarak zorunluluk hâli, ceza hukuku ve borçlar hukuku alanlarında farklı bir mahiyet ittihaz etmektedir. Zorunluluk hâli ceza hukuku anlamında kusurluluğu etkileyen bir neden olarak kabul edilirken borçlar hukuku bağlamında hukuka uygunluk sebebi teşkil etmesi, *prima facie* “*hukuk düzeninin bütünlüğü prensibi*” ile uyumsuz görünmektedir. Ancak kanımızca bu durum ilgili prensip ile mütenakız değildir. Her şeyden önce bir hukuki kavramın içeriğinin, hukuk alanları arasında değişiklik göstermesi mümkündür. Örneğin ceza hukuku anlamında kusur kavramı ile borçlar hukuku anlamında kusur birbirinden farklı içeriktedir¹³³. Bu nedenle ceza yargılaması bağlamında bir kimse kusursuz kabul edilebilirken hukuk yargılaması açısından kişinin kusurlu kabul edilmesi mümkündür¹³⁴. Bu durumda aynı fiilden kaynaklı olarak aynı kişi bir yargılama kolunda kusurlu kabul edilirken başka bir yargılama kolunda kusursuz kabul edilmektedir. Ancak bu durum, kusur kavramına farklı yargılama kollarında farklı anlamlar hamledilmesinden ileri gelir. Ceza hukuku bağlamında kusurluluk değerlendirmesi yapılırken on iki yaşından küçüklerin mutlak anlamda cezaî ehliyetinin olmadığı ittihaz edilir. Bunun temelinde ceza siyaseti, küçüklerin rehabilitasyonu ve resosyalizasyonu gibi saikler yatmaktadır¹³⁵. Görüldüğü üzere kanun koyucu, çeşitli nedenlerle aynı faili, aynı fiili açısından ceza hukuku anlamında kusursuz kabul ederken borçlar hukuku anlamında kusurlu kabul etmektedir. Bu durumun “*hukuk düzeninin bütünlüğü prensibi*” ile çelişmediğini söylemek izahtan varestedir. Benzer bir durumun zorunluluk hâli için de söz konusu olmasının önünde hiçbir engel bulunmamaktadır. Zorunluluk durumunda kişi, zarar görenin neden olmadığı tehlikeli bir durum içerisinde. Bu durumdan kurtulmak için tehlikeye

denkleştirmenin sağlanmak istenmesinden kaynaklıdır. Gerçekten de hâkim zorunluluk durumunda tam bir tazminata değil, hakkaniyetin gerektirdiği uygun bir tazminata hükmeder (TBK m. 64/II). Tazminatın denkleştirme esasına dayanıyor olması da zorunluluk hâlinde ika edilen fiilin hukuka aykırı olmadığının bir göstergesidir. Bu yönde bkz. Tekinay vd., *Borçlar Genel*, 488; Eren, *Borçlar Genel*, 2023, 697; Eren/ Dönmez, s. 1459; Günergök/ Kayıhan, s. 476; Kara Kılıçarslan, Seda. “Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesine Dayanan Sorumluluğun Medeni Hukuk Çerçevesindeki Görünümü”, *Medeni Hukuk Dergisi* 1, S. 1, 2024, s. 109.

¹³² TCK'nin özel bölümünde de bazı suçlar açısından zorunluluk hâli düzenlenmiştir. Örneğin zorunluluk durumunda hırsızlık suçunun işlenmesi (TCK m. 147) yahut “*savaş zamanında düşman devlet toprağında bulunup da bu devlet ordusunda hizmete alınmak mecburiyetinde*” kalınması (TCK m. 303) durumlarında kişi hakkında cezaya hükmolunmaz ancak bu kişiler hakkında beraat kararı da verilmez. Buradan görüldüğü üzere zorunluluk hâli, TCK'de hukuka uygunluk nedeni olarak düzenlenmemiştir. Bu yönde bkz. Koca/ Üzülmüş, s. 351; Özgenç, s.501-2.

¹³³ Bkz. aş. III-A

¹³⁴ Örneğin henüz on iki yaşını doldurmamış çocukların mutlak bir biçimde cezaî sorumlulukları yoktur. Ancak bu, on iki yaşından küçük kimselerin işledikleri fiillerin mahiyetini algılayabilme yeteneğinden yoksun olduğu anlamına gelmez. Özgenç, s.473. Borçlar hukuku anlamında kusurluluğun tespiti ise herhangi bir yaş ile sınırlandırılmış değildir. Şayet fail, işlediği fiilin “sebeup, nitelik ve sonuçlarını” takdir edebiliyor ve buna uygun davranabiliyorsa kusurlu sayılır. Bu nedenle ayırt etme gücü nisbî bir kavramdır ve her olay bakımından ayrıca değerlendirilir. Eren/ Dönmez, s. 1164. Ceza yargısında on iki yaşından küçüklerin mutlak anlamda cezaî ehliyetinin olmadığının ittihaz edilmesinin temelinde ceza siyaseti, küçüklerin rehabilitasyonu ve resosyalizasyonu gibi saikler yatmaktadır. Özgenç, s.473. Kanun koyucu, çeşitli nedenlerle aynı faili, aynı fiili açısından ceza hukuku anlamında kusursuz kabul ederken borçlar hukuku anlamında kusurlu kabul etmektedir. Bu durumun “*hukuk düzeninin bütünlüğü prensibi*” ile çelişmediğini söylemek izahtan varestedir.

¹³⁵ Özgenç, s.473.

neden olmayan başka bir kimsenin hukuki değerlerine zorunlu olarak müdahalede bulunmaktadır. Kanun koyucu, failin içinde bulunduğu durum nedeniyle ceza hukuku bağlamında kusur kabiliyetinin etkilendiğinden bahisle norma uygun davranma yeteneğini yitirdiğini kabul etmiş ancak zorunluluk hâli nedeniyle hukukî yararları zedelenen kişinin de bu duruma kendisi sebep olmadığından ortaya çıkan hukukî yarar zedelenmesine tek başına katlanmasını uygun bulmamıştır. Burada da kanun koyucunun ceza ve tazminat siyasetine ilişkin bir tercihi söz konusudur. Ayrıca zorunluluk hâli, ceza hukuku bağlamında kusuru etkileyen bir neden olarak kabul edildiğinden hâkim, zorunluluk hâlinin varlığını tespit ettiğinde esasen failin kusur yeteneğine ilişkin bir değerlendirmede bulunmaktadır. Ceza hukuku ve borçlar hukuku bağlamında kusurluluk birbirinden farklı içeriktedir. Ceza mahkemesince verilen kararın hukuk mahkemesi hâkimini *kusur yönünden* bağlamadığı kanunda açıkça düzenlenmiştir (TBK m. 74/II). Ceza mahkemesince kusurluluğa ilişkin olarak yapılan tespitler hukuk mahkemesi hâkimini bağlamadığından ve zorunluluk hâline ilişkin ceza mahkemesi kararı kusurluluğa ilişkin bir tespit olduğundan zorunluluk hâlinin ceza mahkemesi ve hukuk mahkemesinde farklı nitelikte olması doğal bir sonuçtur. Zorunluluk hâlinin ceza hukuku ve borçlar hukuku alanlarında değişik sonuçlar doğurması bu kavramın sınırlarının ve kusur mefhumunun her iki hukuk dalında farklı içerikte olmasından kaynaklanmaktadır. Tüm bu sebeplerle kanımızca burada giderilmesi gereken bir çelişki de bulunmamaktadır¹³⁶.

3. Kusur

Ceza hukukunda bir fiilin haksızlık niteliği taşıyor olması ile o fiili işleyen kimsenin kusurlu olup olmadığı birbirinden net bir biçimde ayrılmıştır. Hukuk düzeninin davranış kurallarıyla yasakladığı fiil haksızlık teşkil eder. Hukuka aykırılık bağlamında yalnızca böyle bir fiilin işlenmiş olup olmadığı incelenir. Bir fiilin hukuka aykırı olup olmadığı, failinden mücerret bir biçimde nesnel olarak yapılır. Ancak işlenen fiilden failin sorumlu tutulabilir olup olmadığı, ika edilen haksız fiille ilgili olarak iradenin teşekkül koşullarını belirleyerek failin kınanmasının gerekip gerekmediği hususundaki yargı, kusuru ifade etmektedir¹³⁷. Kusurluluk, somut bir eylemle mürtebit fail hakkındaki yargı anlamına geldiğinden bir fiilden soyut olarak kişinin yaşam tarzı gereğince kusurlu olduğu söylenemez. Bununla birlikte kişinin hayat koşulları, gördüğü eğitim ve iktisadî konumu gibi hususlar kusurluluğun tespitinde önem taşır¹³⁸. Ceza hukuku bağlamında kast, kanunen suç olarak tanımlanmış eylemin haksız olduğu hususundaki unsurların bilinmesidir (TCK m. 21)¹³⁹. Kişinin ceza hukuku bağlamında kastının olduğundan söz edilmesi için suçun kanunî unsurlarını bilmesi gerekir. Kastta önem taşıyan şey, kişinin eylemlerinin bir gayeye matuf olarak yönlendirilmesidir. Ancak bu yönlendirmede kişinin hür iradesinin bulunması gerekmez. Giderek, “*yaş küçüğü, akıl hastası veya*

¹³⁶ Ceza hukuku ile borçlar hukuku arasında zorunluluk hâlinin niteliğinin farklı olduğu ve bu farkın uyumlaştırma yoluyla giderilmesi gerektiği yönündeki katılmadığımız görüş için bkz. Yavuz, s. 136.

¹³⁷ Özgenç, s.235, 459; Koca/ Üzülmüş, s. 312; Özbek/ Doğan/ Bacaksız, s. 366.

¹³⁸ Özgenç, s.235, 459.

¹³⁹ Kastın varlığından söz edilmesi için suçun unsurlarının somut vakıada sübut bulması yönündeki irade gereklidir. Ancak bu irade, kişinin eylemlerini hukukun gereklerine uygun yönlendirme yetisinin varlığı değil, fiilin mutlak kuvvet etkisinde ika edilmemiş olmasıdır. Her ne kadar kanunda “*kast, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir*” ifadesine yer verilmiş olsa da bir görüşe göre istemek kastın bir unsuru değildir. Kişi, bir fiilin vukuunu istemese de işlediği fiilin sonuçlarını öngörmüşse kasten hareket etmiş sayılmalıdır. Örneğin kişi, bir fiili ika etmeye mecbur bırakılmış olsa da fiilin muhtemel sonuçlarının bilincinde olması şartıyla kastla hareket etmiş sayılmalıdır. Özgenç, s. 245. Kastın varlığından bahsedilmek için isteme unsurunu da arayan görüş için bkz. Özbek/ Doğan/ Bacaksız, s. 264, 269 vd.

sarhoş” olan bir kişi dahi kasten hareket edebilir¹⁴⁰. Ancak yaş küçüklüğü ceza hukukunda kusurluluğu etkileyen bir neden olarak öngörülmüştür. On iki yaşından küçüklerin ceza hukuku anlamında mutlak bir biçimde cezaî sorumluluğunun bulunmadığı kabul edilmiştir (TCK m. 31/I). Ne var ki bu durum on iki yaşından küçük çocukların işledikleri fiillerin sonuçlarını takdir edebilme yeteneğinden mahrum olduğu anlamına gelmez. Kanun koyucunun bu yaş grubunu cezalandırmadan muaf tutmasının altında küçüklerin topluma kazandırılması, rehabilitasyonu ve tekrar suç işlemelerini önlemek gibi birtakım ceza siyaseti düşünceleridir¹⁴¹.

Özel hukuk alanında ise kusur, hukuk düzeninin kınadığı davranıştır^{142/ 143} ve hukuka aykırı bir davranışı gerekli kılar¹⁴⁴. Bu nedenle bir davranışın kusurlu olarak kabul edilmesi, onun hukuka aykırı olduğu sonucunu doğurur¹⁴⁵. Gerçekten de hukuka uygun davranan bir kimse bu davranışından dolayı kınanamaz¹⁴⁶. Borçlar hukuku anlamında kusurun ilki objektif, ikincisi subjektif olmak üzere iki unsuru vardır. Faille aynı şartlar altında bulunan makul, dürüst ve orta zekâda bir insanın göstermesi beklenen davranış tipinden failin davranışının sapma gösterip göstermediğine ilişkin değerlendirme kusurun objektif yönünü oluşturur¹⁴⁷. Kusurun, failin sorumluluk ehliyetine ilişkin olan kısmı ise subjektif yönü oluşturur. Nitekim işlenen fiilin zararlı sonucunun faile yüklenmesi için meydana gelen netice ile fail arasında subjektif bir bağ kurulması gerekir. Bahsedilen bu subjektif bağ, failin ayırt etme gücüyle ilgilidir. Ayırt etme gücünü haiz olmayanların kusur ehliyetine de sahip olmadıkları TMK m. 15’te belirtilmiştir. Ayırt etme gücü, kanunda menfi bir şekilde tanımlanmıştır. Bu tanıma göre *“yaşının küçüklüğü yüzünden veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmayan herkes, bu Kanuna göre ayırt etme gücüne sahiptir”*. Kanunda verilen bu tanımdan da anlaşıldığı üzere ayırt etme gücü, kişinin kendi fiillerinin nitelik ve neticelerini değerlendirme ve bu değerlendirmeye muvafık biçimde hareket edebilme yetisidir¹⁴⁸. Borçlar hukuku anlamında ayırt etme gücü nisbî bir kavramdır. Bir kimsenin ayırt etme gücünü haiz olup olmadığı tespit edilirken her olay açısından ayrı bir değerlendirme yapılması gerekir¹⁴⁹. Keza maddede *“yaşının küçüklüğü”* nedeniyle akla uygun davranma yetisi bulunmayan kişilerin kusur yeteneğinin olmadığı belirtilmiş,

¹⁴⁰ Özgenç, s.239.

¹⁴¹ Özgenç, s. 473.

¹⁴² Eren/ Dönmez, s. 1157; Antalya, s. 67. Ancak doktrinde subjektif teori dikkate alınarak kusur tanımı yapan yazarlara da rastlamak mümkündür. Buna göre *“kusur, hukuka aykırı sonucu istemek (kast) veya bu sonucu istemiş olmamakla beraber hukuka aykırı davranıştan kaçınmak için iradesini yeterince kullanmamaktır (ihmal)”*. Oğuzman/ Öz, s. 54.

¹⁴³ Kusura ilişkin olarak doktrinde iki farklı görüş bulunmaktadır. Bunlardan ilki subjektif teoridir. Subjektif teori fiili değil faili esas alır. Bir fiilin kusurlu olarak faile izafe edilmesi için onun psikik ve ahlakî durumu, eğitim seviyesi göz önünde bulundurulur. Kişi şayet sahip olduğu şahsi yetenek ve özellikleri, meslekî becerileri dikkate alındığında ika etmiş olduğu fiilin zarar verici niteliğini öngörebiliyor ve bundan kaçınabiliyorken kaçınmıyorsa subjektif teoriye göre kusurlu addedilir. Objektif teoriye göre ise önemli olan failin nitelikleri değil işlenen fiildir. Şayet fiil makul, dürüst ve orta düzey bir kimsenin sergilemesi gereken davranış biçiminden sapıyorsa kişi objektif teoriye göre kusurlu kabul edilir Eren/ Dönmez, s. 1158-59; Antalya, s. 72.

¹⁴⁴ Eren/ Dönmez, s. 1157; Antalya, s. 67.

¹⁴⁵ Bir davranışın kusurlu olarak kabul edilmesi, onun hukuka aykırı olması sonucunu doğuruyor ise davranış kusurlu olmadığı durumlarda hukuka aykırı da değildir. Bu durum zorunluluk hâli bağlamında değerlendirildiğinde, zorunluluk hâli nedeniyle tipe uygun davranma yeteneğini kaybeden kişinin kusurunun ortadan kalktığı ve bu nedenle davranışın hukuka uygun olduğu sonucuna varılmalıdır.

¹⁴⁶ Eren/ Dönmez, s. 1157.

¹⁴⁷ Eren, *Borçlar Genel*, 2023, s. 654.

¹⁴⁸ Eren, s. 656.

¹⁴⁹ Eren/ Dönmez, s. 1164.

kusurun tespit edilmesi noktasında ceza hukukunun aksine net bir yaş sınırı çizilmemiştir.

Ceza mahkemesince verilen mahkûmiyet kararının hukuk mahkemesi hâkimini kusur yönünden bağlayıp bağlamadığı noktasında görüş ayrılığı mevcuttur. Bu görüşlerden ilkinde göre ceza hukuku bağlamında kusurun tanımı ve kapsamı borçlar hukukuna göre farklılık arz eder. Ceza hukukunda sorumluluğun doğması için kural olarak kişinin kasten hareket etmesi gerekir. Ancak borçlar hukuku bağlamında sorumluluğun doğması için kişinin kasten yahut ihmalle hareket etmiş olması önem taşımaz. Giderek, borçlar hukuku anlamında kusursuz sorumluluk hâlleri dahi öngörülmüştür. Ayrıca ceza hukukunda ayırt etme gücünün tespit edilmesi noktasına belirli yaş grupları öngörülmüş olmasına rağmen borçlar hukuku anlamında ayırt etme gücü nispi nitelik taşır ve TCK’de belirlenen yaş grupları ayırt etme gücünün tespitinde önem taşımaz. Tüm bu sayılan nedenlerle ceza mahkemesinin kusura ilişkin tespiti hukuk mahkemesini bağlamamalıdır¹⁵⁰. Bununla birlikte hâkim, ceza mahkemesi kararından ayrılacaksa bunu iyi bir biçimde gerekçelendirmelidir¹⁵¹.

Doktrindeki başka bir görüşe göre¹⁵² ise ceza mahkemesinin kusurun varlığına dair tespitleri hukuk hâkimini bağlarken kusurun derecesini tespit noktasında hukuk mahkemesi hâkimi ceza mahkemesi kararıyla bağlı değildir. Bunun temelinde ceza hukuku anlamında kusurun sınırlarının borçlar hukukuna göre dar olması yatar. Şayet bir kimse ceza hukuku bağlamında kusurlu ise borçlar hukuku anlamında da evleviyetle kusurlu ittihaz edilir¹⁵³.

Kanımızca da ceza mahkemesinde görülmüş bir yargılamada kişinin kusurlu bulunması için aranan şartlar, hukuk mahkemesi bakımından kusurun oluşması için gerekli şartlardan daha sıkıdır. Şayet bir kimse ceza hukuku anlamında kusurlu kabul edilerek mahkûmiyetine hükmedilmişse borçlar hukuku anlamında evleviyetle kusurludur. Ancak ceza mahkemesinde yapılan yargılamada kişinin kusursuz olduğu kanısına varılmışsa bu karar hukuk mahkemesi hâkimini bağlamamalıdır. Bu durum, borçlar hukuku anlamında kusurluluğun ceza hukuku bağlamında kusurdan daha geniş olmasından kaynaklanmaktadır.

4. Zarar

Haksız bir eylem neticesinde kişinin malvarlığında bir eksilme meydana gelmiş ise maddi zarardan bahsedilir¹⁵⁴. Maddi zarar, “malvarlığı”, “malvarlığında eksilme” ve “eksilmenin irade dışı

¹⁵⁰ Kapancı, s. 526-29; Eren, *Borçlar Genel*, 2023, s. 944; Aras, *Kitap*, 245; Kuru, C. V, s. 5129; Yılmaz, s. 2152; Atalı, s. 2075; Kılıçoğlu, “İlişki”, s. 193-95; Willi/ Fabian “OFK Art. 53”, par. 2, 5; Müller, Christoph. “CHK Art. 53”, içinde *CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht* (Schulthess Juristische Medien AG, 2023), par. 4, 9. Bu yönde bkz. HGK., E. 2021/370 K. 2022/1622 T. 29.11.2022; Yargıtay 3. HD., E. 2023/4112 K. 2024/2589 T. 26.9.2024; 10. HD., E. 2024/3036 K. 2024/4195 T. 22.4.2024; (<https://www.lexpera.com.tr/> E.T. 02/03/2025).

¹⁵¹ Aras, *Kitap*, 245; Kapancı, s. 530.

¹⁵² Kılıçoğlu, Ahmet. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 27. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2024, s. 608; Belgin Güneş, s.168; Kılıçoğlu, “İlişki”, 202; Tok, s. 442; Antalya, s. 628. Bu yönde bkz. “6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu 74. maddesi (818 sayılı BK’nın 53.m) gereğince hukuk hakimisi kusurun mevcudiyetine ilişkin Ceza Mahkemesi kararı ile bağlı değil ise de Ceza Mahkemesinde kusurlu olduğu kabul edilerek hakkında mahkûmiyet kararı verilen kimse Hukuk Mahkemesinde tamamen kusursuz kabul edilemez” İstanbul BAM, 9. HD., E. 2022/570 K. 2024/1444 T. 18.9.2024 (<https://www.lexpera.com.tr/> E.T. 02/03/2025) Ceza mahkemesindeki kusura ilişkin şartların hukuk mahkemesindeki şartlara göre daha yüksek olduğu bu nedenle hukuk mahkemesi hâkimin ceza mahkemesince kusurlu bulunan bir kimseyi nadiren kusursuz kabul edebileceği yönünde Müller, “CHK Art. 53”, par. 9.

¹⁵³ Kılıçoğlu, “İlişki”, s. 202.

¹⁵⁴ Kılıçoğlu, *Borçlar Genel*, s. s. 397; Kapancı, s. 531.

olması” şekilde üç unsurdan müteşekkildir¹⁵⁵. Manevi zarar ise kişinin maruz kaldığı haksız eylem neticesinde manevi cephesinde bir eksilmenin meydana gelmesi olarak tanımlanabilir¹⁵⁶.

Ceza mahkemesince verilen mahkûmiyet kararının “zarar” yönünden hukuk mahkemesi hâkimini bağlamadığı doktrinde genel olarak kabul edilmektedir¹⁵⁷. Bu görüşün temelinde TBK m. 74/II’de geçen “ceza hâkiminin (...) zararın belirlenmesine ilişkin kararı da, hukuk hâkimini bağlamaz” ifadesi yatmaktadır. Ancak kanımızca burada bir ayrıma gidilmesi gerekmektedir. şayet zarar, suçun unsuru olarak görülmüş ve kişinin mahkûmiyetine hükmedilmişse artık hukuk mahkemesi bir zararın var olup olmadığını tartışamaz. Örneğin TCK m. 151’de öngörülen “mala zarar verme” suçunun oluşması için aranan şartlardan biri de bir malın “kısmen veya tamamen yıkılması, tahrip edilmesi, yok edilmesi, bozulması, kullanılmaz hâle getirmesi veya kirletilmesi” suretiyle mala zarar verilmesidir. Yine kasten yaralama suçundan mahkûmiyet kararı verilmesi için de da bedensel bir zararın meydana gelmesi gereklidir. Bunlar gibi zararın suçun bir unsuru olarak görüldüğü durumlarda şayet mahkeme mahkûmiyet kararı vermişse hukuk mahkemesi zararın oluşmadığına hükmedemez¹⁵⁸.

Her ne kadar CMK’nin kabulü ile şahsî dava (*adhäsionsklage*) açma hakkı kaldırılmışsa da kimi hukukî yollarla mağdurun zararını soruşturma yahut kovuşturma evresinde giderebilmesi mümkün kılınmıştır. Bu yolların uygulanması suretiyle zararın giderilmesi durumunda tekrar tazminat davasının açılmasının olanaklı olup olmadığı üzerinde durulması gereken ayrı bir meseledir.

Mağdur ya da suçtan zarar görenin soruşturma evresinde zararının giderilmesine olanak sağlayan ilk kurum uzlaştırmadır. Uzlaştırma, Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma Yönetmeliği¹⁵⁹ m. 4/I-k’de “uzlaştırma kapsamına giren bir suç nedeniyle şüpheli veya sanık ile mağdur, suçtan zarar gören veya kanuni temsilcisinin, Kanun ve bu Yönetmelikteki usul ve esaslara uygun olarak uzlaştırmacı tarafından anlaştırmaları suretiyle uyuşmazlığın giderilmesi” şeklinde tanımlanmıştır. Taraflar, dosya soruşturma aşamasındayken uzlaşabilirse sanık hakkında “kovuşturmaya yer olmadığı kararı” verilir (CMK m. 253/XIX). Kovuşturma aşamasına geçildikten sonra suçun uzlaştırma kapsamında olduğu fark edilirse dosya uzlaşma bürosuna gönderilir (CMK m. 254/I). Şayet uzlaşma kapsamında kararlaştırılan edim sanık tarafından tek seferde ifa edilirse düşme kararı verilirken edimin ifası “ileri tarihe bırakılması, takside bağlanması veya süreklilik arzemesi halinde durma kararı verilir” (CMK m. 254/II).

Uzlaşma kapsamında bir zarar belirlendikten sonra mağdur ya da suçtan zarar görenin gerçek

¹⁵⁵ Eren, *Borçlar Genel*, 2023, 598.

¹⁵⁶ Kılıçoğlu, *Borçlar Genel*, s. s. 398; Eren, *Borçlar Genel*, 2023, 609. Manevi zararın tazminine ilişkin olarak iki teori ortaya atılmıştır. Bunlardan ilkinde göre kişilik hakkının bir saldırıya uğraması ve bu şekilde kişinin manevi değerlerinde bir eksilmenin meydana gelmesi yeterlidir. Ancak diğer bir teoriye göre ise manevi zararın tazmini açısından kişilik değerlerine vaki saldırının yanında bu saldırı sonucunda zarar görenin yaşam sevincinde bir eksilme hissetmeli, mutluluk ve huzurunda bir azalma meydana gelmelidir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, 610.

¹⁵⁷ Kılıçoğlu, *Borçlar Genel*, s. 606, 608; Belgin Güneş, s.164; Eren, *Borçlar Genel*, 2023, 943; Yavuz, s. 135; Kuru, C. V, s. 5129; Atalı, s. 2075; Müller, “CHK Art. 53”, par. 10. *Antalya* zararın varlığı ve miktarı arasında açık bir ayrıma gitmemiş olmakla birlikte hukuk mahkemesi hâkimin zararın *belirlenmesi* açısından ceza mahkemesi kararıyla bağlı olmadığını, tazminatın belirlenmesi noktasında TBK m. 51- 52’ye göre hareket etmesi gerektiğini belirtmiştir Antalya, s. 630.

¹⁵⁸ Aras, *Kitap*, 246.

¹⁵⁹ RG: 30145, 05/12/2017

zararının daha fazla olduğu iddiasıyla tazminat davası açmasının mümkün olup olmadığı sorusu akla gelebilir. Bu noktada CMK m. 253/XIX hükmü uygulama alanı bulur. İlgili hükme göre “*uzlaşmanın sağlanması halinde, uzlaşma anında tespit edilemeyen veya uzlaşmadan sonra ortaya çıkan zararlar hariç, soruşturma konusu suç nedeniyle tazminat davası açılmaz; açılmış olan davadan feragat edilmiş sayılır*”.

Tarafların uzlaşma faaliyeti neticesinde yaptıkları anlaşmanın hukuki niteliği tartışmalıdır. Bir görüşe göre tarafların yaptığı uzlaşma, tutanakta saptananlarla sınırlı olmak üzere kesin hüküm teşkil eder. Uzlaşma sağlandıktan sonra hukuk mahkemesinde dava açılırsa uzlaşma, kesin hüküm etkisi doğurur¹⁶⁰. Diğer bir görüşe göre ise burada bir mahkeme hükmü bulunmadığından kesin hükmün olumlu etkisinden bahsedilemez. Suçtan zarar görenin yahut mağdurun zararı giderildikten sonra onun yeniden tazminat davası açmasının yolu kanunla kapatılmıştır. Uzlaştırmaya rağmen tazminat davası açılırsa ortada kesin hüküm bulunmadığı için davanın esastan reddi gerekir. Şayet devam eden bir tazminat yargılaması esnasında uzlaşmaya varılırsa tazminat davası da esastan reddedilmelidir^{161/162}.

Bu noktada değinilmesi gereken kurumlardan biri de önödemedir. Önödeme, kanunca tür veya miktar cihetiyle belirlenmiş sınırlar dâhilinde kalan cezayı gerektirir suçlarda kamu davasının açılması önleyen yahut açılmış olan davayı düşüren bir kurumdur¹⁶³. Bir fiilin gerçekten ika edilip edilmediği şayet fiil ika edilmişse failinin kim olduğu, fiili işleyenlerin kusur durumları gibi hususlarda yürütülmesi gereken muhakeme faaliyetlerinden elde mevcut delillerden hareketle vazgeçilmesine karşılık olarak şüphelinin bir miktar parasal yaptırım ödenmesine önödeme denir¹⁶⁴. Şayet soruşturma aşamasına önödeme yapılmışsa kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verilmesi gerekirken soruşturma aşamasına ödemenin sağlanması durumunda düşme kararı verilir¹⁶⁵. Önödeme çerçevesinde maddi gerçeğe ulaşma gayesi güdülmendiğinden mahkûmiyet sonucu doğmaz. Gerçekten de önödeme durumunda fail hakkında bir ceza yargılaması yürütülmediğinden fiilin fail

¹⁶⁰ Aras, *Kitap*, 291-92. Esasen yazar CMK m. 253/XIX’da uzlaşma tutanağının İcra İflas Kanunu bağlamında “*ilam mahiyetini haiz belge*” olarak düzenlendiğini belirtmiş ve uzlaşmanın gereğinin yerine getirilmemesi durumunda doğrudan ilamlı icraya başvurulmasının mümkün olduğunu söylemiştir Aras, 292. Bir belgenin kanunca “*ilam niteliğini haiz*” olarak düzenlenmesi onun ilam olmadığı ve fakat ilamlar gibi icra edilebildiği anlamına gelir. Bu durumda uzlaşma tutanağı ilam olmadığından kesin hükmün olumsuz etkisini de doğuramaz.

¹⁶¹ Belgin Güneş, s.142-43.

¹⁶² Uzlaşmaya ilişkin olarak değinilmesi gereken son husus, uzlaşma görüşmelerinde yapılan açıklamaların “*herhangi bir soruşturma ve kovuşturmada ya da davada delil*” olarak kullanılamaz olduğudur (CMK m. 253/XX). Her ne kadar maddede açıklamaların delil olarak kullanılmasının mümkün olmadığı belirtilmiş olsa da buradaki “*delil*” ifadesi ikrarı da içine alacak biçimde geniş yorumlanmalıdır. Nitekim ikrar, vakıaları çekişmeli olmaktan çıkarır ancak delil değildir. Uzlaşma sağlandıktan sonra kural olarak tazminat davası açılmasa da uzlaşma konusu olaya ilişkin olarak başka davaların açılması mümkündür. Örneğin “*Ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin açıklanması*” suçundan kaynaklı uzlaşma sağlanmış ve uzlaşma çerçevesinde bir miktar tazminat ödenmiş olabilir. Bu durum işverenin iş akdini haklı nedenle feshine mâni değildir. Şayet işveren iş akdini haklı nedenle feshetmiş ve işçi de işe iade davası açmışsa işveren, işçinin ticari sırrını açıkladığını ispat ederken uzlaşma tutanağına dayanamaz. Bunun iki nedeni vardır. Bunlardan ilki CMK m.253/XX’nin açık hükmüdür. Diğer neden ise, uzlaşma kararının verilmesiyle mahkeme söz konusu fiilin sübut yahut bulmadığına dair bir tespitle bulunmamaktadır. Ortada maddi vakıayı tespit eden bir mahkeme kararı olmadığından uzlaşma tutanağı işe iade davasında işveren lehine delil olamaz. Uzlaşma tutanağının eylemin sübutuna ilişkin bir tespit içermediği yönünde bkz. Aras, *Kitap*, 293.

¹⁶³ Özgenç, s.827; Veli Özer Özbek vd., *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. 15. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2024, s. 827.

¹⁶⁴ Aras, *Kitap*, 274; Özgenç, s.838.

¹⁶⁵ Dülger, s. 957; Özgenç, s.837.

tarafından işlenmiş olduğu hüküm altına alınmaz¹⁶⁶. Yine aynı şekilde sanığın önödeme kabul etmiş olması söz konusu fiili işlediğini ikrar etmesi anlamına gelmez. Kişi mahkeme işleriyle uğraşmamak ve yargılama sürecinin neden olduğu gergin durumdan kaçınmak için önödeme kabul etmiş olabilir. Tüm bu nedenlerle önödeme ne bir mahkûmiyet ne de suçu ikrar manasına gelir¹⁶⁷. Önödeme kapsamında yapılan ödemelerin alacaklısı devlet olduğundan önödemeye tâbi bir fiil nedeniyle zararın meydana gelmesi durumunda mağdur yahut suçtan zarar gören kişi ayrıca tazminat davası açmalıdır (CMK m.75/V). Ancak yukarıda belirtilen nedenlerle önödeme kararı bu tazminat davasında delil niteliği taşımaz¹⁶⁸.

Ceza mahkemesi kararının hukuk mahkemesinde görülmekte olan yargılamaya zarar unsuru açısından etki etmesi muhtemel bir diğer kurum da güvencedir (CMK m. 113 vd.). Güvencenin amacına kanunda yer verilmiştir (CMK m.113). Buna göre “Şüpheli veya sanık tarafından gösterilecek güvence, aşağıda yazılı hususların yerine getirilmesini sağlar: a) Şüpheli veya sanığın bütün usul işlemlerinde, hükmün infazında veya altına alınabileceği diğer yükümlülükleri yerine getirmek üzere hazır bulunması. b) Aşağıda gösterilen sıraya göre ödemelerin yapılması: 1. Katılanın yaptığı masraflar, suçun neden olduğu zararların giderilmesi ve eski hâle getirme; şüpheli veya sanık nafaka borçlarını ödememeleri nedeniyle kovuşturuluyorlarsa nafaka borçları. 2. Kamusal giderler. 3. Para cezaları”. Güvence esasen şüpheli ya da sanığın muhakeme işlemleri devam ederken hazır bulunmasını sağlamak için alınmaktayken modern gelişmeler çerçevesinde güvence, suçtan zarar görenin zararını karşılamak, nafaka borçlarının ya da kamusal giderlerin ödenmesi için alınmaya başlanmıştır¹⁶⁹. Bu gelişmeler hukukumuzda da etkisini doğurmuş ve güvencenin suçtan doğan zararın, nafaka borçlarının ve para cezalarının güvenceden karşılanmasının mümkün hâle gelmesiyle intaç etmiştir. Gerçekten de CMK m. 114/I’e göre “hâkim, mahkeme veya Cumhuriyet savcısı, şüpheli veya sanığın rızasıyla güvencenin mağdurun haklarını karşılayan veya nafaka borcuna ilişkin bulunan kısımlarının, istedikleri takdirde, mağdura veya nafaka alacaklılarına verilmesini emredebilir”.

Güvencenin mahkeme kararıyla mağdura ödenmesine hükmedilmesinin hukuk mahkemesinde açılacak nafakaya yahut sair alacağa ilişkin davalarda kesin hüküm etkisi gösterip göstermediği sorusu akla gelebilir. Ancak bu soruyu olumsuz yanıtlamak gerekir. Zira yukarıda da belirtildiği gibi ceza mahkemesi kararı, hukuk mahkemesinde görülmekte olan yargılamada kesin hüküm etkisi göstermez. Bununla birlikte şayet güvence, zarar görenin tüm zararını karşılamışsa artık ortada bir zararın varlığından bahsedilemez. İşte bu şekilde güvencenin zarar görene verilmesinin zarardan kaynaklı tazminat borcunu ifa yoluyla sona erdirmesi hukuk mahkemesinde esasa ilişkin bir itiraz (borcun ifa ile sona erdiği itirazı) teşkil eder¹⁷⁰.

Ceza mahkemesi, yapılan yargılama sonunda kısa süreli hapis cezası yerine seçenek yaptırımlara hükmedebilir. Şayet sanık hakkında hükmolunan hapis cezası bir yıl ya da daha az süreli ise kısa süreli hapis cezasından bahsedilir. Bir hapis cezasının kısa süreli olup olmadığı tespit

¹⁶⁶ Aras, *Kitap*, 276; Dülger, s. 958.

¹⁶⁷ Aras, *Kitap*, 277; Belgin Güneş, s.145. Yine bu yönde bkz. Yargıtay HGK., E. 2008/823 K. 2009/50 T. 4.2.2009 (<https://www.lexpera.com.tr/> E.T. 02/03/2025)

¹⁶⁸ Belgin Güneş, s.144.

¹⁶⁹ Özbek/ Doğan/ Bacaksız, s. 292; Dülger/ Taşkın, s. 417.

¹⁷⁰ Belgin Güneş, s.147.

edilirken sanık hakkında hükmolunan somut cezaya bakılır. Şayet somut ceza bir yıl ya da daha kısa süreli ise hapis cezasının para cezasına yahut seçenек yaptırımlara inkılabı mümkündür¹⁷¹. Kısa süreli hapis cezasına alternatif olarak öngörülen yaptırımlardan biri de tazmin yükümlülüğüdür. Gerçekten de TCK m. 50/I-b hükmüne göre seçenек yaptırım¹⁷² olarak “*mağdurun veya kamunun uğradığı zararın aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle, tamamen giderilmesine*”¹⁷³ hükmedilebilir. Madde kapsamında tazmin edilmesi mümkün olan zarar türü yalnızca maddi zarardır¹⁷⁴ ve zararın tazmininde medeni hukuk ilkeleri uygulanır. Seçenек yaptırım olarak zararın tazmininin öngörüldüğü durumlarda zararın tamamen tazmin edilmesi gerekir¹⁷⁵.

Seçenек yaptırım olarak zararın tazminine karar verilmesi durumunda mağdurun ayrıca tazminat davası açmasının önünde bir engel bulunmamaktadır. Zira seçenек yaptırım olarak zararın tazminine ilişkin hükme havi ceza mahkemesi kararı, tarafı, dava sebebi ve konusu farklı olduğundan hukuk mahkemesi nezdinde “*maddi anlamda kesin hükmün olumsuz etkisini*” doğurmaz. Ayrıca ceza mahkemesinin zararın miktarına ilişkin tespiti hukuk mahkemesini de bağlamaz (TBK m. 74/II). Bu nedenle zararın tazminine ilişkin olarak hukuk mahkemesinde ayrıca dava açılması mümkündür¹⁷⁶.

Zarar başlığı altında son olarak değinilmesi gereken husus, HAGB kararı verildiği hâldir. Sanık hakkında HAGB kararı verilmesi için “*mağdurun veya kamunun uğradığı zararın; aynen iade, suçtan önceki hâle getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi gerekir*” (CMK m.231/VI-c). Şayet sanık hakkında HAGB’ye hükmedilmişse sanığın hukuk mahkemesinde tazminat davası açmasının mümkün olup olmadığı sorusu akla gelebilir. Her şeyden önce HAGB kararı, davayı sona erdiren nitelikte bir karar olmadığından ortada derdest olan bir dava ve kesinleşmemiş bir hüküm vardır¹⁷⁷. Bu nedenle hukuk mahkemesi nezdinde bir dava açılması durumunda kesin hüküm itirazıyla

¹⁷¹ Özgenç, s.845; Özbek vd., *Ceza Genel*, 625.

¹⁷² Tazminat yükümünün bir tedbir yahut sair yaptırım olmadığı, ceza mahkemesince tespit edilen tazminat miktarının cebri icra yoluyla yerine getirilmesinin mümkün olmadığı yönünde bkz. Özgenç, s.846. Tazmin yükümlülüğünün “suç politikası ilkelerinin hayata geçirilmesi konusunda bir araç” olduğu yönünde bkz. Özbek vd., *Ceza Genel*, 633; Dülger, s. 952.

¹⁷³ Maddede geçen seçenек yaptırım türlerinin ne anlama geldiği Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Yönetmelik m. 38’de açıklanmıştır. Bu hükme göre; “(2) 5237 sayılı Kanunun 50 nci maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde düzenlenen, mağdurun veya kamunun uğradığı zararın giderilmesi yaptırımının infazı: a) Mağdurun veya kamunun uğradığı zararın giderilmesi, suç nedeniyle uğranılan zararın aynen iade edilmesi, suçtan önceki hâle getirilmesi veya tazmin edilmesi suretiyle tamamen giderilmesi şeklinde yerine getirilir. 1) Zararın aynen iade edilmesi; hükümlünün işlediği suç nedeniyle haksız olarak ele geçirdiği şeyi aynen ya da satın almak suretiyle suçtan zarar görene iade etmesidir. 2) Suçtan önceki hâle getirme; suç nedeniyle verilen zararın, hükümlü tarafından ya da başkası aracılığıyla çalışmak, çalıştırılmak, tamir etmek veya buna benzer faaliyetlerle giderilmesidir. 3) Zararın tazmin edilmesi; suç nedeniyle verilen zararın bedelinin suçtan zarar görene ödenerek tazmin edilmesidir.”

¹⁷⁴ Özgenç, s.846.

¹⁷⁵ Özbek vd., *Ceza Genel*, 634; Dülger, s. 952.

¹⁷⁶ Ceza mahkemesi kararının hukuk mahkemesi nezdinde kesin hükmün olumsuz etkisini doğurmayacağı söylenmesine rağmen ceza mahkemesince zararın giderilmesine hükmedildikten sonra hukuk mahkemesinde yeniden dava açılmasının mümkün olmadığı yönünde bizce isabetsiz bir görüş için bkz. Belgin Güneş, s.147. Seçenек yaptırım olarak zararın tamamının giderilmesi öngörüldüğü için mağdurun giderilmesi gerekli bir zararı kalmadığı düşünülebilir. Ancak ceza mahkemesinin zarara ilişkin tespiti hukuk mahkemesini bağlamadığından ceza mahkemesince tespit edilen zararın gerçek zarardan daha az olduğu iddiasıyla bakiye zararın tazmini için tazminat davasının açılmasının önünde bir engel yoktur. Ceza mahkemesi kararı hukuk mahkemesi nezdinde kesin hükmün olumsuz etkisini doğurmaz bu nedenle tazminat davası usulden reddedilmemelidir. Şayet hukuk mahkemesi, olayın esasına girerek yapmış olduğu zarar tespitinde mağdurun tüm zararının seçenек yaptırım olarak giderildiğini belirlerse ödeme nedeniyle tazminat borcunun sona erdiğine ve davanın esastan reddine karar vermelidir.

¹⁷⁷ Özgenç, s.815.

karşı karşıya gelinmez. Ayrıca HAGB kararı verilmesi için mağdurun yalnızca maddi zararlarının giderilmesi gerekir. Manevi zararın giderilmesi, HAGB kararının verilmesinin ön koşutu değildir¹⁷⁸. Tüm bu nedenlerle mağdur, zararlarının giderilmesi hususunda hukuk mahkemesinde dava açabilir¹⁷⁹.

5. İlliyet Bağı

Zarar verici eylemin sonuçlarının faile yüklenmesi için failin ika etmiş olduğu fiille meydana gelen netice arasında mantık kuralları çerçevesine bir nedensellik ilişkisinin bulunması gerekir. İşte meydana gelen zararlar failin eyleminin arasındaki bu sebep- sonuç ilişkisine illiyet bağı adı verilir. Zararlı sonucun faile yüklenmesi için basit bir neden- sonuç ilişkisi yeterli değildir. Sorumluluğun doğması için fiil ve zarar arasında uygun bir illiyet bağı bulunmalı, failin ika ettiği fiil zararın meydana gelme olasılığını hayatın olağan akışına göre artırmalıdır¹⁸⁰. Ceza hukuku anlamında nedensellik bağı ise “fail ve icra ettiği fiil ile gerçekleşen netice arasındaki objektif ilişki”¹⁸¹ olarak tanımlanabilir. Ancak ceza hukuku bağlamında kişinin ika etmiş olduğu fiilinden kaynaklı olarak sorumlu tutulması için fiil ve netice arasında objektif ilişkinin varlığına ek olarak meydana gelen neticenin faile objektif olarak isnat edilebilir olup olmadığının tartışılması gerekir¹⁸².

Ceza mahkemesince verilen mahkûmiyet kararının hukuk mahkemesinde görülmekte olan yargılamada illiyet bağının tespiti noktasında bağlayıcı olup olmadığı hususu tartışmalıdır. Bir görüşe göre kusur ve ayırt etme gücünün bağlayıcı olmadığına ilişkin düzenlemede (TBK m. 74/II) haksız fiilin unsurları örnekseyici biçimde tadat edilmiştir. Bu nedenle haksız fiilin diğer unsurları bakımından da bağımsızlık ilkesinin kabulü gerekir¹⁸³. İlliyet bağına ilişkin tespitin hukuk hâkimini bağlamadığına ilişkin başka bir görüş de her iki alanda illiyet bağının tanımının farklılaştığına işaret etmektedir. Bu görüşe göre borçlar hukuku anlamında illiyet bağı fiil ve zarar arasında kurulurken ceza hukukunda illiyet bağı fiil ve meydana gelen netice arasında kurulur. Ceza hâkimi verdiği kararda zarara ilişkin bir tespit yapmadığından ceza mahkemesince verilen karar da hukuk hâkimini bağlamamalıdır¹⁸⁴.

İlliyet bağına ilişkin tespitlerin bağlayıcı olduğunu savunan bir görüşe göre ceza mahkemesince illiyet bağının varlığının ortaya konması maddi vakıa tespitidir. Bu nedenle ceza mahkemesi hâkimi, illiyet bağının varlığına ilişkin tespitle bağlı olmalıdır¹⁸⁵. Yine illiyet bağına ilişkin tespitlerin bağlayıcı olduğuna dair başka bir görüşe göre suçun objektif olarak sanığa isnat edilebilir olması, borçlar hukuku bağlamında illiyet bağının kurulduğu anlamına gelir¹⁸⁶. Ceza

¹⁷⁸ Özgenç, s. 819; Aras, *Kitap*, 309; Yalçın, s. 210; Güngör/ Okuyucu Ergün, s. 1956. Aksi yönde bkz. Kafes, s. 139-41.

¹⁷⁹ 11. CD., E. 2021/42306 K. 2022/2009 T. 10.2.2022 (<https://www.lexpera.com.tr/> E.T. 02/03/2025)

¹⁸⁰ Kapancı, s. 532; Oğuzman/ Öz, s. 45; Dişel, s. 204; Aras, *Kitap*, 129.

¹⁸¹ Özgenç, s.195; Özbek vd., *Ceza Genel*, s. 241.

¹⁸² Özgenç, s.199; Özbek vd., *Ceza Genel*, s. 251; Dülger, s. 382.

¹⁸³ Antalya, s. 628; Eren, *Borçlar Genel*, 2023, s. 945; Willi/ Fabian “OFK Art. 53”, par. 7; Müller, “CHK Art. 53”, par. 17.

¹⁸⁴ Kapancı, s. 532; Dişel, s. 206-7; Kuru, C. V, s. 5129; Tok, s. 444; Atalı, s. 2075. Doktrinde bir görüş delil yetersizliği nedeniyle kişinin beraatine karar verilmesi durumunda bu beraat kararının illiyet bağı açısından bağlayıcı olmadığını ancak mahkûmiyet kararı verilmesi durumunda kusur ve zarar unsurları hariç tüm unsurlar bakımından bağlayıcı etkinin doğduğunu ifade etmektedir Kılıçoğlu, *Borçlar Genel*, s. 605-7.

¹⁸⁵ Aras, *Kitap*, 131.

¹⁸⁶ Belgin Güneş, s.165.

hukukunda aranan illiyet rabıtası, hukuk mahkemesinde aranan illiyet rabıtasına göre daha sıkıdır. Failin cezaî sorumluluğunun doğması için netice ve fiil arasında nedensellik bağının bulunmasının yanı sıra bu neticenin faile objektif olarak isnat edilmesinin mümkün olması gerekir. Bizce de bu nedenlerle ceza mahkemesince illiyet bağının bulunması sebebiyle kişinin cezaya mahkûm edilmesine dair karar verilmesi durumunda bu karar hukuk hâkimini bağlar¹⁸⁷.

B. Beraat Kararı

Beraat, uyuşmazlığı esastan ve doğrudan çözen bir karardır¹⁸⁸. Hangi durumlarda beraat kararı verilebileceği CMK m. 223/II’de beş bent hâlinde sıralanmıştır. Bunlar; “a) *Yüklenen fiilin kanunda suç olarak tanımlanmamış olması*, b) *Yüklenen suçun sanık tarafından işlenmediğinin sabit olması*, c) *Yüklenen suç açısından failin kast veya taksirinin bulunmaması*, d) *Yüklenen suçun sanık tarafından işlenmesine rağmen, olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunması*, e) *Yüklenen suçun sanık tarafından işlendiğinin sabit olmaması*” durumlarıdır. Beraat kararıyla işlenen fiilin suç olmadığı, fiilin sanık tarafından işlenmediğinin sabit olduğu, suçun işlenmesinde manevi unsur yokluğu, olayda bir hukuka uygunluk nedeni olduğu yahut suçun sanık tarafından işlendiğinin net bir biçimde tespit edilemediği sonucuna varılmış olur. Son duruma uygulamada “*delil yetersizliği nedeniyle beraat*”¹⁸⁹ adı verilir ve bu durum ceza yargılamasına hâkim olan “*şüpheden sanık yararlanır (in dubio pro reo)*” ilkesinin bir tezahürüdür¹⁹⁰. CMK m. 230/II hükmüne göre “*beraat hükmünün gerekçesinde, 223’üncü maddenin ikinci fıkrasında belirtilen hallerden hangisine dayanıldığıнын gösterilmesi gerekir*”. Ayrıca belirtmek gerekir ki CMK m.223/IX uyarınca “*derhâl beraat kararı verilebilecek hâllerde durma, düşme veya ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilemez*”.

Ceza mahkemesince sanık hakkında beraat kararı verilmesi durumunda bu kararın hukuk mahkemesini bağlamadığı TBK m. 74/I’de “*hâkim (...) ceza hâkimi tarafından verilen beraat kararıyla da bağlı değildir*” ifadesiyle hüküm altına alınmıştır¹⁹¹. Ancak bu hükmün nasıl anlaşılması gerektiği noktasında doktrinde farklı görüşler ortaya atılmıştır. Doktrindeki bir görüşe göre hukuk mahkemesinin ceza mahkemesince verilen beraat kararından bağımsızlığı mutlak¹⁹². Ancak doktrindeki diğer bir görüşe göre beraat kararının gerekçesi bağlayıcılığın tespitinde önem taşır. Şayet CMK m.223/II-b hükmüne istinaden beraat kararı verilmişse artık bu karar bağlayıcı nitelik taşır. Gerçekten de ceza mahkemesi hâkimi karar verirken daha geniş araştırma olanaklarına sahiptir. Ceza mahkemesi hâkimi yaptığı araştırma neticesinde fiilin işlenmediği yahut sanık tarafından işlenmediğini tespit ederek beraat hükmü vermişse ortada bir maddi vakıa tespiti bulunduğu için bu tespit hukuk mahkemesi hakimini bağlamalıdır¹⁹³. Beraat kararı işlenen fiilin hukuka uygun olduğundan bahisle CMK m.233/II-d hükmü çerçevesinde de verilmiş olabilir. Bu durumda ceza

¹⁸⁷ Bu yönde bkz. Tekinay vd., *Borçlar Genel*, 716.

¹⁸⁸ Yalçın, s. 32; Şahin/ Göktürk, s. 544.

¹⁸⁹ Dülger/ Taşkın, s. 751; Evirgen, s. 55.

¹⁹⁰ Yalçın, s. 32; Evirgen, s. 54; Şahin/ Göktürk, s. 545 dn. 924.

¹⁹¹ Ceza mahkemesince verilen beraat kararının hukuk mahkemesini bağlamadığı yönünde bkz. BGE 123 III 306 S. 313

¹⁹² Eren, *Borçlar Genel*, 2023, 943; Müller, “CHK Art. 53”, par. 5.

¹⁹³ Kılıçoğlu, *Borçlar Genel*, s. 605; Kapancı, s. 534; Antalya, s. 630; Tekinay vd., *Borçlar Genel*, 715; Aras, *Kitap*, 201; Belgin Güneş, s.177; Kuru, C. V, s. 5134. Bu yönde bkz. 22. HD., E. 2017/27045 K. 2020/2875 T. 19.2.2020; 3. HD., E. 2019/629 K. 2020/340 T. 20.1.2020 (<https://www.lexpera.com.tr/> E.T. 05/03/2025)

mahkemesi kararıyla hukuk mahkemesi hâkiminin bağlı olup olmadığı tartışmalıdır. Bir görüşe göre hukuk mahkemesi hâkimi önüne gelen olayda gerçekten hukuka uygunluk nedeninin var olup olmadığını tekrardan tartışmalıdır. Yapılan tartışma sonucunda hukuk hâkimi olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunmadığına kanaat getirerek tazminata hükmedebilir¹⁹⁴. Yine başka bir görüşe göre borçlar hukuku anlamında hukuka aykırılık, ceza hukuku kurallarının ihlâl edilmesinden ibaret olmadığı için ceza mahkemesince fiilin hukuka uygun olduğundan bahisle verilen beraat kararları hukuk hâkimini bağlamaz¹⁹⁵. Ancak diğer görüşe göre hukuk birliği bir bütündür. Bir fiilin ceza hukuku anlamında hukuka uygun olduğu kabul edildikten sonra o fiilin borçlar hukuku anlamında hukuka aykırı olduğu kabul edilemez. Bu nedenle fiilin hukuka uygun olduğunun tespiti hâlinde verilen beraat kararı hukuk hâkimini bağlamalıdır¹⁹⁶.

Kanımızca doktrindeki tartışmalar yalnızca fiilin işlenmesinde bir hukuka uygunluk nedeninin bulunduğu durum dikkate alınarak yapılmaktadır. Bunun nedeni CMK m. 223/II-d hükmünün lafzıdır. Ancak belirtmek gerekir ki bir fiilin hukuka uygun olması için o fiilin kanunda suç sayılmasına rağmen olayda hukuka uygunluk nedenlerinin bulunması gerekmez. Gerçekten de CMK m.223/II-a hükmüne istinaden beraat kararı verilmiş olması durumunda da fiilin ceza hukuku normlarına uygun olduğu hüküm altına alınmış olur. Bir fiil ceza hukuku normlarında suç olarak tanımlanmaması, o fiilin ceza hukuku bağlamında hukuka uygun olduğu anlamına gelir. Ancak ilgili fiil nedeniyle bir kimse zarara uğramış olabilir. Borçlar hukuku anlamında fiil ile zarar arasında hukuka aykırılık bağı özel olarak kurulmuşsa fiil nedeniyle tazminat istenmesi pek âlâ mümkündür. Bu nedenle fiilin hukuka uygun olmasından bahisle verilen beraat kararının hukuk mahkemesi hâkimini bağlamaması gerektiği kanaatindeyiz.

Şayet sanık hakkında CMK m.223/II-e fıkrasına dayanarak (delil yetersizliği nedeniyle) beraat kararı verilmişse bu beraat kararının hukuk hâkimini bağlamaması gerektiği genel olarak kabul edilmektedir. Sanık hakkında cezaya hükmedilmesi için gerekli ispat derecesi ile tazminata hükmedilmesi için aranan ispat derecesi aynı değildir. Bu nedenle ceza mahkemesi hâkimi eldeki verilerle şahıs hakkında cezaya hükmedemese bile hukuk hâkimi daha düşük bir ispat derecesiyle kişiyi tazminata mahkûm edebilir¹⁹⁷. Ancak yeterli delil toplanamaması nedeniyle beraat kararı verilmesi durumunda bu kararın hukuk mahkemesini bağlaması gerektiğini söyleyen bir görüş de mevcuttur. Bu görüşe göre ceza mahkemesi elindeki tüm araştırma imkânlarına rağmen sanığın ilgili fiilin işlendiğinin sabit olmadığına hükmetmişse hukuk mahkemesinin bu fiilin işlendiğinden bahisle tazminata hükmetmesi çelişki doğurur. Açıklanan bu gerekçeyle verilen beraat kararının hukuk hâkimini bağlaması gerekir¹⁹⁸.

Kanımızca uygulama “delil yetersizliği nedeniyle beraat” olarak da bilinen bu durumda ceza mahkemesi kararı hukuk mahkemesini bağlamamalıdır. Ceza mahkemesi vermiş olduğu kararda fiilin

¹⁹⁴ Kılıçoğlu, Borçlar Genel, s. 603; Kılıçoğlu, “İlişki”, 197.

¹⁹⁵ Tekinay vd., *Borçlar Genel*, 714.

¹⁹⁶ Belgin Güneş, s.178; Aras, *Kitap*, 214-15; Antalya, s. 632; Kapancı, s. 536; Kuru, C. V, s. 5141. Bu yönde bkz. “Yargıtay 6. HD., E. 2023/2530 K. 2024/3281 T. 8.10.2024; 3. HD., E. 2023/4112 K. 2024/2589 T. 26.9.2024 (<https://www.lexpera.com.tr/> E.T. 05/03/2025)

¹⁹⁷ Antalya, s. 629; Aras, *Kitap*, 217-18; Kapancı, s. 535-36; Kuru, C. V, s. 5142. Bu yönde bkz. 4. HD., E. 2023/2817 K. 2024/4671 T. 14.5.2024 (<https://www.lexpera.com.tr/> E.T. 05/03/2025).

¹⁹⁸ Belgin Güneş, s.181; Willi/ Fabian “OFK Art. 53”, par. 5.

sanık tarafından işlenmiş olup olmadığı noktasında bir maddi vakıa tespitinde bulunmamaktadır. Eldeki veriler kişinin ceza almasını yetecek ispat kuvvetine ulaşmadığından sanık hakkında beraat kararı verilmektedir. Ceza yargılaması nihayetinde sanık hakkında verilen ceza sanığın hürriyetini bağlayıcı etki doğurur. Bu nedenle ceza mahkemesince mahkûmiyet kararı verilmesi için “*in dubio pro reo*” ilkesi gereğince tüm şüphelerin giderilmesi gerekir. Ancak aynı ispat derecesi tazminata hükmedilmesi için aranmamaktadır. Kaldı ki ceza mahkemesinin bu durumda verdiği beraat kararının temelinde fiilin sanık tarafından işlenmediği hüküm altına alınmamaktadır. Ceza mahkemesince elde edilen deliller çerçevesinde sanığın mahkûmiyetine hükmedilemiyor olması sanığın suçu işlemediğini göstermez, bu karar bir maddi vakıa tespiti de içermez. Ayrıca suçun mağdurunun ya da suçtan zarar görenin davaya katılma talebinde bulunmaması ve bu nedenle yargılamaya delil sunmaması nedeniyle CMK m.223/II-e fıkrasına dayanarak beraat kararı verilmiş olabilir. Mağdur ya da suçtan zarar görenin açtığı tazminat davasında sunduğu deliller pek tabii kişinin tazminata mahkûm edilmesine yol açabilir. Şayet CMK m.223/II-e fıkrasına dayanarak beraat kararı verilmesi durumunda bu kararın hukuk mahkemesini bağladığı kabul edilirse mağdurun açtığı tazminat davasında, ceza mahkemesi kararının gösterdiği kesin delil etkisi nedeniyle, iddiasını ispatlamak için kesin delil sunması gerekir. Bu durum da ceza mahkemesince ispatlanmış bir maddi vakıa tespiti olmamasına karşın hukuk mahkemesinde görülmekte olan davada mağdur ya da suçtan zarar görene ciddi bir ispat yükünün hamledilmesine neden olur. Tüm bu nedenlerle kanımızca da “*delil yetersizliği nedeniyle beraat*” olarak bilinen bu durumda ceza mahkemesi kararının hukuk mahkemesini bağlamaması gerekir.

Ceza mahkemesinin CMK m. 223/II- a ve c hükümlerine dayalı olarak beraat kararı vermesi durumunda bu karar hukuk mahkemesi hâkimini bağlamamalıdır. Bir ceza kanununda suç olarak tanımlanmamış olabilir. Bu durumda suç ve cezaların kanuniliği ilkesi gereğince kişiye ceza verilmesi mümkün olmaz. Ancak aynı eylem bir zarar doğurmuşsa ve diğer şartlar da olayda mevcutsa kişinin bu eylemi neticesinde tazminata çarptırılması mümkündür. Keza ceza mahkemesi ve hukuk mahkemesi önünde kusur kavramı birbirinden farklı nitelik taşır. Ayrıca TBK m. 74/II’de “*ceza hâkiminin kusurun değerlendirilmesine (...) ilişkin kararı da, hukuk hâkimini bağlamaz*” ifadesine yer verilmiştir. Bu nedenle kusurun bulunmadığı ya da eylemin suç olarak tanımlanmadığına ilişkin beraat kararları hukuk hâkimini bağlamaz¹⁹⁹. Ancak kusurun bulunmaması nedeniyle beraat kararı verilmiş olsa bile bu durumda ceza mahkemesinin yapmış olduğu maddi vakıa tespitleri hukuk hâkimini bağlamalıdır.²⁰⁰

C. Ceza Verilmesine Yer Olmadığı Kararı

Sanığa isnat edilen fiilin sanık tarafından işlendiği ve fiilin suç teşkil ettiği bazı durumlarda mahkûmiyet kararı yerine ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilir²⁰¹. Başka bir anlatımla ceza

¹⁹⁹ Aras, *Kitap*, 199, 206; Eren, *Borçlar Genel*, 2023, s. 944; Tekinay vd., *Borçlar Genel*, 712; Kapancı, s. 518, 537. Bu yönde bkz. 10. HD., E. 2012/8155 K. 2012/13253 T. 03.07.2012; HGK., E. 2020/447 K. 2022/1351 T. 20.10.2022 (<https://www.lexpera.com.tr/> E.T. 06/03/2025).

²⁰⁰ Aras, *Kitap*, 206. Bu yönde bkz. Yargıtay 4. HD., E. 2021/9923 K. 2023/71 T. 9.1.2023 (<https://www.lexpera.com.tr/> E.T. 06/03/2025).

²⁰¹ Ceza verilmesine yer olmadığı kararı, CMUK döneminde bulunmamaktaydı. Bu dönemde mahkemeler ceza verilmesine yer olmadığına ilişkin gerekçe sunarak beraat kararı vermekteydi. Kanun koyucu uygulamadaki bu farklılığı

verilmesine yer olmadığı kararının verilmesi, esasen fiilin sanık tarafından işlendiğinin ve suç teşkil ettiğinin ifadesidir²⁰². Hangi hâllerde ceza verilmesine yer olmadığı CMK m. 223'te şu şekilde sıralanmıştır; “(3) Sanık hakkında; a) Yüklene suçla bağlantılı olarak yaş küçüklüğü, akıl hastalığı veya sağır ve dilsizlik hali ya da geçici nedenlerin bulunması, b) (Değişik: 25/5/2005 - 5353/30 md.) Yüklene suçun hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesi suretiyle veya zorunluluk hali ya da cebir veya tehdit etkisiyle işlenmesi, c) Meşru savunmada sınırın heyecan, korku ve telaş nedeniyle aşılması, d) Kusurluluğu ortadan kaldıran hataya düşülmesi, Hallerinde, kusurunun bulunmaması dolayısıyla ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilir. (4) İşlenen fiilin suç olma özelliğini devam ettirmesine rağmen; a) Etkin pişmanlık, b) Şahsî cezasızlık sebebinin varlığı, c) Karşılıklı hakaret, d) İşlenen fiilin haksızlık içeriğinin azlığı, Dolayısıyla, faile ceza verilmemesi hallerinde, ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilir”.

Ceza verilmesine yer olmadığı kararının hukuk mahkemesine etkisi genel anlamıyla mahkûmiyet kararlarının etkisiyle paralellik göstermektedir. Bunun nedeni, ceza verilmesine yer olmadığı kararının verildiği durumlarda esasen fail hakkında mahkûmiyet kararı verilmesini gerektirecek biçimde maddi vakıanın onun tarafından işlenmiş olduğunun, bu fiilin bir suç teşkil ettiğinin tespit edilmesidir. Ancak çeşitli nedenlerle sanık hakkında mahkûmiyet hükmü kurulmasından sarfınazar edilerek ceza verilmesine yer olmadığı yönünde hüküm kurulmaktadır²⁰³.

Ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmesini gerektiren hâller kanunda iki ana başlıkta toplanmıştır. Bunlardan ilki esasen failin “kusur yeteneğinin etkilenmesi nedeniyle” ceza verilmesine yer olmadığına hükmedilen hâlleri oluştururken diğer hâllerde “suçun tüm unsurları gerçekleşmiş olmasına rağmen” failin cezalandırılmasına engel teşkil eden başka durumlar mevcuttur²⁰⁴.

Failin kusur yeteneğinin etkilenmesi nedeniyle ceza verilmesine yer olmadığı durumlar CMK m. 223/III'te düzenlenmiştir. Bu durumlarda mahkeme, fiilin sanık tarafından işlendiğini tespit etmekle beraber sanığın kusur yeteneğinin etkilendiğine hükmetmektedir. Sanığın kusur yeteneğine ilişkin bu tespitin hukuk mahkemesini bağlayıp bağlamadığı TBK m. 74 çerçevesine ele alınmalıdır. İlgili hükme göre “hâkim, zarar verenin kusurunun olup olmadığı (...) hakkında karar verirken, ceza hukukunun sorumlulukla ilgili hükümleriyle (...) bağlı değildir”. Bu hüküm karşısında hukuk mahkemesi hâkiminin ceza mahkemesince kusura ilişkin olarak yapılan tespitler açısından bağlı olmadığı söylenmelidir. Ancak ceza verilmesine yer olmadığı kararı aynı zamanda fiilin sanık tarafından işlendiğini de ortaya koyduğundan ceza mahkemesince yapılan maddi vakıalar hukuk mahkemesi hâkimin bağlamalıdır²⁰⁵.

dikkate alarak ceza verilmesine yer olmadığı kararını bir hüküm çeşidi olarak CMK'de düzenlemiştir. Bu yönde bkz. Evirgen, s. 58; Özbek/ Doğan/ Bacaksız, s. 715; Yıldırım, s. 67.

²⁰² Yalçın, s. 33. Bu yönde bkz: Yargıtay 2. CD., E. 2023/28792 K. 2024/862 T. 17.1.2024. (<https://www.lexpera.com.tr/> E.T. 01.11.2024)

²⁰³ Belgin Güneş, s.186; Aras, *Kitap*, 226; Özbek/ Doğan/ Bacaksız, s. 716.

²⁰⁴ Evirgen, s. 59; Özbek/ Doğan/ Bacaksız, s. 716; Yıldırım, s. 68.

²⁰⁵ Aras, *Kitap*, s. 227; Ayrıntılı bilgi için bkz. Belgin Güneş, s.187-94. Yargıtay bir kararında (4. HD., E. 2015/16371 K. 2016/5409 T. 21.4.2016 <https://www.lexpera.com.tr/> E.T. 05/03/2025) sanık hakkında meşru müdafaada sınırın korkuyla aşılması nedeniyle ceza verilmesine yer olmadığı kararı verildiği, bu nedenle sanığın hareketlerini yönlendirme yeteneğinden yoksun olduğu gerekçesiyle kusursuz sayılmasına ve manevi tazminat davasının reddine hükmetmiştir. Ancak kararın karşı oy yazısında meşru müdafaada sınırın korkuyla aşılması durumunda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunmadığını, fiilin hâlen hukuka aykırı olduğunu ve failin eylemden doğan manevi zarardan sorumlu olduğunu

Bazı durumlarda sanığın fiili işlediği tespit edilmiş olmasına rağmen sanığı cezalandırmanın önünde engellerin bulunması nedeniyle sanık hakkında ceza verilmesine yer olmadığına hükmedilir. Şayet olayda “*etkin pişmanlık, şahsî cezasızlık sebebinin varlığı, karşılıklı hakaret, işlenen fiilin haksızlık içeriğinin azlığı*” (CMK m.223/IV) durumları söz konusu ise fiilin sanık tarafından işlenmiş olduğu mahkemece kabul edilmesine rağmen sanığa ceza verilmez. Bu durumlarda hukuk mahkemesi hâkimi suçun fail tarafından işlenmiş olduğu, maddi vakıaların tespiti ve fiilin hukuka aykırı olduğu yönlerinden verilen kararlar bağlı olmalıdır. Gerçekten de “*ceza verilmesine yer olmadığı kararına*” hükmedilen eylem suç olma vasfını korumaya devam etmektedir. Ancak burada ceza politikası nedeniyle sanık hakkında cezalandırılmaya gidilmemektedir. Tüm bu nedenlerle “*ceza verilmesine yer olmadığı kararı*” söz konusu olduğu durumlarda hukuk mahkemesi hâkimi maddi vakıaların tespiti ile fiilin hukuka aykırı olduğu²⁰⁶ noktalarında ceza mahkemesi kararıyla bağlıdır²⁰⁷.

D. Güvenlik Tedbirlerine Hükmedilmesi

Güvenlik tedbirleri, “toplumsal savunma aracı” mahiyetindedir²⁰⁸. Bu tedbirlerin amacı toplumun korunması, suç işleyen kişilerin rehabilitasyonu ve kişilerin topluma kazandırılmasıdır²⁰⁹. Güvenlik tedbirlerine hükmedilmesi için bir suçun işlendiğinin sabit olması gerektiği²¹⁰ CMK m.223/VI’da “*yüklenen suçu işlediğinin sabit olması halinde, belli bir cezaya mahkûmiyet yerine veya mahkûmiyetin yanı sıra güvenlik tedbirine hükmolunur*” cümlesiyle ifade edilmiştir. Güvenlik tedbirlerinin uygulanması, bir suçun işlenmesini meşrut olduğundan, kanunda suç olarak sayılmayan bir eylem için güvenlik tedbirine hükmedilmesi mümkün değildir. Bir kişinin suç işlediği sübut bulunduğu kişinin cezaya mahkûm edilmesi yerine yahut cezaya mahkûmiyete refikan güvenlik tedbirinin uygulanmasına karar verilebilir²¹¹. Kişi hakkında güvenlik tedbirine hükmedilmesi için kişinin kanunca suç sayılan bir fiili işlemesi gerektiği TCK m. 2’de zikredilen “*kanunun açıkça suç*

belirtilmiştir. Bizce de meşru müdafaada sınırın heyecanla aşılması durumunda sanığın kusur yeteneği etkilenirse de bu durum eylemi hukuka uygun hâle getirmez. Şayet eylem fiile uygun hâle gelmiş olsaydı meşru müdafaada sınırı korkuyla aşan kişi hakkında CMK m. 223/II-d hükmü gereği beraat kararı verilmesi gerekirdi. Ne var ki bu durumda beraat kararı değil ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmesi gerektiği hüküm altına alınmıştır (CMK m. 223/III-c). Tüm bu nedenlerle biz de karşı oy yazısının isabetli olduğunu düşünmekteyiz.

²⁰⁶ Zorunluluk hâline ilişkin olarak yapılan ayrıntılı açıklamalar için bkz. yuk. III/A/2.

²⁰⁷ Belgin Güneş, s.195-97; Aras, *Kitap*, s. 227-28. Bu yönde bkz. 4. HD., E. 2016/4038 K. 2016/5706 T. 27.4.2016, karar için Belgin Güneş, s.196 dn. 340.; Yargıtay 4. HD., E. 2014/4382 K. 2015/629 T. 21.1.2015 (<https://www.lexpera.com.tr/> E.T. 05/03/2025). Hukuk Genel Kurulu bir kararında karşılıklı hakaret nedeniyle ceza verilmesine yer olmadığı kararına hükmedilmesi durumunda bu kararın hukuk mahkemesi hâkimini bağladığına hükmetmiştir; Yargıtay 2. HD., E. 2023/8982 K. 2024/5869 T. 12.09.2024 (<https://legalbank.net/> E.T. 05/03/2025).

²⁰⁸ Yalçın, s. 35; Mehmet Emin Artuk, “Güvenlik Tedbirleri”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XII, S. 1-2, 2008, s. 466. Başka bir tanım için bkz: “*Güvenlik tedbirleri işlenen suç ile bağlantılı olarak söz konusu fiili işleyen kişinin göstermiş olduğu tehlikelilik göz önünde bulundurularak suçun konusu ile ilgili veya suçun işlenişinde kullanılan araçla bağlantılı olarak uygulanan, eğitime, koruma altına alma, iyileştirme, tedavi etme, tehlikeliliği önleme amacı güden bir ceza hukuku yaptırımıdır*” Bekar, s. 43.

²⁰⁹ Bekar, s. 43; Yıldırım, s. 93; Evirgen, s. 61.

²¹⁰ Özbek vd., *CMK*, 721; Evirgen, s. 62.

²¹¹ Bekar, s. 43. Bununla birlikte güvenlik tedbirlerine hükmedilmesinin yalnızca mahkûmiyet yerine yahut mahkûmiyete refikan verilebildiği düşüncesine ulaşılmamalıdır. Gerçekten de CMK m. 223/III-a’da “*yaş küçüklüğü, akıl hastalığı veya sağır ve dilsizlik hali ya da geçici nedenlerin bulunması*” durumlarında kişi hakkında ceza verilmesine yer olmadığına hükmedilmesi gerektiği belirtilmiştir. Mamafih TCK m. 56 itiradıyla 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu’nda ve TCK m. 57’de akıl hastalarına yönelik güvenlik tedbirlerinden bahsedilmiştir. Şu hâlde CMK m. 223/III-a kapsamına giren bir durumda mahkeme önce ceza verilmesine yer olmadığına sonra kişi hakkında güvenlik tedbirine hükmedecektir. Bu yönde bkz. Yalçın, s. 35-36.

saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz” ifadesinden anlaşılmaktadır. Bununla birlikte kişi hakkında güvenlik tedbirlerine hükmedilmesi için suçun tamamlanmış olması gerekmez²¹².

Sanık hakkında güvenlik tedbirlerine hükmedilmesi için fiilin sanık tarafından işlendiğinin sabit olması gerekir. Bu nedenle güvenlik tedbirlerine hükmedilmesi durumunda mahkemenin kararı mahkûmiyet kararının hukuk mahkemesi üzerindeki etki ve sonuçları doğurur. Güvenlik tedbirlerine hükmedilmesi fiilin sanık tarafından işlendiğinin tespitini meşrut olduğundan hukuk mahkemesinin fiilin sübut bulmuş olup olmadığını tekraren incelemesi mümkün değildir nitekim ceza mahkemesinin maddi vakıa tespitleri hukuk mahkemesini bağlar. Aynı şekilde güvenlik tedbirlerine hükmedilmesi fiilin hukuka aykırı olduğunu ve failin kusurlu olduğunu da tespit ettiği için hukuk mahkemesi bu tespitlerle de bağlıdır. Ancak Hukuk mahkemesi hâkimi kusur oranı ve zarar miktarının belirlenmesi noktasında serbestçe hareket eder²¹³.

E. Davanın Düşmesi Kararı

Düşme, uyuşmazlığı dolaylı şekilde sona erdiren bir karardır. Başka bir anlatımla düşme kararının verilmesi durumunda uyuşmazlık çözülmüş olmaz. Mahkeme bu kararla, uyuşmazlığın çözülemez nitelikte olduğunu belirtir²¹⁴. Hangi durumlarda düşme kararının verilmesi gerektiği CMK m. 223/VIII’de *“Türk Ceza Kanununda öngörülen düşme sebeplerinin varlığı ya da soruşturma veya kovuşturma şartının gerçekleşmeyeceğinin anlaşılması hallerinde, davanın düşmesine karar verilir”* ifadesiyle hüküm altına alınmıştır²¹⁵. Düşme karardan sonra uyuşmazlık hakkında başka bir karar verilmediği²¹⁶ ve düşme, kanunda hüküm çeşitleri arasında sayıldığı için bir son karar (hüküm) niteliği taşır.

“Sanığın veya hükümlünün ölümü (TCK m. 64)”, “Af (TCK m. 65)”, “Dava zamanaşımı (TCK m. 66- 72)”, “Şikâyet (TCK m. 73)”, “Ön ödeme (TCK m. 75)” TCK’de sayılan düşme nedenleridir. Her ne kadar CMK m. 223/VIII’de *“Türk Ceza Kanunu’nda öngörülen”* düşme nedenlerinden bahsedilmişse de düşme nedenlerinin yalnızca TCK’de sayılanlardan ibaret olmadığını söylemek zayıftır. Gerçekten de CMK m. 254/II uyarınca uzlaşmanın sağlanması ve ifa edilmesi kararlaştırılan edimin sanık tarafından def’aten yerine getirilmesi durumunda düşme kararı verilmelidir²¹⁷.

Düşme kararının verildiği bir başka durum ise mahkeme tarafından HAGB kararı verildikten sonra sanığın beş yıllık denetim süresi içinde kasıtlı bir suç işlememesi durumudur²¹⁸. CMK m. 231/X’a göre *“denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlenmediği ve denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülöklere uygun davranıldığı takdirde, açıklanması geri bırakılan hüküm ortadan kaldırılarak, davanın düşmesi kararı verilir.”*

²¹² Artuk, s. 469.

²¹³ Aras, *Kitap*, 253-54.

²¹⁴ Yalçın, s. 36.

²¹⁵ Evirgen, s. 63; Yıldırım, s. 97; Dölger, s. 754.

²¹⁶ Yalçın, s. 37.

²¹⁷ Yalçın, 37.

²¹⁸ Dölger/ Taşkın, s. 755.

Soruşturma ya da kovuşturmanın yapılması şayet şarta bağlanmış olmasına rağmen şartın gerçekleşmesi mümkün değilse yine düşme kararı verilmelidir (CMK m. 223/VIII). Bu şartlara *muhakeme şartları*²¹⁹ adı verilir. Muhakeme şartları, suç teşkil eden fiilin işlenmesinden sonra gündeme gelen ve fiil hakkında muhakeme yapılmasını sağlayan kurumlardır. Şartın henüz gerçekleşmediği durumlarda gerçekleşmesini beklemek için durma kararı; şartın gerçekleşmesinin mümkün olmadığı anlaşıldığı durumlarda da düşme kararı verilmelidir²²⁰.

Düşme kararının hukuk mahkemesine nasıl bir etkide bulunduğu düşme nedenleri bağlamında ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Düşme kararı verildiği durumlardan ilki şikâyetten vazgeçme hâlidir. Bir soruşturma şartı olan şikâyet TCK m. 73'te "*soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olan suç hakkında yetkili kimse altı ay içinde şikâyetinde bulunmadığı takdirde soruşturma ve kovuşturma yapılamaz*" ifadesiyle düzenleme altına alınmıştır. Bu maddeden de anlaşıldığı üzere şikâyet, belli suçlar bakımından soruşturma aşamasının başlaması için yetkili kişinin yazılı yahut tutanağa geçirilmeyi meşrut sözlü olarak yaptığı istemdir²²¹. Şikâyetinde bulunarak soruşturma aşamasının başlamasından sonra bu şikâyetin geri alınması mümkündür. Suçtan zarar gören hâlihazırda usulüne uygun bir biçimde yapılmış olan şikâyetin etkisizleşmesini, geçersiz sayılmasını isterse şikâyet geri alınmış olur. Geri alma işlemi, varsa suçtan zarar görenin yasal temsilcisi aracılığıyla da yapılabilir. Şikâyetin geri alınmasına ilişkin açıklama da mutlaka tıpkı şikâyet gibi CMK m. 158'de sayılan mercilere yapılmalıdır²²². Usulüne uygun bir şikâyetin bulunmadığı yahut henüz soruşturma aşamasındayken şikâyetten vazgeçildiği durumlarda "*kovuşturmayaya yer olmadığı kararı*" verilir. Şayet dosya kovuşturma aşamasındayken suçtan zarar gören şikâyetinden vazgeçerse davanın düşmesine hükmedilmesi gerekir²²³.

Şikâyetten vazgeçmenin tazminat yargısına etkisini iki başlıkta incelemekte yarar vardır. Bunlardan ilki şikâyetten vazgeçmenin doğrudan tazminat hakkı üzerinde bir etkisinin olup olmadığıdır. Vazgeçmenin tazminat istemine etkisi TCK m. 73/VII'de düzenlenmiştir. Bu hükme göre "*kamu davasının düşmesi, suçtan zarar gören kişinin şikâyetten vazgeçmiş olmasından ileri gelmiş ve vazgeçtiği sırada şahsi haklarından da vazgeçtiğini ayrıca açıklamış ise artık hukuk mahkemesinde de dava açamaz*". Hükümün açık ifadesinden de anlaşıldığı üzere şikâyetten vazgeçmenin tazminat hakkından feragat sonucunu doğurması için vazgeçenin bunu vazgeçme beyanında açıkça bildirmesi gerekir²²⁴. Tartışılması gereken ikinci konu, vazgeçmenin hukuk mahkemesi önünde yapılan yargılamada maddi vakıa tespitleri açısından bağlayıcı etki doğurup doğurmadığıdır. Şikâyetten vazgeçilmesi durumunda ister KYOK ister düşme kararı verilmiş olsun bu kararlar maddi vakıaları tespit eder nitelikte olmadığından kararların maddi vakıalar yönünden hukuk mahkemesini bağlamaması gerekir. Ancak fiilin takibi şikâyete bağlı bir suç olduğu yönündeki

²¹⁹ Yalçın, s. 38.

²²⁰ Dülger/ Taşkın, s. 755; Yıldırım, s. 106; Yalçın, s. 38.

²²¹ Öztürk vd., *Ceza Muhakemesi*, s. 44; Şahin/ Göktürk, s. 58; Dülger/ Taşkın, s. 322; Özbek/ Doğan/ Bacaksız, s. 114.

²²² Öztürk vd., *Ceza Muhakemesi*, s. 48-49; Şahin/ Göktürk, s. 62; Dülger/ Taşkın, s. 323; Özbek/ Doğan/ Bacaksız, s. 116.

²²³ Öztürk vd., *Ceza Muhakemesi*, s. 50; Şahin/ Göktürk, s. 62; Dülger/ Taşkın, s. 323; Aras, *Kitap*, 260.

²²⁴ Şahin/ Göktürk, s. 63; Dülger/ Taşkın, s. 323; Özbek/ Doğan/ Bacaksız, s. 117. Bu yönde bkz. 4. HD., E. 2022/3282 K. 2023/7863 T. 13.6.2023 (<https://www.lexpera.com.tr/> E.T. 07/03/2025).

vasıflandırma hukuk mahkemesi hâkimini bağlamalıdır²²⁵.

Kanunda belirlenmiş sürelerin geçmesiyle sanık hakkında dava açılmasını yahut açılmış olan davanın devam etmesini engelleyen sürelerle zamanaşımı süresi denir²²⁶. Zamanaşımı fiili suç olmaktan çıkarmaz ve fakat sanığın cezalandırılmasını önler. Bu nedenle zamanaşımı durumunda beraat kararı yerine düşme kararı verilir²²⁷. Dava zamanaşımı nedeniyle düşmeye hükmedilmesi durumunda mahkemenin eylemin sübutuna ilişkin bir tespiti bulunmadığından verilen düşme kararı da hukuk hâkimini bağlamaz²²⁸. Ancak mahkemece somut olaya ilişkin tespitler net bir biçimde yapılmış olmasına rağmen dosyanın kanun yoluna taşınmış olması nedeniyle mahkûmiyet hükmü onaylanmadan zamanaşımı nedeniyle davanın düşmesine hükmedilmiş olabilir. Böyle bir durumda maddi vakıya ilişkin net tespitler yapılmışsa kanımızca bu tespitler hukuk mahkemesi hâkimini bağlamalıdır. Örneğin bir kimsenin hakaret fiilini işlediği usulüne uygun bir biçimde alınmış ses kaydıyla ispatlanmasına rağmen cezanın bireyselleştirilmesine ilişkin olarak karar kanun yoluna taşınmış ve burada zamanaşımına uğramış olabilir. Bu durumda düşme kararının gerekçesinde hakaret fiilinin vaki olduğuna dair tespitler hukuk mahkemesi hâkimini bağlamalıdır.

Sanığın ölmesi durumunda da davanın düşmesine karar verilir. Kural olarak sanığın ölmesi nedeniyle verilen düşme kararı da maddi vakıa tespiti noktasında etki göstermez. Ancak sanığın ölmesi durumunda mağdur ya da suçtan zarar gören, sanığın mirasçılarına karşı tazminat davası açabilir. Bu durum TCK m. 74/III'te "*cezanın düşmesi şahsi haklar, tazminat ve yargılama giderlerine ilişkin hükümleri etkilemez*" cümlesi ile düzenleme altına alınmıştır²²⁹. Kanımızca burada da ceza mahkemesince şayet fiilin sanık tarafından işlendiği net bir biçimde ortaya konmuş, maddi vakıa tespiti usulüne uygun biçimde yapılmışsa düşme kararındaki maddi vakıalara ilişkin tespitler hukuk mahkemesi hâkimini bağlamalıdır. Örneğin kasten öldürme fiiline ilişkin olarak yapılan ceza yargılamasında yapılan parmak izi, maktulün cesedinden alınan örneklerin incelenmesi çerçevesinde fiilin sanık tarafından işlendiği net bir biçimde ortaya konmuşsa yargılama sürecinde sanığın ölmesi nedeniyle düşme kararı verilmesi ceza yargılamasında yapılan maddi vakıa tespitlerinin hukuk mahkemesini bağlamaması sonucunu doğurmamalıdır. Ancak sanığın ölmesi üzerine düşme kararı verilmeye kadar geçen süreçte bir maddi vakıa tespitinde bulunulmamışsa artık düşme kararı hukuk mahkemesi hâkimini bağlamamalıdır.

F. Davanın Reddi Kararı

Davanın reddi kararı, mahkemenin önüne gelen uyuşmazlığa bakmayacağını, ilgili

²²⁵ Aras, *Kitap*, 264.

²²⁶ Aras, *Kitap*, 267.

²²⁷ Şahin/ Göktürk, s. 56.

²²⁸ Aras, *Kitap*, 270. Bu yönde bkz. 4. HD., E. 2023/10722 K. 2024/5782 T. 5.6.2024 (<https://www.lexpera.com.tr/> E.T. 07/03/2025). Yargıtay hakaret suçu nedeniyle yargılanan sanık hakkında fiili işlediğinin sabit olmaması nedeniyle beraat kararı verildiği, kararın temyiz edildiği ve temyiz aşamasında davanın zamanaşımına uğraması nedeniyle düşme yönünde hüküm kurulduğu olayda düşme kararı verilmeden önce sanığın suçu işlemiş olduğunun tespit edilememesi nedeniyle beraat kararı verilmesinden bahisle manevi tazminat istemini reddetmiştir. Kararı için bkz. 4. HD., E. 2023/2408 K. 2023/6090 T. 8.5.2023. Ancak Yargıtay'ın bu kararı bizce hatalıdır. Şayet dava zamanaşımı dolmamış olsaydı dahi sanık hakkında fiili işlemediği nedeniyle değil işleyip işlemediğinin kesin bir biçimde tespit edilememesi nedeniyle beraat kararı verilecekti. Yukarıda belirttiğimiz gibi beraat kararının, fiilin sanık tarafından işlenmediğinin tespit edilmesi nedeniyle verildiği durum hâric beraat kararları hukuk hâkimini bağlayıcı değildir.

²²⁹ Aras, *Kitap*, 273.

uyuşmazlığın en azından kararı veren yargılama merciince çözülür cinsten olmadığını gösteren karardır²³⁰. Hangi durumlarda davanın reddine karar verilmesi gerektiği CMK m. 223/VII’de düzenlenmiştir. Hükme göre; “*aynı fiil nedeniyle, aynı sanık için önceden verilmiş bir hüküm veya açılmış bir dava varsa davanın reddine karar verilir*”. Hükümden anlaşıldığı üzere davanın reddine karar verilmesi için ya sanık hakkında kesinleşmiş bir hüküm ya da hâlen derdest bir dava olmalıdır. Bir fiile ilişkin kesin hüküm yahut görülmekte olan bir dava bulunuyorsa davanın reddine karar verilmesi, *non bis in idem* ilkesinin bir tezahürüdür²³¹. Fiilin hukuki vasıflandırılmasının değişiminin de bu noktada bir önemi yoktur. Bunun nedeni, hüküm verilirken olası tüm vasıflandırmaların mahkemece göz önünde tutulmuş olmasıdır²³².

Davanın reddi kararı, maddi vakıalara ilişkin herhangi bir tespit içermemektedir. Mahkeme bu kararı vermekle aynı fiil ve fail açısından ya kesinleşmiş ya da devam etmekte olan bir davanın varlığına işaret etmektedir. Davanın reddine hükmedilmesine neden olan duruma göre ya kesinleşen ya da derdest olan davada verilen hüküm hukuk mahkemesinde etki doğurur. Şayet derdest bir davanın varlığı nedeniyle davanın reddine karar verilmişse hukuk mahkemesi bu davayı bekletici mesele yapabilir²³³.

G. Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararı

Son olarak tartışılması gereken mesele HAGB kararlarının hukuk mahkemesinde nasıl bir etki doğurması gerektiğidir. Doktrinde HAGB kararlarının hukuk yargılamasına nasıl etki etmesi gerektiği hususunda farklı görüşler serdedilmiştir. Bu görüşler ceza mahkemesi kararlarının hukuk mahkemesinde etki göstermesinin temelinde yatan neden ve güncel değişiklikler çerçevesinde ele alınmalıdır.

Doktrinde bir görüşe göre HAGB kararı niteliği gereği kesin hüküm değildir. Bu kararın verilmesinin sanık hakkında herhangi bir sonuç doğurmadığı CMK m. 231/V’te açıkça belirtilmiştir. Kararın verilmesi durumunda dava hâlen derdest olup sanık hakkında cezaya mahkûmiyet yahut beraat gibi herhangi bir hüküm verilmemiştir. Ceza mahkemesince HAGB kararının verilmesi durumunda TBK m. 74 anlamında bağlayıcı bir karar da bulunmamaktadır. Tüm bu nedenlerle HAGB kararı hukuk mahkemesi hâkimini bağlamaz²³⁴. Giderek, ceza mahkemesince HAGB kararı verilmesi durumunda hitama eren bir yargı bulunmamaktadır. Verilen bu kararda maddi vaka tespitleri ve bu tespitlere mebni hukuki değerlendirmeyi içeren, açıklanarak hukuk alanında varlık kazanan hüküm de söz konusu değildir. Hâkim kovuşturma aşamasının sonucunda sanık hakkında belirli bir yargıya ulaşmış, bunu hüküm şekline büründürmüş ancak hükmü açıklamayarak ona sonuçları açısından varlık kazandırmamıştır. Bu nedenle ortada hukuken bulunmayan bir hükmün havi olduğu maddi

²³⁰ Yalçın, s. 39.

²³¹ Dülger/ Taşkın, s. 758; Yalçın, s. 38; Yıldırım, s. 95. *Non bis in idem* ilkesinin uygulanması için ortada mutlak surette bir hüküm bulunması gerekmez. Ceza ilişkisini sona erdiren tüm durumlarda ilke uygulama alanı bulur. Ön ödeme veya uzlaştırma birer hüküm olmamakla birlikte bunlara konu edilmiş bir fiil hakkında da *non bis in idem* ilkesi uygulanır Yalçın, s. 39.

²³² Yalçın, s. 39.

²³³ Aras, *Kitap*, 258.

²³⁴ Yılmaz, s. 2142-43; Aras, *Kitap*, 191; Atalı, s. 2077-79; Nomer, Halûk Nami. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2021, s. 170; Belgin Güneş, s.95-96.

vakıaların tespitine dair nitelendirmeler, hukuk hâkimini bağlamaz²³⁵. Özellikle 7499 sayılı Kanun’la yapılan değişiklikten önceki durumda HAGB kararlarının etkin bir kanun yolu incelemesinden geçmeksizin onaylanması göz önünde tutulduğunda HAGB kararlarının hukuk mahkemesi hâkimini bağlaması, hukukî dinlenme ve adil yargılanma gibi hakların ihlâli sonucunu doğurabilmekteydi²³⁶.

Doktrindeki daha orta yolcu bir görüşe göre HAGB kararının verilmesi için öncelikle mahkûmiyet kararının verilmesi ancak bu hükmün açıklanmaması gerektiği göz önünde bulundurulduğunda ortada hukuken sonuç doğurmayan bir mahkeme kararı vardır. Şayet bu hüküm doğurmayan karara istinaden tazminata hükmedilirse HAGB kararı verildikten sonra denetim şartlarına uyulmaması nedeniyle hükmün açıklanması ve açıklanan hükmün kanun yollarına taşınması sonucunda beraat kararı verilmesi durumunda tazminat davasının temelini oluşturan mahkeme kararı da ortadan kalkmış olur. Öte yandan HAGB kararı verilmesi için sanığın üzerine atılı fiili işlediğine kanaat getirilmesi gerekir. Bu nedenle HAGB kararı hukuk mahkemesinin önüne delil olarak getirilirse hâkim ilgili kararı serbestçe değerlendirerek bir sonuca varmalıdır. Hâkim bu değerlendirmede ceza mahkemesi hâkimiyiyle aynı ya da farklı bir sonuca varabilir. Önemli olan bu kararın dikkate alınmasıdır²³⁷.

Doktrindeki diğer bir görüş ise HAGB kararlarının hukuk mahkemesi hâkimini bağladığını ileri sürmektedir. Bu görüşe göre ceza mahkemesi esasen sanık hakkında bir mahkûmiyet kararı vermeye yeter delil elde etmiştir. Mahkeme, maddi vakıalar açısından fiilin sanık tarafından işlendiğine kani olmuştur. Mahkemece HAGB kararı verilmesi ile mahkûmiyet kararı verilmesi arasındaki tek fark, çeşitli nedenlerle verilen kararın sanık hakkında ceza hukuku bakımından etki doğurmasının önüne geçilmek istenmesidir. Bu nedenlerle sanık hakkında HAGB kararı verilerek sabit görülen eylemler hukuk mahkemesi hâkimini bağlamalıdır²³⁸.

Yargıtay’ın da bu konuda farklı yönde kararları varittir. Yargıtay kimi kararlarında HAGB kararlarının maddi anlamda kesin hüküm niteliği taşımadığından bahisle bu kararların hukuk mahkemesi hâkimini bağlamadığına hükmetmiştir²³⁹. Ancak Yargıtay başka bazı kararlarında HAGB kararlarında maddi olguya ilişkin olarak yapılan tespitlerin hukuk mahkemesi hâkimini bağladığı yönünde karar vermektedir²⁴⁰.

²³⁵ Atalı, s. 2076.

²³⁶ Atalı, s. 2079; Yine benzer bir gerekçe için bkz. Budak/ Karaaslan, s. 344.

²³⁷ Erdönmez, s. 200-201.

²³⁸ Kılıçoğlu, *Borçlar Genel*, s. 609-10.

²³⁹ HGK., E. 2017/1353 K. 2018/1552 T. 23.10.2018 (<https://www.lexpera.com.tr/> E.T. 09/03/2025). 11. HD., E. 2023/3441 K. 2024/6597 T. 19.9.2024 Yine bu yönde bkz. 11. HD., E. 2023/5529 K. 2024/3022 T. 18.4.2024 (<https://www.lexpera.com.tr/> E.T. 09/03/2025). “(...) maddi olgunun belirlenmesi yönünden hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının, kesinleşmiş bir ceza hükmü olmadığından, hukuk hâkimini bağlamayacağının kabulü gerekir” HGK., E. 2017/681 K. 2019/46 T. 31.1.2019 (<https://www.lexpera.com.tr/> E.T. 09/03/2025).

²⁴⁰ Yargıtay, bir yatılı okulda kalan öğrencinin ranzasından düşüp hayatını kaybettiği olaya ilişkin davada sanıklardan yatılı okul müdür vekilinin, hayatını kaybeden çocuğun daha önceden de ranzadan düşmesi nedeniyle yaralanmasına rağmen herhangi bir tedbir almadığı, ilkokul çağındaki çocukların olaydaki gibi ranzalarda uyumasının güvenli olmadığı hususunda kendisinin uyarılmasına ve boş yatak bulunmasına rağmen müteveffaya uygun bir yatak vermemesi nedenleriyle kusurlu bulunduğu ve hakkında taksirle ölüme sebebiyet verme nedenine dayalı HAGB kararı verildiği olayda şu şekilde karar vermiştir; “Davalı hakkında ceza mahkemesi tarafından hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmiş olup, yukarıda yapılan açıklamalar uyarınca hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı maddi olgu yönüyle kesin bir mahkûmiyet kararı değildir. Ancak, Yargıtay 12. Ceza Dairesinin 29.01.2014 tarihli ve 2013/29879 E.,

Kanımızca HAGB kararının hukuk mahkemesini bağlayıp bağlamadığının tespitinde ceza mahkemesi kararının hukuk mahkemesinde etki göstermesinin nedeninin ne olduğundan hareket etmek gerekir. Yukarıda da belirtmiş olduğumuz gibi, mahkemelerin verdiği ilamlar HMK m. 204/I hükmü çerçevesinde kesin delil sayılır. İlamın hangi mahkemece verildiği yahut kesinleşip kesinleşmediği bağlayıcı niteliğin doğmasında etki göstermez²⁴¹. İlamların bağlayıcı olması için kararın kesinleşmesini beklemek, HMK m. 204'ün mantığıyla da çelişiktir. Mahkeme haricindeki bir resmi kurumca verilen belgenin kesin delil teşkil etmesi için belgenin *kesinleşmesi* gibi bir süreçten bahsedilemez. Ancak bu tür belgeler kesin delil niteliği taşır. Bir resmî kurum olduğundan şüphe duyulmayan mahkemelerce verilen ilamların bağlayıcı olması için bunların kesinleşmesini beklemek kamu kurumları arasında bir güven hiyerarşisi oluşmasına sebebiyet verir. Ceza mahkemeleri, HAGB kararı vermek için dosyada yapılması gerekli tüm tahkikat işlemlerini yapıp fiilin sanık tarafından işlendiğinin kesin bir biçimde sübut bulduğuna kanaat getirdikten sonra sanık hakkında mahkûmiyet hükmü kurmakta ancak bu hükmün açıklanmasını belirli şartlarla ertelemektedir. Başka bir anlatımla sanık hakkında HAGB kararı verilmesi, fiilin sanık tarafından işlendiğinin kesin bir biçimde ortaya konduğu manası taşır. Verilen karar HAGB yönünde bile olsa *in dubio pro reo* ilkesi mutlak surette ceza yargısında geçerli bir prensiptir. Ne var ki uygulamada, HAGB kararlarının sanık hakkında bir sonuç doğurmamasından bahisle mahkemelerin ayrıntılı bir inceleme yapmaksızın HAGB kararı verdiği görülmektedir²⁴². Ancak bu durum gerek *in dubio pro reo* ilkesine gerek adil yargılanma hakkına aykırılık teşkil etmektedir. Bununla birlikte 7499 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle HAGB kararlarına karşı etkin bir kanun yolu denetiminin önü açılmıştır. Yapılan değişiklik sonrasında istinaf mercii, HAGB kararlarını gerek usul gerek esas bağlamında ayrıntılı bir biçimde inceleyecektir. İstinaf mahkemesinin HAGB kararlarını esastan incelemeye başlamasıyla üstünkörü bir tahkikata mebni olarak HAGB kararı verilmesi yönündeki itiyattan sarfınazar edilecektir. Sanık hakkında beraat kararı verilmesi mümkün olmasına rağmen HAGB kararı verilmesi durumunda bölge adliye mahkemesinin kararı bozarak beraat hükmü vermesinin önünün açılması, HAGB kararlarının güvenilirliğini de artırmıştır. Değişiklik sonrasında ilk derece mahkemesi hâkimlerinin, kararlarının bozulması endişesiyle olaya ilişkin daha detaylı bir araştırma yapması olasıdır. Değişiklik öncesinde doktrinde haklı olarak HAGB kararlarının etkin bir denetim mekanizmasına tâbi tutulmaması nedeniyle hukukî dinlenilme hakkının zedelendiği dile getirilmekteydi. Özellikle HAGB kararına

2014/2013 K. sayılı kararı ile; (...) ...'ün kusurlu bulunduğu, kusurun Yargıtay aşamasında verildiği ve mahkemece bozmaya uyulmakla kusurun varlığına ilişkin maddi olgunun kesinleştiği anlaşıldığından bu husus hukuk hâkimi yönünden yukarıda açıklanan nedenlerle bağlayıcı olacaktır. HGK., E. 2017/1437 K. 2022/15 T. 18.1.2022 (<https://www.lexpera.com.tr/> E.T. 09/03/2025). Yargıtay bazı kararlarında her ne kadar HAGB kararı kesin hüküm olmadığı için bağlayıcı değilse de bu kararın verilmesine ilişkin olan maddi vakıa tespitlerinin delil olarak değerlendirilmesi gerektiğini kabul etmektedir. Bu yönde bkz. 10. HD., E. 2022/2051 K. 2023/3637 T. 4.4.2023 yine aynı yönde bkz. 10. HD., E. 2023/8518 K. 2024/7905 T. 9.7.2024, 10. HD., E. 2022/1560 K. 2023/1665 T. 23.2.2023 (<https://www.lexpera.com.tr/> E.T. 09/03/2025).

²⁴¹ Akkan, s. 15-16; Belgin Güneş, s.156.

²⁴² Nitekim bu yönde "Uygulamada, HAGB müessesesinin tatbikine karşı önyargı olduğu, sanığın bu müessesesinin tatbikini kabul edip, diğer şartların da varlığı halinde, mahkeme tarafından yargılamanın esasına girilmeyip, davanın hemen bitirilmeye çalışıldığı, sanığın masumiyet/suçsuzluk karinesinin gözardı edilip, mahkûmiyet ilanı olmayan ve suç sabıkası olarak adli sicil kaydına geçmeyen HAGB'nin usul ekonomisi açısından tercih edildiği, bu müessesesinin amaç ve fonksiyonuna uygun şekilde kullanılmadığı düşünülmektedir. Bu müessesesinin tatbikini kabul eden sanık ve avukatının, HAGB'ye muvafakat verdiği takdirde peşinen mahkûmiyeti kabul ettiği şeklinde algıya kapıldığı ve bu algıda düzelme olmadığı görülmektedir. HAGB'nin şartları olsun veya olmasın, mahkemece yargılamanın esasına her durumda girilmeli ve bu müessese de sanık lehine olan diğerleri gibi uygulanmalıdır" Şen/ Maviş, s. 118.

karşı yalnızca itiraz kanun yolunun öngörüldüğü dönemde sanık HAGB kararından yararlanabilmek adına itiraz kanun yoluna başvurmadan sarfınazar edebilmektedir²⁴³. Nitekim Yargıtay, HAGB kararlarına karşı aleyhe bozma yasağını uygulamamaktaydı. Kimi zaman sanık, beraat etme ihtimalini düşünüyorsa da HAGB kararına itiraz edip daha ağır bir ceza ile karşılaşma riski ile karşı karşıya kaldığında HAGB'nin adli sicile işlenmemesi gibi nispeten olumlu yönleri nedeniyle itiraz kanun yoluna başvurmadan kaçınabilmektedir. Zira değişiklik öncesinde Yargıtay'ın HAGB kararlarına karşı aleyhe bozma yasağını uygulamamasının temelinde bu yasağın istisnai bir durum olması ve bu istisnaya da itiraz kanun yoluna ilişkin düzenlemelerde yer verilmemiş olması yatmaktaydı. Ancak yapılan son değişiklik sonrasında HAGB kararlarının istinaf kanun yoluna tâbi olması nedeniyle bu kararlar hakkında da aleyhe bozma yasağının uygulanması gerekmektedir.

Hukuk mahkemesinin HAGB kararıyla bağlı olduğunun kabulü durumunda CMK m. 231/V'teki *"hükmün açıklanmasının geri bırakılması, (...) kurulan hükmün sanık hakkında bir hukukî sonuç doğurmamasını ifade eder"* hükmünün nasıl anlaşılması gerektiği sorusu akla gelebilir. Hükümde HAGB kararının sanık hakkında bir sonuç doğurmadığı söylenmiş olsa da bu ifade verilen kararın ceza hukuku bağlamında bir sonuç doğurmaması, kararın adli sicile işlenmemesi ve istisnai hâller dışında bu hükmün memuriyete engel teşkil etmemesi anlamına gelmektedir²⁴⁴. Örneğin hakkında HAGB kararı verilen kişi tekrar bir suç işler ve bu suçu nedeniyle bir cezaya mahkûm edilirse ikinci ceza için tekerrür hükümleri uygulanmaz. Ancak CMK m. 231/V hükmü, verilen kararın hukuk mahkemesinde delil olarak kullanılmasını engellemez. Kaldı ki HAGB kararının hukuk mahkemesinde delil niteliği göstermesi tek başına bu kararın sanık hakkında hüküm doğurduğu anlamına gelmez. Gerçekten de hukuk mahkemesinde görülmekte olan bir davada mahkemenin HAGB kararı çerçevesinde tespit edilen maddi olguların sübut bulduğunu kabul etmesi gerekse bile dava konusu hakkında karar verirken genel usul kuralları çerçevesinde hareket etmesi gerekir. Örneğin eşlerden birinin diğerine hakaret etmesi sonucunda HAGB kararı verilmiş olması durumunda bu kararın bir boşanma sebebi teşkil edip etmediğinin tespiti noktasında hukuk mahkemesi hâkimi tamamen serbesttir. Buradan da anlaşıldığı üzere sanık hakkında HAGB kararı verilmiş olması doğrudan bir etki doğurmamakta, sanık üzerinde doğan etkinin temel sebebini ise hukuk mahkemesince verilen karar oluşturmaktadır. Tüm bu gerekçelerle HAGB kararının hukuk mahkemesinde dikkate alınması CMK m. 231/V hükmüne aykırılık teşkil etmemektedir.

Hukuk mahkemesince HAGB kararının dikkate alınarak karar verilmesi durumunda bunu masumiyet karinesini ihlâl edip etmediği sorusu akla gelebilir. Masumiyet karinesi, ceza yargılaması süresince ve ceza yargılaması mahkûmiyet dışında bir nedenle sona erdiğinde sanığın masum olduğundan şüphe edilmemesi gerektiği anlamını taşır²⁴⁵. Burada öncelikli olarak belirtmek gerekir ki her ne kadar masumiyet karinesi tabiri ceza yargılamasıyla özdeşleşmiş olsa da ceza yargılaması

²⁴³ Yargıtay CGK., E. 2019/148 K. 2023/361 T. 21.6.2023 (<https://www.lexpera.com.tr/> E.T. 09/03/2025).

²⁴⁴ Dülger, s. 763.

²⁴⁵ "AIHM içtihatlarında, masumiyet karinesi ile sağlanan güvencenin iki yönünün bulunduğu ifade edilmiştir. (...) Sözleşme'nin 6. maddesinin ikinci fıkrası kapsamındaki güvencenin ilk yönü, kişi hakkındaki ceza yargılaması sonuçlanıncaya kadar ceza gerektiren bir suçla suçlandığı süreye ilişkin iken masumiyet karinesi güvencesinin ikinci yönü, ceza yargılaması sonucunda mahkûmiyet dışında bir hüküm kurulduğunda devreye girer ve daha sonraki yargılamalarda ceza gerektiren suç karşısında kişinin masumiyetinden şüphe duyulmamasını gerektirir" (Seven/Türkiye, B. No: 60392/08, 23/1/2018, § 43)" AYM- Abdülaziz Gökalp [1.B.], B. No: 2018/23214, 25/2/2021, § 24.

haricindeki herhangi bir yargılamada da masumiyet karinesinin gereklerine riayet etmek gerekir²⁴⁶. Ancak mahkûmiyet ile sonuçlanmamış bir ceza yargılaması bulunmasına rağmen aynı olaya istinaden tazminata hükmedilmesi²⁴⁷ yahut ceza yargısında cari *in dubio pro reo* ilkesinin geçerli olmaması nedeniyle daha hafif bir ispat külfetinin bulunduğu yargılama kollarında kişinin sorumluluğuna gidilmesi de masumiyet karinesini zedelemeyiz²⁴⁸. Burada önemli olan mahkemenin kararlarında kullanmış olduğu ifadelerdir. Şayet mahkeme kararlarında kullanılan dil, kişinin hâlihazırda yükümlü ya da suçlu olduğunu ima ediyor ise bu durum masumiyet karinesini zedeler²⁴⁹. Hukuk mahkemesince verilen kararın gerekçesinde kişinin üzerine atılı fiili işlediği kesin ifadelerle belirtilmişse bu durum masumiyet karinesini zedeler²⁵⁰.

Danıştay HAGB kararı verilmesi durumunda bu kararı suçun sübutuna dair bir delil olarak görmemekle birlikte sanığın mahkemede ikrarda bulunması durumunda bu ikrarın bağlayıcı olduğuna hükmetmektedir. Sanığın, terör örgütüne üye olma suçunu işlediği ancak etkin pişmanlıktan yararlandığı ve hakkında HAGB kararı verildiği olayda Danıştay, masumiyet karinesi gereği verilen hükümün hiçbir sonuç doğurmaması gerektiğini ancak etkin pişmanlıktan yararlanan sanığın ikrarının bağlayıcı olduğuna karar vermiştir²⁵¹. Başka bir dosyada ise Danıştay, terör propagandası yapma suçundan hakkında HAGB kararı verilen şahsın işyeri hekimliği sınavını başarıyla geçmesine rağmen HAGB kararının gerekçe gösterilerek başvurusunun reddedilmesini hukuka aykırı bulmuştur²⁵². Sanık hakkında zimmet suçundan kaynaklı HAGB kararı verildiği başka bir olayda ise Danıştay HAGB kararının disiplin kovuşturması bağlamında leh ya da aleyhte bir sonuç doğurmaması gerektiğini ancak ceza yargısında dosyaya intikal eden delil, ifade, bilgi ve belgelerin birlikte değerlendirilmesi sonucunda idari yaptırıma hükmetmenin mümkün olduğu yönünde karar

²⁴⁶ “Masumiyet karinesi, ceza yargılaması kapsamında bir usul güvencesi olmasına rağmen buna ilişkin korumanın uygulanabilir olması ve etkili şekilde sağlanabilmesi için beraat eden veya bir şekilde hakkındaki ceza yargılaması devam etmeyen kişilere kamu görevlileri veya otoritelerince suçlu muamelesinde bulunulmasını önlemelidir. Bu kapsamda ceza davasını takip eden ve ceza yargılaması niteliğinde olmayan herhangi bir yargılamada da (hukuk, disiplin gibi) masumiyet karinesine özen gösterilmelidir” AYM- S.M. [GK], B. No: 2016/6038, 20/6/2019, § 22.

²⁴⁷ “Bununla birlikte ceza yargılamasında mahkûmiyetle sonuçlanmamış aynı olaylara dayanılarak bir kişinin disiplin suçundan suçlu bulunması veya hakkında tazminata karar verilmesi masumiyet karinesini otomatik olarak ihlal etmez” AYM- S.M. [GK], B. No: 2016/6038, 20/6/2019, § 22.

²⁴⁸ “AİHM ayrıca, cezai sorumluluğun kaldırılması hâlinde bile daha hafif bir ispat külfeti temelinde aynı olaylardan doğan hukuki veya diğer sorumlulukların tesis edilmesine hâlel getirilmediğine işaret etmektedir” AYM- Abdülaziz Gökalp [1.B.], B. No: 2018/23214, 25/2/2021, § 25.

²⁴⁹ “AİHM, ayrıca cezai sorumluluğun kaldırılması hâlinde bile daha hafif bir ispat külfeti temelinde aynı olaylardan doğan hukuki veya diğer sorumlulukların tesis edilmesine hâlel getirilmediğine işaret etmektedir. Ancak nihai bir cezai hüküm olmaksızın disiplin yargılaması kapsamında başvurana iddia konusu eylemi nedeniyle cezai sorumluluk yükleyen bir ifadenin bulunması hâlinde 6. maddenin (2) numaralı fıkrası kapsamına giren bir mesele söz konusu olacaktır (Seven/Türkiye, § 51)” AYM- Abdülaziz Gökalp [1.B.], B. No: 2018/23214, 25/2/2021, § 25; AYM- Şenol Türkyılmaz [1.B.], B. No: 2018/16070, 6/10/2022, § 24; “Bununla birlikte ceza yargılamasında mahkûmiyetle sonuçlanmamış aynı olaylara dayanılarak bir kişinin disiplin suçundan suçlu bulunması veya hakkında tazminata karar verilmesi masumiyet karinesini otomatik olarak ihlal etmez. Bu kapsamda karar vericilerin kullandıkları dil kritik önem taşır (*Allen/Birleşik Krallık* [BD], B. No: 25424/09, 12/7/2013, §§ 92-105, 120-126)” AYM- S.M. [GK], B. No: 2016/6038, 20/6/2019, § 22

²⁵⁰ “Bölge İdare Mahkemesi kararının gerekçesinde kullanılan ifadeler ve ceza mahkemesinin açıklanması ertelenen hükmüne dayanılması nedeniyle başvurunun ceza yargılanmasına konu eylemi işlediği ve suçlu olduğu inancının yansıtıldığı anlaşıldığından Anayasa’nın 36. ve 38. maddelerinde güvence altına alınan masumiyet karinesinin ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir” AYM- Enez Ersöz [1.B.], B. No: 2018/19673, 31/3/2022, § 45.

²⁵¹ Danıştay 5. D., E. 2023/23512 K. 2024/829 T. 9.2.2024 (<https://www.lexpera.com.tr/> E.T. 11/03/2025).

²⁵² Danıştay 4. D., E. 2023/12693 K. 2024/4418 T. 4.7.2024 (<https://www.lexpera.com.tr/> E.T. 11/03/2025).

vermiştir²⁵³.

Kanımızca burada ikili bir ayırım yapılması gerekmektedir. Belirli suçlardan yahut belirli bir sürenin üzerinde hapis cezasına mahkûm olmak kanunlarda hak yoksunluğu yahut memuriyetten çıkarma gibi sonuçlara bağlanmış ise sanık hakkında HAGB kararı verilmesi bu mahrumiyetlerin doğmasına neden olmaz. Zira ortada kanunlarda sayıldığı şekilde bir mahkûmiyet kararı yoktur. Bu durumda kişi, belirli suçtan mahkûm olmamasına rağmen hakkından yoksun bırakılırsa masumiyet karinesi de ihlal edilmiş olur. Ancak HAGB kararına konu olay nedeniyle sanık hakkında bir disiplin kovuşturması başlatılmışsa bu kovuşturmada karara konu olayın sübutuna dair deliller disiplin kovuşturmasında pekâlâ kullanılabilir. Giderek, sanık hakkında HAGB verilmişse disiplin kovuşturması çerçevesinde bu fiilin işlenmediğine karar verilemez. Bununla birlikte idare, yaptığı disiplin kovuşturmasında fiilin disiplin cezasını gerektirir nitelikte olup olmadığını tâbi olduğu usul çerçevesinde ayrıca değerlendirebilir.

SONUÇ

Bir hayat olayının hem ceza hem hukuk mahkemesini ilgilendirmesi durumunda farklı yargı kollarınca verilen kararlar birbirini çeşitli şekillerde etkilemektedir. Çalışma kapsamında ceza mahkemesinde verilen kararların hukuk mahkemesinde nasıl etki gösterdiği, bu etkinin hukukî sebebi ve sınırlılıkları ortaya konmuştur. Çalışma bağlamında varlığımız sonuçların aşağıdaki gibi özetlenmesi mümkündür:

- Ceza mahkemesince verilen kararların hukuk mahkemesinde etki etmesinin nedeni, HMK m. 204/I hükmüdür. Bu hükme göre ilamlar resmî belge olmaları sıfatıyla kesin delil etkisi gösterirler. İlamların kesin delil olarak kabul edilmesi için kesinleşmesi şart değildir.
- Ceza mahkemesi ve hukuk mahkemesinde görülen davaların tarafı ve konusu aynı değildir. Kesin hükmün olumsuz etkisi doğması için aranan davanın taraf- konu- dava sebebi aynılığı kural olarak ceza mahkemesi ve hukuk mahkemesinde görülmekte olan yargılamalarda oluşmaz. Ancak istisnai olarak yaş düzeltme davaları ile senedin sahteliğine ilişkin davalarda kesin hükmün olumsuz etkisinin doğması mümkündür.
- Ceza mahkemesince verilen kararlarda bir maddi vakıa tespiti kuşkuya yer bırakmaz biçimde yapılmışsa bu tespit hukuk mahkemesini bağlar. Tespit, bir fiilin işlenip işlenmediği yahut failin kişiliği gibi hususlara ilişkin olabilir.
- Hukuka aykırılık kavramı ceza mahkemesi ve hukuk mahkemesinde farklılık gösterir. Gerçekten de bir fiilin suç olması doğrudan onu hukuk mahkemesi önünde de hukuka aykırı hâle getirmez. Suç teşkil eden fiilin hukuk mahkemesi önünde de hukuka aykırı sayılması için hukuka aykırılık bağının kurulması gerekir. Keza bir fiil hukuk mahkemesi önünde hukuka aykırı olmasına rağmen suç teşkil etmeyebilir. Bu nedenle ceza mahkemesinin hukuka aykırılığa ilişkin tespitleri hukuk mahkemesini bağlamaz.
- Şayet zarar, suçun unsurlarından biri olarak öngörülmüşse ve kişinin suçu işlediği mahkemece tespit olunmuşsa hukuk mahkemesi bir zarar doğmadığını ileri süremez. Ancak zararın miktarının belirlenmesi noktasında hukuk mahkemesi serbestçe hareket eder.

²⁵³ Danıştay 12. D., E. 2021/7735 K. 2024/2902 T. 5.6.2024; Yine aynı yönde bkz. Danıştay 12. D., E. 2019/3482 K. 2022/6439 T. 14.12.2022 (<https://www.lexpera.com.tr/> E.T. 11/03/2025).

- Ceza yargısında kusurluluğa ilişkin şartlar hukuk mahkemesine nazaran daha sıkıdır. Ceza mahkemesi nezdinde kusurlu olarak kabul edilen birinin hukuk mahkemesinde kusursuz kabul edilmesi hukuk mantığı ile çelişir. Ancak ceza mahkemesince kusursuz bulunan biri, hukuk mahkemesi önünde kusurlu olabilir.
- Ceza hukuku bağlamında fiilin sonucundan kaynaklı olarak kişinin sorumlu tutulabilmesi için bu fiilin faile objektif olarak isnat edilebilmesi gerekir. Objektif isnadiyetin sağlanması için öncelikle uygun illiyet bağı kurulmalı daha sonrasında bu fiilden kaynaklı olarak kişinin muaheze edilebilir olup olmadığına karar verilmelidir. Görüldüğü üzere ceza sorumluluğunun doğması açısından aranan sebep- sonuç ilişkisi, hukuk mahkemesine nazaran daha sıkı şartlar taşır. Bir fiilin ceza hukuku bağlamında faile isnat edilebilir olması durumunda bu fiil borçlar hukuku anlamında da evleviyetle kişiye isnat edilebilir.
- Ceza mahkemesince verilen kararlar şayet bir maddi vakıaya ilişkin olarak şüpheye yer vermeyecek biçimde tespitler içeriyorsa bu kararın türünün ne olduğuna bakılmaksızın maddi vakıa tespitlerinin hukuk mahkemesi hâkimini bağlaması gerekir.
- Ceza mahkemesince verilen HAGB kararları, hüküm niteliği taşımaz. Ancak ceza mahkemesi kararlarının hukuk mahkemesinde bağlayıcı etki doğurması HMK m. 204/I hükmünden ileri gelir. Bu bağlamda mahkemelerce verilen ilamlar kesin delil niteliği taşır. Madde metninde yalnızca ilamdan bahsedilmiş olması, bunların kesin delil teşkil etmesi için kesinleşmesi gerekmediğini gösterir. Maddede ilamların resmî belge olması yönü dikkate alınarak bunlara kesin delil niteliği hamledilmiştir. Sair resmî belgelerin kesin delil teşkil etmesi için bunların *kesinleşmesi* gibi bir izlek öngörülmemiştir. Diğer resmî makamlarca verilen belgeler kesin delil olarak kabul edilirken mahkemelerce verilen ilamların kesin delil teşkil etmesi için bunların kesinleşmesini beklemek resmî makamlar arasında bir güven hiyerarşisi oluşmasına neden olur. Tüm bu nedenlerle HAGB kararları HMK m. 204/I hükmü çerçevesinde ilam olduğu için kesin delil teşkil etmeli ve hukuk mahkemesi hâkimini bağlamalıdır.

KAYNAKÇA

- Akkan, Mine. “Medenî Usûl Hukukunda Tarafların Farklı Olması Durumunda Kesin Hükümün Delil Niteliği”. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 11/ Özel Sayı, 2010, s. 3-61.
- Akkaya, Çetin. “Suçların İçtimai Bağlamında Fiil Tekliği”. *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, C. 13, 2019, s. 1-38.
- Akyürek, Güçlü. *Yargılamanın Yenilenmesi*. 3. Basım, Seçkin Yayınevi Ankara, 2018.
- Alangoya, Yavuz. “Yargılama Sırasında Tarafta (Yanda) İradî Olarak Meydana Gelen Değişme Hakkında Düşünceler”. *İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 3, S. 5, 1969, s. 125-194.
- Antalya, Gökhan. *Marmara Hukuku Yorumu Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. 2. Basım, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019.
- Aras, Aslı. “Çekişmesiz Yargı İşlerinde Görev ve Yetki”. *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* C. 7, S. 1, 2016, s. 65-86.
- Aras, Bahattin. *Hukuk ve Ceza Mahkemesi Kararlarının Birbirine Etkisi*. Yetkin Yayınevi, Ankara, 2014.
- Aras, Bahattin. “Hukuk ve Ceza Mahkemelerinin Yaş Tespiti Kararlarının Birbirine Etkisi”. *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, C. 5, 2015, s. 83-113.
- Aras, Bahattin. “Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kurumu ve Uygulamadaki Sorunlar”. *Terazi Hukuk Dergisi*, C3, S. 22, 2008, 71-88.
- Artuk, Mehmet Emin. “Güvenlik Tedbirleri”. *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XII, S. 1-2, 2008, s. 461-492.
- Atakan, Arda. “Kamu Düzeni Kavramı”. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C.13, S. 1-2, 2007, s. 59-136.
- Atalı, Murat. *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku*. 15. Baskı, On İki Levha Yayınevi, İstanbul, 2017.
- Baytaç, Batuhan. “Onarıcı Adalet’e Genel Bir Bakış”. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. LXXI, S.1, 2013, s. 117-130.
- Bekar, Elif. “Ceza Muhakemesinde Hüküm Çeşitleri (CMK m. 223)”. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. LXXV, S.1, 2017, s. 15-60.
- Belgesay, Mustafa Reşit. “Ehli Vukuf Mütalaasının İlmi Değeri ve Kanuni İsbat Kuvveti”. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 10, 1945, s. 543-548.
- Belgin Güneş, Derya. *Ceza Mahkemesi Kararlarının Hukuk Mahkemesi Bakımından Etkileri*. On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.

- Bildir, Murat. “Hukuk Mahkemesinin Bekletici Sorun Kararı Üzerine Ceza Mahkemesinde Verilen Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararının Etkisi”. *TBB Dergisi*, C. 177, 2025, s. 79-126.
- Budak, Ali Cem/ Karaaslan, Varol. *Medeni Usul Hukuku*. 6. Basım, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2022.
- Cebeci, Şeyma. *Türk Ceza Hukuku Bağlamında Ne Bis In Idem İlkesi*. On İki Levha Yayıncılık, Ankara, 2021.
- Demirbaş, Timur. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. 19. Basım, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2024.
- Dişel, Buse. “Ceza Mahkemesi Kararının Hukuk Mahkemesi Kararına Etkisi ve Bekletici Sorun Yapılması”. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 11/ Özel Sayı, 2009, s. 183-224.
- Dönmezer, Sulhi/ Erman, Sahir. *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*. IV Cilt. 14. basıdan 15. tıpkı baskı, Der Yayınları, İstanbul, 2021.
- Dülger, Murat Volkan. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. 2. Basım, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2023.
- Dülger, Murat Volkan/ Taşkın, Şaban Cankat. *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 2. Basım, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2024.
- Ekşi, Nuray. “Yargıtay Kararları Işığında Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Kamu Düzeni”. *Public and Private International Law Bulletin*, C. 40, S. 1, 2020, s. 143-201.
- Epözdemir, Rezan. *Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması*. 3. Basım, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- Erdönmez, Güray. *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl hukuku*, 15. Baskı, On İki Levha Yayınevi, İstanbul, 2017.
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. 24. Basım, Yetkin Yayınevi, Ankara 2019.
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. 28. Basım, Legem Yayınevi, Ankara, 2023.
- Eren, Fikret/ Dönmez, Ünsal. *Eren Borçlar Hukuku Şerhi*. 2. Baskı. Yetkin Yayınları, Ankara, 2023.
- Evirgen, Selen. *Ceza Muhakemesi Hukukunda Kesin Hüküm*. Adalet Yayınevi, Ankara, 2024.
- Günay, Erhan. *Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması*. Seçkin Yayınevi, Ankara, 2010.
- Güner, Uğur. “Türk Ceza Hukukunda Mahkûmiyet Hükmünün Açıklanmasının Ertelenmesi”. *Ceza Hukuku Dergisi*, C. 9, S. 25, 2014, s. 181-200.
- Günergök, Özcan/ Kayıhan, Şaban. *Borçlar Hukuku Dersleri Genel Hükümler*. 2. Basım, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2024.
- Güngör, Devrim/ Okuyucu Ergün, Güneş. “Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması”. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 65, S. 4, 2016, s. 1951-1965.

- İçel, Kayıhan. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. 7. Basım, BETA Basım Yayım Dağıtım A.Ş. İstanbul, 2023.
- İpek, Ali İhsan. “Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararlarının Hukuk Muhakemesine Etkisi”. *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 7, S. 67, 2012, s. 83-88.
- Kafes, Veli. “Ceza Hukukunda Mağdurun Zararının Giderilmesi”. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 60, S. 1, 2011, s. 83-156.
- Kangal, Zeynel. *Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu*. Seçkin Yayınevi, Ankara, 2010.
- Kapancı, Kadir Berk. “Ceza Mahkemesi Kararlarının Hukuk Mahkemesi Kararlarına Etkisi (TBK m. 74)”. *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 7, S. 1, 2016, s. 511-552.
- Kara Kılıçarslan, Seda. “Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesine Dayanan Sorumluluğun Medeni Hukuk Çerçevesindeki Görünümü”. *Medeni Hukuk Dergisi*, C. 1, S. 1, 2024, s. 96-122.
- Karakehya, Hakan/ Arabacı, Murat. “Cumhuriyet Savcısının Hukuki Statüsü, Muhakemedeki Taraf Pozisyonu ve İspat Yükünün Bulunması Üzerine”. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 65, S. 4, 2016, s. 2059-2081.
- Karkurt, Ahu. *Ceza Muhakemesi Hukukunda Muhakemenin Yenilenmesi*. Seçkin Yayınevi, Ankara 2009.
- Karslı, Abdurrahim. *Medeni Muhakeme Hukuku*. 5. Basım, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020.
- Katayıfçı, Derya Ece. *Yargı Kararları Işığında Medeni Usul Hukukunda İstinaf*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2020.
- Kelep Pekmez, Tuba. *Ceza Muhakemesinde Fiil*. On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019.
- Kelep Pekmez, Tuba. “Ceza Muhakemesinde Objektif Bir Taraf Olarak Savcılık Makamı”. *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 7, S. 2, 2021, s. 275-291.
- Kılıçoğlu, Ahmet. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. 27. Basım, Turhan Kitabevi, Ankara, 2024.
- Kılıçoğlu, Ahmet. “Haksız Fiillerden Sorumlulukta Ceza Hukuku ile Medenî Hukuk İlişkisi”. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 29, S. 3, 1973, s. 185-225.
- Koca, Mahmut - Üzülmüş, İlhan. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. 17. Basım, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2024.
- Kumbasar, Enver. *Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması*. Seçkin Yayınevi, Ankara 2012.
- Kurşun, Günel. *Ceza Muhakemesinde Hüküm*. Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016.
- Kuru, Baki. *Hukuk Muhakemeleri Usulü*. 6. Baskı, Demir Demir Müşavirlik ve Yayıncılık, İstanbul, 2001.
- Kuru, Baki. *Hukuk Muhakemeleri Usulü*. 6. Baskı. Demir Demir Müşavirlik ve Yayıncılık, İstanbul, 2001.

- Meraklı, Deniz. “Özel Hukuka İlişkin Uyuşmazlıklarda Resmi Bir Bilirkişi Kurumu Olarak Adli Tıp Kurumu”. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 11/Özel Sayı, 2010, s. 325-376.
- Meraklı, Serkan. “Parada Sahtecilik Suçu (TCK m. 197)”. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 26, S. 2, 2020, s. 726-776.
- Müller, Christoph. *CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht*. Schulthess Juristische Medien AG, 4. Basım, 2023.
- Nomer, Halûk Nami. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Beta Yayıncılık A.Ş. İstanbul, 2021.
- Oğuzman, Kemal/ Öz, M. Turgut. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. 12. Basım, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016.
- Öktem Çevik, Seda. “Çocuğun Anne ve /veya Babası Haricindeki Kişilerin Nüfus Siciline Kaydedilmesinden Doğan Sorunların Değerlendirilmesi”. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 22, S. 3, 2016, s. 2105-2130.
- Özbek, Veli Özer vd. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. 15. Basım, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2024.
- Özbek, Veli Özer vd. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. 15. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2024.
- Özdemir, Emrah - Sarsıkoğlu, Şenel. “Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Kanun Yolu Kavramı ve Türleri”. *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sempozyum Dergisi*, C. 1, S. II, 2019, s. 3-43.
- Özekes, Muhammet. “Medeni Usul Hukukunda Yok Hüküm ve Etkisiz Hüküm”. *Yargıtay Dergisi*, C. 26, S. 4, 2000, s. 661-699.
- Özekes, Muhammet. Sorularla Medeni Usûl Hukukunda Yeni Kanun Yolu Sistemi (İstinaf ve Temyiz). Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2008.
- Özen, Mustafa. “Non Bis In Idem (Aynı Fiilden Dolayı İki Kez Yargılama Olmaz) İlkesi”. *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 14, S.1, 2010, s. 389-417.
- Özgenç, İzzet. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 20. Baskı., 2024.
- Özkaya Ferendeci, Hamide Özden. *Kesin Hükümün Objektif Sınırları*. On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2009.
- Öztürk, Bahri vd. *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*. ed. Bahri Öztürk. 18. Basım, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2024.
- Rüetschi, Sven. ZPO, Band I: Art. 1-149 Schweizerische Zivilprozessordnung. Stämpfli Verlag AG, 2012.
- Sadikhzada, Abulfaz. *Kesin Hükümün Olumlu Etkisi*. On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2024.
- Sutter-Somm, Thomas - Seiler, Benedikt. *Handkommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung Art. 1-408 ZPO*. Schulthess Juristische Medien AG, 2021.

- Şahin, Cumhur/ Göktürk, Neslihan. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. 14. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2023.
- Şahin, Cumhur/ Göktürk, Neslihan. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. 15. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2024.
- Şen, Ersan/ Maviş, Mert. *Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması*. Seçkin Yayınevi, Ankara, 2014.
- Taner, Fahri Gökçen. “Hükmün Açıklanmasının Ertelenmesinin (Geri Bırakılmasının) Hukuki Niteliği ve Ertelemeyi Kabul Edip Etmediğinin Sanığa Duruşma Devresinin Sona Ermesinden Önce Sorulmasının Hukuka Aykırılığı Üzerine”. *Ankara Barosu Dergisi*, C. 4, 2011, s. 287-298.
- Tanrıver, Süha. *Medenî Usûl Hukuku*. 2. Basım, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2018.
- Tekinay, Selahattin Sulhi vd. *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. 7. Basım, Filiz Kitabevi, Ankara, 1993.
- Tok, Ozan. “Ceza Mahkemesi Kararlarının Hukuk Yargılaması Üzerindeki Etkisinin Hukuki Niteliği Üzerine”. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 22, S. 2, 2016, s. 437-464.
- Türk Hukuk Kurumu. *Türk Hukuk Lügatı*. Ankara: Başbakanlık Basımevi, 3. Baskı., 1991.
- Uygur, Turgut. *Açıklamalı- İchtihatlı Borçlar Kanunu Sorumluluk ve Tazminat Hukuku*. 3. Baskı. Seçkin Yayınevi, Ankara, 2010.
- Ünsal, Cengiz. *Ceza Muhakemesinde İstinaf*. 2. Basım, Seçkin Yayınevi, Ankara 2016.
- Weibel, Thomas. *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO)*. Schulthess Juristische Medien AG, 3. Auflage., 2016.
- Willi, Fischer vd. *OR Kommentar Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht*. Orell Füssli Verlag, 4. Basım, 2023.
- Yabanoğlu, Mustafa. *Ceza Muhakemesinde Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması*. Adalet Yayınevi, Ankara, 2023.
- Yalçın, Can. *Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması*. Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.
- Yavuz, Özge Ceren. “Ceza Mahkemesi Kararlarında Meşru Savunma ve Zorunluluk Halinin Hukuk Mahkemesi Kararlarına Etkisi”. *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. I, S. 2, 2018, s. 121–138.
- Yenisey, Feridun - Nuhoğlu, Ayşe. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. 11. Basım, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2023.
- Yıldırım, Akif. *Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması*. Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018.
- Yılmaz, Ejder. *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*. Yetkin Yayınevi, Ankara, 2017.
- Yurtcan, Erdener. *Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi*. 9. Basım, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019.

Yurtcan, Erdener. *Ceza Yargılaması Hukuku*. 16. Basım, Seçkin Yayınevi, Ankara 2019.

Zafer, Hamide. *Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1- 75*. 8. Basım,: BETA Basım Yayım Dağıtım A.Ş, İstanbul, 2021.

Zor Zamanda Küresel Barışı Aramak: Dünya Düzeni Modelleri Projesi

Mustafa Cüneyt ÖZŞAHİN ^{1*} 

¹Necmettin Erbakan Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi, Türkiye

Makale Bilgisi

Makale Geçmişi

Geliş: 13.04.2025

Kabul: 13.06.2025

Yayın: 19.06.2025

Anahtar Kelimeleri:

Dünya Düzeni Modelleri Projesi (DDMP), Soğuk Savaş, Normatif Kuram.

ÖZET

Dünya Düzeni Modelleri Projesi (DDMP), Soğuk Savaş yıllarının güvenlikçi ikliminde barışı aramayı savunan nadir girişimlerden biri olarak ortaya çıkmıştır. 1960'lı yıllardan itibaren ana akım Uluslararası İlişkiler kuramlarına meydan okuyan Dünya Düzeni Modelleri Projesi (DDMP), zaman içerisinde güçlü bir entelektüel girişime dönüşmüştür. Bünyesinde dünyanın farklı ülkelerinden farklı perspektiflere sahip akademisyenleri barındıran Dünya Düzeni Modelleri Projesi (DDMP), ortak değerler üzerine mutabakat sağlamayı başarmış ve iddialı bir program ortaya koymuştur. Dünya Düzeni Modelleri Projesi (DDMP) savaştan, yoksulluğa ve ekolojik yıkıma kadar pek çok sorun karşısında çözüm olarak küresel düzeyde kapsamlı bir dönüşüm modeli önermektedir. Sözkonusu yeni dünya düzeni önerisi uluslararası kurumların daha kapsayıcı ve adaletli hale getirilmesini amaçlamaktadır. Bir derleme niteliğindeki bu çalışmada Dünya Düzeni Modelleri Projesi (DDMP)'nin ortaya çıktığı dönemde oynadığı rol ve önemi tartışılacaktır. Bu kapsamda Dünya Düzeni Modelleri Projesi (DDMP)'nin ortaya çıkış koşulları, iddiaları ve önemli kuramcıları incelenecektir.

Seeking Global Peace in Difficult Times: World Order Models Project

Article Info

Article History

Received: 13.04.2025

Accepted: 13.06.2025

Published: 19.06.2025

Keywords:

The World Order Models Project (WOMP), Cold War, Normative Theory.

ABSTRACT

The World Order Models Project (WOMP) emerged as one of the rare initiatives which advocated the search for peace in the securitized climate of the Cold War years. Challenging mainstream theories of International Relations since the 1960s, the World Order Models Project (WOMP) has evolved into a powerful intellectual initiative. The World Order Models Project (WOMP), which includes academics from different countries with different perspectives, has succeeded in reaching a consensus on common values and has put forward an ambitious program. The World Order Models Project (WOMP) proposes a comprehensive global transformation model as a solution to many problems, ranging from wars to poverty and ecological destruction. This proposal for a new world order aims to make international institutions more inclusive and equitable. In this review study, the role and importance of the World Order Models Project (WOMP) at the time of its inception will be discussed. In this context, the emergence conditions, claims, and prominent theorists of the World Order Models Project (WOMP) will be examined.

To cite this article:

Özşahin, M. C. (2025). "Zor Zamanda Küresel Barışı Aramak: Dünya Düzeni Modelleri Projesi", *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 8(1), s. 260-276.



<https://doi.org/10.51120/NEUHFD.2025.153>.

***Sorumlu Yazar:** Mustafa Cüneyt ÖZŞAHİN, ozsahin@erbakan.edu.tr

GİRİŞ

Bugün Uluslararası İlişkiler literatüründe önemli tartışmalardan biri de mevcut dünya düzeninin ve yönetim modelinin niteliği üzerinedir. Uluslararası İlişkilerde kutupluluk ve yönetim üzerine yapılan analizlerin çoğu özünde dünya düzeninin niteliğini sorgulayan tartışmalar olarak değerlendirilebilir. Bu konuda gerçekleştirilen akademik tartışmalar, mevcut durumun tespiti yanında gelecekte küresel politikanın ve kurumların nasıl şekilleneceğini de içermektedir. Bununla birlikte söz konusu tartışmaların bugüne ait olmadığı ve Soğuk Savaş yıllarına uzanan bir arka plana sahip olduğunu söylemek mümkündür. Bu minvalde dünya düzeni ve yönetim tartışmalarına paralel olarak bu konuda öncül bir girişim kabul edilebilecek, bu çalışmanın da araştırma konusu olan, Dünya Düzeni Modelleri Projesi (DDMP)'ye yönelik ilgi de son yıllarda yeniden canlanmıştır¹.

Bu çalışmada II. Dünya Savaşı sonrası dönemde ana akım kuramlardan ayrıışan DDMP yaklaşımının, Uluslararası İlişkiler disiplininin tarihindeki bağlamı anlaşılmaya çalışılacaktır. Bu çerçevede DDMP'nin ortaya çıkışı, öne çıkan temsilcileri ve temel varsayımları analiz edilmektedir. Dönemin koşulları dikkate alındığında gerek farklı sesleri temsil etmedeki gayreti, gerekse de taşıdığı barış perspektifi ile disiplin içerisinde ayrık bir yerde duran DDMP farklı çevrelerce takdir edildiği ölçüde muhtelif eleştirilerin de hedefi olmuştur. Mevcut uluslararası kurumların köklü değişimini öneren DDMP yalnız hukuki ve siyasi değil, ekonomik ve kültürel veçhelere sahip söz konusu değişime ilişkin bir gelecek projeksiyonu sunmuştur. Genellikle kozmopolitanizm ve normatif kuramlarla ilişkilendirilen DDMP, Soğuk Savaş yıllarında değerler üzerine bina ettiği perspektifi ile güvenlik kaygılarının baskın olduğu bir iklimde küresel barışın imkanlarını sorgulamıştır².

Ortaya çıktığı dönemin koşulları dikkate alındığında önemli bir kırılmayı temsil eden DDMP'ye ilişkin tartışmaları Türkçe literatüre taşımayı amaçlayan bu çalışmada, öncelikle DDMP'nin tarihsel ve teorik arka planı incelenmektedir. Özellikle Saul H. Mendlovitz ve Richard A. Falk'un eserleri³ merkezinde yapılan bu dönem araştırmasında DDMP'nin ortaya çıkış koşulları ve

¹Konuyla ilgili yakın dönem çalışmalar için bkz. Cabrera, Luis. "Advancing Global Citizenship and Cosmopolitanism in an Age of Globoskepticism: Insights from the World Order Models Project." *Globalizations*, C.20, S. 7, 2023; McKeil, Aaron. "Revisiting the World Order Models Project: A Case for Renewal?." *Global Policy*, C.13, S. 4, 2022.

² Kozmopolitanizm çerçevesinde değerlendirmeler için bkz. Cabrera, s.1102-1119; Normatif kuram çerçevesinde değerlendirmeler için bkz. Wapner, Paul. "The Resurgence and Metamorphosis of Normative International Relations: Principled Commitment and Scholarship in a New Millennium.", *Principled World Politics: The Challenge of Normative International Relations*, Ed. Paul Wapner / Lester E. J. Ruiz, Rowman & Littlefield, Lanham, Maryland, 2000; Mendlovitz, Saul H. "The Emergence of Womp in the Normative Tradition: Biography and Theory." *Principled World Politics: The Challenge of Normative International Relations*, Ed. Paul Wapner / Lester E. J. Ruiz, Rowman & Littlefield, Lanham, Maryland, 2000.

³ Bu doğrultuda özellikle Mendlovitz, Saul H. "Introduction." *On the Creation of a Just World Order: Preferred Worlds for the 1990's*, Ed. Saul H. Mendlovitz, Free Press, New York, 1975, s. vii- xviii ve Falk, Richard A. *A Study of Future Worlds.*, Free Press, New York, 1975 isimli eserleri merkezinde bir değerlendirme sunulmaya çalışılmıştır.

süreç içerisindeki değişimi analiz edilmeye çalışılmaktadır. Bu çerçevede DDMP'nin tarihine ve varsayımlarına değinilmesi amaçlanmaktadır.

I. SOĞUK SAVAŞ YILLARINDA ORTODOKSİNİN DIŞINDA YAKLAŞIMLAR

Soğuk Savaş'ın yarattığı politik ve ekonomik ayrışma sosyal bilimlere de sirayet etmiş, farklı bloklar kendi değerlerini sosyal bilimlerin farklı disiplinlerine taşımışlardır⁴. Uluslararası İlişkiler disiplini de kuşkusuz bahse konu ayrışmadan varestedir. Soğuk Savaş boyunca Uluslararası İlişkilerde hâkim anlayış, güvenlik kaygıları üzerine bina edilmiştir. Atom çağının getirdiği endişe disiplin açısından statükoyu aşma girişimlerine ise büyük ölçüde ket vurmuştur⁵. Bununla birlikte nükleer yıkım tehdidinin şekillendirdiği Soğuk Savaş yıllarında dönemin güvenlikçi ethosuna teslim olmayan kimi girişimlere de rastlamak mümkündür. Bu girişimlerin analiz edilmesinde 1950'li yılların ortasından itibaren cereyan eden gelişmelerin anlaşılması önem taşımaktadır. Bu kapsamda bir taraftan nükleer karşıtı hareketlerin güç kazanması diğer taraftan giderek artan çevresel duyarlılıklar, akademinin gündemine belirli ölçülerde yansımıştır. Bir diğer deyişle dönemin toplumsal ve siyasal zemini, ortodoksinin dışına çıkmayı amaçlayan çeşitli akademik yaklaşımları beslemiştir. Kuşkusuz bu yaklaşımlar arasında en dikkat çeken Barış Çalışmaları olmuştur. Soğuk Savaş yıllarında Siyaset Bilimi ve Uluslararası İlişkileri disiplini içerisinde hâkim yaklaşımların periferisinde kalmasına rağmen Barış Çalışmaları ciddi bir alternatif olarak varlığını bugüne değin sürdürebilmiştir⁶.

Yine aynı yıllar içerisinde çok fazla dikkat çekmemesine rağmen Barış Çalışmaları ile kimi ciddi paralelliklere sahip DDMP ise kendi dönemi için önemli sayılabilecek bir diğer araştırma programı olmuştur. Değerlerin değişiminin kurumsal bir değişimi beraberinde getireceğini öngören DDMP, pek çok açıdan Barış Çalışmalarına yakınsar. Nitekim William Boyer, DDMP'yi hayata geçirilen "Dünya Düzeni Eğitimi" bağlamında Barış Çalışmaları ile ilişkilendirmektedir⁷. Cari uluslararası sistemin tenkit edilmesi noktasında ortaklaşan iki yaklaşım arasındaki kimi güçlü etkileşimlerden bahsedilebilecektir. Örneğin Barış Çalışmalarının kurucu isimlerinden Johan Galtung, kariyerinin belli bir döneminde DDMP'nin telif ettiği yayınlara katkılar sunmaktan geri durmamıştır. Galtung, Mendlovitz'in editörlüğünü üstlendiği ve DDMP'nin temel hatlarını çizen "Adil Bir Dünya Düzeninin Oluşturulması Üzerine: 1990'lar için Tercih Edilen Dünyalar" üzere isimli eserde kaleme aldığı bölümde barışın izini ulus devletler ve ülkesellik dışı alternatiflerde aramaya çalışmıştır⁸.

⁴ Engerman, David C. "Social Science in the Cold War." *Isis*, C.101, S. 2, 2010.

⁵ Konuyla ilgili bkz. Dalby, Simon. "Contesting an Essential Concept: Reading the Dilemmas in Contemporary Security Discourse." *Critical Security Studies: Concepts and Cases*, Ed. Keith Krause / Michael C. Williams, University of Minnesota Press, Minneapolis, MN, 1997, s.3-6; Dalby, Simon. *Creating the Second Cold War: The Discourse of Politics*, Guilford Publications, New York, 1990.

⁶ Rogers, Paul. "Peace Studies." *Contemporary Security Studies*, Third Edition, Ed. Alan Collins, Oxford University Press, Oxford, 2013, s.54-58; Rogers, Paul/ Ramsbotham, Oliver. "Then and Now: Peace Research—Past and Future." *Political Studies*, C. 47, S. 4, 1999, s.742-749.

⁷ Boyer, William. "World Order Education: What Is It?." *Phi Delta Kappan*, C.56, S. 8, 1975, s.524.

⁸ Bkz. Galtung, Johan. "Nonterritorial Actors and the Problem of Peace." *On the Creation of Just World Order: Preferred Worlds for the 1990's*, Ed. Saul H. Mendlovitz, The Free Press, New York, 1975, s.151-188. Galtung'un 1980 yılında kaleme aldığı ve DDMP çevresinde dikkat çeken *Gerçek Dünyalar: Ulusötesi Bir Perspektif* isimli çalışması da bu

Bununla birlikte Barış Çalışmalarından farklı olarak DDMP, yalnızca mevcut durumun analiziyle yetinmemiş Soğuk Savaş koşullarında köklü bir dönüşümü hedefleyen iddialı bir takvim ortaya koymuş, aynı zamanda DDMP'yi hayata geçirecek bir aktivizm önermiştir⁹. Her şeyden önce DDMP temelde Soğuk Savaşın dayattığı Doğu-Batı ayrımının ötesinde yeni bir bakış açısı ortaya koymaya çalışmıştır. Soğuk Savaş boyunca düzen tartışmalarını şekillendiren hâkim yaklaşım, ulus devletlerden müteşekkil bir sistemin içerisinde istikrar yakalamayı amaçlamaktadır. Falk bu perspektifi, devletlerden müteşekkil bir sistemde düzen ve adaletin yakalanabileceğini savunan Bull-Aron çizgisi olarak adlandırır¹⁰. Bu modelin etkinsizliğine vurgu yapan Falk, bir reform değil köklü bir dönüşüm önermektedir¹¹. Mendlovitz'de aynı şekilde, bazı istisnalar dışında, dönemin marksist ve liberal Uluslararası İlişkiler kuramlarının¹² ulus devlet merkezliliğin ötesine geçerek insan merkezli ve küresel bir bakış açısını yakalamakta başarısız olduğunun altını çizmiştir¹³.

II. DDMP'NİN ORTAYA ÇIKIŞI VE ERKEN DÖNEM ESERLERİ

DDMP'yi yıllara yayılan kümülatif bir sürecin sonucu olarak değerlendirmek mümkündür. Bu kapsamda Cabrera'ya göre DDMP ile ilişkilendirilebilecek erken dönem girişimlerden ilki küresel anayasalcılık fikridir. 1940'lı yıllarda filizlenmeye başlayan dünya hükümeti ve küresel anayasalcılık fikirlerinin mirası yaklaşık yirmi yıl sonra DDMP tarafından değerlendirilecek ve bu fikirler çeşitli revizyonlar ile derinleştirilecektir¹⁴. Böylesi bir fikri arka plan zemininde atılan ilk adımların daha kurumsal bir zemin kazanması, 1960'lı yılların başında bir girişimci olan Harry Hollis'in destekleriyle dünya barışına dair bir eğitim projesinin başlaması ile mümkün olmuştur¹⁵. Yine bu dönemde atılan bir diğer adım Dünya Hukuk Fonu çatısı altında "Dünya Düzeninin Stratejisi" isimli yayın projesidir¹⁶. Samuel S. Kim, bu noktada DDMP'nin aslında 1966 sonrası icra

çerçevede zikredilmesi gereken bir diğer önemli eserdir. Bkz. Galtung, Johan, *True Worlds: A Transnational Perspective*, Free Press, New York, 1980. Bu dönemde İngiliz okulunun, Realizmin şekillendirdiği Uluslararası İlişkiler yaklaşımı ile belli noktalarda ayrıştığı ve hâkim anlatının dışına çıkmaya çalıştığı ifade edilebilecektir. Örneğin Richard Falk, yaptığı tahlilde 1970'li yıllara dikkat çekmekte, John Vincent ve Hedley Bull gibi isimleri zikrederek kimi fikir ayrılıklarına rağmen realizm dışında bir perspektif sunmaları itibarıyla bu isimlerden takdirle bahsetmektedir. Bkz. Falk, Richard A. "State of Siege: Will Globalization Win Out?." *International Affairs*, C.73, S. 1, 1997, s.124.

⁹ Cabrera, s.1111.

¹⁰ Falk, Richard A. "Contending Approaches to World Order." *Journal of International Affairs* C.31, S. 2, 1977, s.177.

¹¹ Falk, "Contending Approaches to World Order.", s.186-189.

¹² Mendlovitz, 1970'li yıllarda Nye ve Keohane'in seslendirdiği "karşılıklı bağımlılık" veya Rosenau'nun "iç politika" merkezli yaklaşımlarının devlet merkezliliği aşamadığına dikkat çeker. Bkz. Mendlovitz, Saul H. "A Perspective on the Cutting Edge of World Order Inquiry: The Past, Present and Future of Womp." *International Interactions*, C.8, S. 1-2, 1981, s.159. Mendlovitz ayrıca Marksizm'in kimi varyantları ve Wallerstein'in "dünya sistemi" kuramını dışarıda bırakarak Marksist Uluslararası İlişkiler yaklaşımının da bu konuda mesafe kaydedemediğinin altını çizmektedir. Bkz. Mendlovitz, "A Perspective on the Cutting Edge of World Order Inquiry...", s.156.

¹³ Mendlovitz, "A Perspective on the Cutting Edge of World Order Inquiry...", s.156.

¹⁴ Cabrera, s.1103.

¹⁵ Mendlovitz, "The Emergence of Womp in the Normative Tradition: Biography and Theory.", s.313-314.

¹⁶ Kim, Samuel S. "The World Order Models Project and Its Strange Critics." *Journal of Political & Military Sociology*, C. 9, S. 1, 1981, s. 109. Burada altı çizilmesi gereken bir diğer önemli gelişme, 1961 yılında Uluslararası Düzen Enstitüsü çatısı altında "Dünya Hukuku Yoluyla Dünya Barışı için Eğitim Fonu"nın , Uluslararası İlişkilerde normatif bir bakış açısını temel alan bir eğitim modelini destekleyici faaliyetler yürütmüş olduğudur. Bkz. Institute for World Order Records, MC 1275, Special Collections and University Archives, Rutgers University Libraries,

edilen Dünya Düzeni Enstitüsünün “Tercih Edilen Dünyalar” temalı projesinin ikinci safhasında ortaya çıktığına dikkat çeker¹⁷. İlerleyen yıllarda Carnegie Uluslararası Barış Vakfı ve Rockefeller Vakfının desteği ile DDMP’nin kurumsal çatısını teşkil edecek olan Dünya Düzeni Enstitüsü kurulmuştur¹⁸. DDMP’nin fiilen hayata geçmesi ise çok çeşitli akademisyenlerin bir araya gelmesi ile 1968’de gerçekleşmiştir¹⁹.

Bir entelektüeller hareketi²⁰ olarak değerlendirilen DDMP, siyasal, ekonomik, hukuki ve kültürel veçheleriyle içinde bulunulan dönemin dünya düzenini tenkit eden ve alternatif düzenler sunan geniş bir külliyatı miras bırakmıştır.²¹ Öncesinde DDMP ile ilişkilendirilebilecek diğer bir takım çalışmalar bulunabilecek olsa da Saul H. Mendlovitz’e ait olan 1962 tarihli “Dünya Düzeninin Hukuki ve Siyasi Sorunları Üzerine bir Seminer için Okumalar ve Tartışma Rehberi” isimli edisyon eseri enstitü ile bağlantılı erken dönem çalışmalardan biri olarak kabul edilebilecektir²². Erken dönemde kaleme alınan bir diğer çalışma ise DDMP’nin yol haritası çizecek önemli iki isim olan Richard A. Falk ve Saul H. Mendlovitz’e ait Birleşmiş Milletler sistemin üzerine bina edildiği uluslararası hukukun, çatışmanın ve savaşın önüne geçmekte ne ölçüde yeterli olduğunu tartıştıkları, 1964 tarihli “Savaşızsız Bir Dünyaya Doğru: Dönüşümü Başarmak için Bir Yasal Formül” isimli makaleleridir²³.

Bununla birlikte resmîyet kazanması ve kurumsallaşmasına müteakip DDMP’nin en dikkat çekici eserleri 1970’li yıllarda ortaya çıkacaktır. Pek çoklarınınca DDMP’nin *magnum opus*’u “Adil Bir Dünya Düzeninin Yaratılması Üzerine: 1990’lar için Tercih Edilen Dünyalar” isimli çalışma olmuştur. Mendlovitz tarafından 1975 yılında derlenen ve 1990’lı yılların projekte edildiği bu eser aynı zamanda projeye katkı sunan çeşitli ülkelerden pek çok fikir insanını bir araya getirmiştir. Ali A. Mazrui, Rajni Kothari ve Richard A. Falk gibi isimler bu çalışmada DDMP’nin ilk yol haritasını çizmişlerdir²⁴. DDMP’nin tekamülünde en az Mendlovitz kadar önemli bir isim olarak Richard A. Falk’ın kaleme aldığı “Gelecek Dünyalar Üzerine Bir Çalışma” ise DDMP açısından bir başka kilometre taşı niteliğindedir. Falk bu çalışmasında değişimin gereklerini, temel alınan değerleri ve önerilen alternatif dünya düzenlerini derinlemesine tasvir etmektedir²⁵.

<https://archives.libraries.rutgers.edu/repositories/11/resources/791>, Accessed February 16, 2025.

¹⁷ Kim, s.109.

¹⁸ McKeil, s. 419.

¹⁹ Falk, "Contending Approaches to World Order.", s.187; Cabrera, s.1103,1106.

²⁰ McKeil, DDMP’nin kendini bir “hareket” olarak tanımladığı kaydetmektedir. Bu minvalde McKeil, kaleme aldığı çalışmasında DDMP’yi “akademik bir hareket” olarak nitelemiştir. Bkz.McKeil, s. 418.

²¹ DDMP külliyatına ilişkin genel değerlendirmeler için bkz. Mendlovitz, "The Emergence of Womp in the Normative Tradition: Biography and Theory."; Mendlovitz, "Introduction."

²² Mendlovitz, "The Emergence of Womp in the Normative Tradition: Biography and Theory.", s. 314; Cabrera, s.1103. Bahse konu eser için bkz. Mendlovitz, Saul H., *Readings and a Discussion Guide for a Seminar on Legal and Political Problems of World Order*, Fund for Education Concerning World Peace through World Law, New York, 1962.

²³ Falk, Richard A./ Mendlovitz, Saul H. "Towards a Warless World: One Legal Formula to Achieve Transition." *The Yale Law Journal*, C.73, S. 3, 1964.

²⁴ McKeil, s. 419; İlgili eser için bkz. *On the Creation of a Just World Order: Preferred Worlds for the 1990's*, Ed. Saul H. Mendlovitz, Free Press, New York, 1975

²⁵ Bkz. Falk, *A Study of Future Worlds*.

DDMP hareketinin faaliyetleri, telif ettikleri kitap serileri dışında özellikle Küresel Güney ülkelerinde düzenlediği konferanslar, hazırladıkları çalışma raporları ve basımını üstlendikleri *Alternatifler* dergisini de içerisine almaktadır²⁶. Yukarıda değinildiği gibi Küresel Güneyden pek çok entelektüelin yanı sıra Batı akademisinde postmodernist Uluslararası İlişkiler kuramı veya Barış Çalışmaları ile bağlantılı pek çok kişinin de yolu DDMP'den geçmiştir. Barış Çalışmalarının önemli ismi Johan Galtung'un²⁷ yanında, postmodernist Uluslararası İlişkiler kuramları ile ilişkilendirilen R.B.J. Walker da projeye farklı dönemlerde katkı vermiş; ana akım Uluslararası İlişkiler'in üzerine bina edildiği düzen, güvenlik, egemenlik gibi temel nosyonlara eleştirel bir gözle yaklaşmıştır²⁸. Farklı ekollerle anılan/anılacak bu isimlerin en önemli ortak noktası ise mevcut uluslararası sisteme yönelik memnuniyetsizlikleri ve değişime yönelik umutlarıdır.

Bir bütün olarak değerlendirildiğinde, değerlerde dönüşüm ve kurumsal değişim üzerine bina edilen DDMP'nin ürettiği külliyat pek çok açıdan çağdaş küresel yönetim çalışmalarının da öncülü olarak kabul edilebilecektir. Şöyle ki Weiss, (küresel) yönetişimi, "değerler, kurallar, normlar, prosedürler, pratikler, siyasalar, ve örgütlere" vurgu yaparak oldukça geniş bir biçimde yorumlamaktadır²⁹. Yönetişim olgusu erken dönemde iç politik reform ile ilişkilendirilmekte iken Soğuk Savaş sonrası daha uluslararası bir bağlam kazanmıştır³⁰. Günümüzde başta insan hakları olmak üzere pek çok küresel meselenin çözümünde çok aktörlü yönetim mekanizmaları devreye girmektedir³¹. Benzer şekilde belirli değerler etrafında küresel sistemin dönüşümünü öngören DDMP kuramcılarının gelecekte modern yönetim kurallarına ışık tutacak kimi öneriler sunduğunu ifade etmek yanlış olmayacaktır. Nitekim küresel düzen tartışmaları çerçevesinde yola çıkan DDMP, ilerleyen yıllarda yönetim başlığı altında çeşitli çalışmalara imza atmıştır. Bu kapsamda Richard A. Falk'ın 1990 sonrası kaleme aldığı eserler önem taşımaktadır³².

III. KRİTİK DEN REVİZYONA: DDMP'NİN BAŞLICA ÖNERİLERİ

İçerisinde büyük bir çeşitlilik barındıran DDMP'nin temel savlarının kabaca iki noktada toplandığını söylemek mümkündür. Bunlardan ilki kapsamlı bir uluslararası sistem eleştirisidir. Mevcut dünya düzenini farklı boyutlarıyla eleştiren DDMP, bununla yetinmeyerek aynı zamanda

²⁶ Institute for World Order Records, MC 1275, Special Collections and University Archives, Rutgers University Libraries, <https://archives.libraries.rutgers.edu/repositories/11/resources/791>, Accessed February 16, 2025; Oakes, Guy/Stunkel, Kenneth. "In Search of Womp." *Journal of Political & Military Sociology*, C. 9, S. 1, 1981, s.88; Mendlovitz, "Introduction.", s. xi; McKeil, s. 419-420.

²⁷ Bkz. Galtung, "Nonterritorial Actors and the Problem of Peace."; Galtung, *True Worlds: A Transnational Perspective*.

²⁸ Walker, R.B. J. *One World, Many Worlds: Struggles for a Just World Peace.*, Lynne Rienner, Boulder, Colorado, 1988; Walker, R.B.J. "World Politics and Western Reason: Universalism, Pluralism, Hegemony." *Alternatives*, C 7, S. 2, 1981.

²⁹ Weiss, Thomas. *Global Governance, Why, What, Whither?*, Polity Press, Cambridge, 2013, s.32.

³⁰ Kılıç, Muharrem. "İnsan Haklarının Küresel Yönetişimi: Değersel ve Sistemsel Kriz." *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.73, S.3, 2024, 1807-1808.

³¹ Kılıç, "İnsan Haklarının Küresel Yönetişimi: Değersel ve Sistemsel Kriz"; Pegram, Tom. "Governing Relationships: The New Architecture in Global Human Rights Governance." *Millennium: Journal of International Studies*, C.43, S.2, 2015.

³² Bu çalışmalardan biri için bkz. Falk, Richard A. *On Humane Governance: Toward a New Global Politics*, Penn State Press, Pennsylvania, 1995.

alternatif bir dünya düzeni vizyonu sunmaktadır³³. Bu amaçla öncelikle ulus devlete ve ulus devlet merkezinde kurulan uluslararası düzenin tenkiti DDMP için ilk adımdır. Mendlovitz, “savaş, yoksulluk, sosyal adaletsizlik, çevresel çürüme ve yabancılaşma” olarak sıraladığı tüm sorunların kaynağını ulus devletlerden müteşekkil uluslararası düzende aramaktadır³⁴. Yine DDMP için bir diğer önemli isim olan Falk’a göre, ulus devletlerin ve onların üzerine kurulan uluslararası sistemin, yok olmanın eşiğine gelme tehlikesini taşıyan insanlığın sorunlarına çözüm olması mümkün değildir³⁵. Falk’ın dünya düzeni teklifi; politik ve ekonomik bir yenilenmenin ötesinden mevcut antropolojik, psikolojik ve ekolojik bakış açısını da sorgulayan bütüncül bir dönüşüm önerisi olarak kabul edilebilir³⁶. *Alternatifler* dergisi için 1990 yılında editörlerce kaleme alınan önsöz yazısında devlet merkezlilik karşısında daha küresel bir yaklaşımı, salt ekonomik büyümeyi hedefleyen bir anlayışın karşısında ekolojiyi, pozitivizm karşısında normatif teoriyi, tek boyutlu bir Batı merkezlilik karşısında farklı kültürler ile etkileşime değinerek aslında DDMP’nin iddialarını bir kere daha tekrarlamıştır³⁷.

A. Değişimin Sürükleyicisi Olarak Değerlerin Dönüşümü

DDMP’nin kurucu isimlerinden biri olan Mendlovitz “ampirik ve bilimsel” olarak adlandırılanlar dışındaki tüm araştırma faaliyetlerinin yok sayıldığı bir vasatta “tercihler ve değerleri” yeniden hatırlamayı önerir³⁸. Bu çerçevede DDMP her şeyden önce bir değerler hareketi olarak tanımlanabilir. Temel amaç ise DDMP değerlerine dayalı bir dönüşümü tetiklemektir³⁹. Bu nedenle dünya düzeni değerleri eğitimi, DDMP için son derece önemli bir başlık niteliğindedir. Dünya barışını sağlamak ancak barışa ve değişime inanan dünya vatandaşlarının eğitimi ile mümkündür⁴⁰. Nitekim Falk, kendi modelinde “dünya düzeni eğitimi” olgusunu bilinçlenme ve harekete geçme için önemli bir önkoşul olarak değerlendirir⁴¹. Bu çerçevede Dünya Düzeni Enstitüsü yalnızca yurtdışında dünyanın farklı ülkelerinde konferanslar düzenlememiş aynı zamanda Amerikan üniversitelerinde kendi dönüştürücü perspektifini müfredatlara yerleştirmeye çalışmıştır⁴². Nitekim bu anlamda DDMP’nin öncelikle “pedagojik” bir boyutu olduğunun altı çizilmektedir⁴³.

³³ Mendlovitz, "Introduction.", s. xii; Falk, *A Study of Future Worlds.*, s.224-228.

³⁴ Mendlovitz, "Introduction.", s.xii.

³⁵ Falk, Richard A. "Can International Law Contribute to World Order?." *The American Journal of International Law*, C. 66, S. 4, 1972, s.270; Falk, Richard A. "Toward a New World Order: Modest Methods and Drastic Visions." *On the Creation of a Just World Order: Preferred Worlds for the 1990's*, Ed. Saul H. Mendlovitz, Free Press, New York, 1975, s.221-22. Mendlovitz’in benzer değerlendirmesi için bkz. Mendlovitz, "Introduction.", s.viii.

³⁶ Falk, "Contending Approaches to World Order.", s.195.

³⁷ Mendlovitz, Saul H./ Sakamoto, Yoshikazu /Sheth, Dhirubhai/ Walker, "Alternatives for the 1990s." *Alternatives*, C.15, S.1,1990, s.1-2.

³⁸ Mendlovitz, "Introduction.", s. vii.

³⁹ Falk, *A Study of Future Worlds*, s.11; Cabrera, s.1109

⁴⁰ Boyer, s.524-527.

⁴¹ Falk, "Toward a New World Order: Modest Methods and Drastic Visions.", s.214, 248.

⁴² Hollins, Harry B. "Is There Hope for Man? A New Phase in the Work of the Institute for World Order." *Planning Review*, C.3, S. 1, 1975; Cabrera, s.1112-3. Ayrıca bkz. Institute for World Order Records, MC 1275, Special Collections and University Archives, Rutgers University Libraries, <https://archives.libraries.rutgers.edu/repositories/11/resources/791>, Accessed February 16, 2025.

⁴³ McKeil, s.417. Ayrıca konuyla ilgili bkz. Mendlovitz, "Introduction.", s. ix.

Değerlere yapılan vurgu bahse konu değerlerin değişimin sürükleyicisi olması potansiyeli ile yakından ilişkilidir. Dünya barışını mümkün kılacak ve bu doğrultuda köklü bir değişimi gerçekleştirecek en temel güç, insanlık için ortak değerlerin keşfedilmesi ve benimsenmesidir. Her ne kadar DDMP bünyesinde çok farklı fikir ve fikir adamını barındırsa da literatürde önerilen değişimin sistematığını anlamak için genellikle Richard A. Falk'ın çalışmaları incelenmiştir. Falk, DDMP küresel değişim için zaruri olan dört değerini altını çizmektedir. “(i) kitlesel şiddeti önleme, (ii) sosyal ve ekonomik refah, (iii) temel insan hakları ve politik adalet (iv) ekolojik kalitenin iyileştirilmesi ve sürdürülmesi”⁴⁴. Öte yandan DDMP sadece ortak değerleri belirlemekle yetinmemekte bu değerler çerçevesinde mevcut düzenin değişimine ilişkin aşamalı bir model önermektedir. Falk'un ortaya koyduğu modelde; değerlerin belirlenmesinin ve söz konusu değerlere yönelik bilinçlenme aşamasının ardından mobilizasyon ve dönüşüm olmak üzere iki aşama daha gelmekte ve toplamda üç aşamalı bir yol haritası önerilmektedir⁴⁵. Bu aşamalar, 1970'li yıllar boyunca devam eden bilinçlendirme, 1980'li yıllarda süren harekete geçirme faaliyetleri ve 1990'lı yıllarda gerçekleşecek nihai sistemik dönüşüm olarak tarihlendirilmektedir⁴⁶. Hareket, başta savaş olmak üzere patlak vermesi muhtemel daha pek çok felaketi bertaraf edecek DDMP değerlerinin benimsetilmesi noktasında farklı örgütlü yapıların bir araya getirilmesini öngörmektedir. Hâkim kültürün dışında kalan “karşı kültür” bu anlamda önemlidir⁴⁷. Yine Falk'ın modelinin ikinci ayağı olan aksiyon aşamasında ise değişimin aktörleri olarak direniş hareketleri, kadın hareketleri, sendikalar ve benzeri sivil yapılardan söz edilmektedir⁴⁸.

B. Küresel Çeşitliliğin Temsili ve Çoğulcu Bakış Açısı

DDMP'ye ilişkin altı çizilmesi gereken bir diğer konu ise Batı merkezci bir epistemolojinin dışındaki perspektiflerin sesinin duyurulması konusundaki hassasiyettir⁴⁹. DDMP için Asya, Afrika ve Latin Amerikalı akademisyenlerin katılımıyla “Üçüncü Dünyacı” bir perspektifin temsil edilmesi önem taşımaktadır⁵⁰. Bu çerçevede DDMP bünyesinde beş farklı çalışma grubu dünyanın farklı yerlerinden akademisyenlerden müteşekkildir. Bunlar Batı Almanya, Latin Amerika, Japonya, Hindistan ve Kuzey Amerika'dır. Daha sonraki yıllarda ise Afrika, Sovyetler Birliği, Çin ve Ortadoğu'dan akademisyenler DDMP'ye ciddi katkılar sunmuşlardır⁵¹.

Aynı zamanda Dünya Düzenleri Enstitüsü dünyanın farklı coğrafyalarında farklı perspektiflerin yansıtılmasına imkân veren konferans organizasyonları gerçekleştirmiştir. DDMP'nin ilk toplantısının 1968 yılında Yeni Delhi'de gerçekleştirilmiş olması bu anlamda bir tesadüf değildir⁵². DDMP'nin böylesi bir çoğulculuk yakalamış olması takdir edilmiştir. Örneğin, Küresel

⁴⁴ Falk, *A Study of Future Worlds*, s.11.

⁴⁵ Falk, "Toward a New World Order: Modest Methods and Drastic Visions.", s.247.

⁴⁶ Falk, "Toward a New World Order: Modest Methods and Drastic Visions.", s. 213.

⁴⁷ Falk, "Toward a New World Order: Modest Methods and Drastic Visions.", s.249-250.

⁴⁸ Falk, "Toward a New World Order: Modest Methods and Drastic Visions.", s.253.

⁴⁹ McKeil, s.419.

⁵⁰ Mendlovitz, "The Emergence of Womp in the Normative Tradition: Biography and Theory," s. 316; Ayrıca bkz. Mendlovitz, "A Perspective on the Cutting Edge of World Order Inquiry...", s.157-158

⁵¹ Mendlovitz, "Introduction.", s.x.

⁵² Mendlovitz, "Introduction," s.x; McKeil, s.419; Cabrera, s.1106.

Kuzey ve Küresel Güneyin değerlendirmelerini bir araya getirerek DDMP'nin ortak bir silahsızlanma perspektifi önermesini kendi dönemi için önemli bir adım olarak değerlendirmiştir⁵³.

Öte yandan böylesi bir çeşitliliğin beraberinde getirdiği kimi görüş ayrılıkları hareket içerisinde de tanınmıştır. Örneğin Falk, çalışmalarında kendi ortaya koyduğu modelin aslında DDMP/ABD'nin müstakil önerileri olduğunu özellikle vurgulamaya gayret etmiştir. Nitekim DDMP içerisinde farklı bölgeler dünya düzeni önerilerinde DDMP/ABD ile ayrışabilmiştir⁵⁴. Nitekim DDMP'nin farklı isimlerinin -özellikle Küresel Güney ülkelerinden katkı sağlayan isimlerin- önerdikleri dünya modelleri ile diğer modeller arasında gözle görünür farklar da mevcuttur. Bu anlamda değerler ortak olsa da bu değerleri hayata geçirme biçimlerinin farklı olduğunu söylemek mümkündür⁵⁵. Her şeyden önce Batı dışı DDMP mensupları kolonyalizmin ve üçüncü dünyanın özgül tarihine vurgu yaparak devletin güçlendirilmesine ve bağımsızlığı konusunda büyük bir hassasiyet taşımışlardır⁵⁶. Örneğin Rajni Kothari, Batı'nın önerdiği siyasal ve ekonomik reçetelerin işe yaramaktan ziyade bağımlılık ilişkisini arttırdığından yakınmıştır. Bu nedenle de ulusal otonominin DDMP için öncelikli bir mesele olması gerektiğini dillendirmiştir⁵⁷. Yine bu minvalde Mendlovitz, Kothari ile merkezi ve adem-i merkezi dünya düzenleri konusunda yaşadıkları anlaşmazlığı kendi satırlarına taşımıştır⁵⁸. Proje için bir diğer önemli isim Ali A. Mazrui ise uluslararası düzen tartışmalarına medeniyetler perspektifinden yaklaşmaktadır. Mazrui iki farklı medeniyet olarak Batı ve Afrika arasındaki anlayış farkını vurgulayarak bu ayrımın DDMP'nin önerdiği gelecek modellerine de yansıtılması gerektiğinin altını çizmektedir. Mazrui'nin Yeni Bir Dünya Düzeni için sosyal adaletin ancak bu şekilde tahakkuk edebileceği vurgusu önem taşımaktadır⁵⁹. Öte yandan McKeil, yukarıda zikredilen her iki ismin de eserlerinde bölgesel perspektifleri yansıttıklarını vurgulayarak, DDMP'nin bu bağlamda "kültürel plüralizm" dikkate alan bir yönelim taşıdığına dikkat çekmiştir⁶⁰.

⁵³ Smith, Chris "Disarmament, Peace Movements and the Third World," *Third World Quarterly* C.6, S. 4, 1984, s. 908, dipnot 14.

⁵⁴ Falk, *A Study of Future Worlds*, s.7-8; Falk, "Toward a New World Order: Modest Methods and Drastic Visions.", s.211-212. Bu noktada DDMP'nin geleceğe dönük farklı dünya düzeni modeli önerileri barındırdığı ifade edilebilecektir. Bu çalışma kapsamında ise ekseriyetle Richard A. Falk'ın eserleri merkezinde DDMP/ ABD'nin modellemesi serdedilmektedir.

⁵⁵ Falk, Richard A. "From Geopolitics to Geogovernance: Womp and Contemporary Political Discourse.", *Alternatives*, C.19, S. 2, 1994, s.149; Cabrera, s.1109.

⁵⁶ Falk, "From Geopolitics to Geogovernance...", s.149.

⁵⁷ McKeil, s.419. Ayrıca bkz. Kothari, Rajni. "National Autonomy and World Order: An Indian Perspective." *American Journal of International Law*, C. 66, S. 5, 1972, 257-268; Kothari, Rajni. "World Politics and World Order: The Issue of Autonomy." *On the Creation of Just World Order: Preferred Worlds for the 1990's*, Ed. Saul H. Mendlovitz, The Free Press, New York, 1975, s.39-69.

⁵⁸ Mendlovitz, Saul H. "On the Creation of a Just World Order: An Agenda for a Program of Inquiry and Praxis." *Alternatives*, C.7, S. 3, 1981, s.357-58; McKeil, s.419.

⁵⁹ Mazrui, Ali A. "World Order through World Culture." *The American Journal of International Law*, C. 66, S. 4, 1972; McKeil, s.419. Ayrıca benzer konulara vurgu yapan, McKeil'in yukarıda değinilenler ve kimi diğer isimlere dair detaylı analizi için bkz. McKeil, s.419.

⁶⁰ McKeil, s.419.

C. Ulus Devleti Aşmak: İnsani Bir Yönetişim Anlayışına Doğru

DDMP/ABD, öncelikli olarak Westfalyan sistemin dayandığı egemenlik paradigmasının⁶¹ köklü dönüşümünü hedeflemekte olduğu ifade edilmektedir⁶². Bu çerçevede farklı çıkarlara sahip egemen devletlerden müteşekkil, bir uluslararası sistemin insanlığın karşı karşıya olduğu pek çok sorunu çözmekten uzak olduğunun altı çizilmektedir⁶³. Buna karşın Falk değişime dair umutludur. Öyle ki Falk, ulus devletlerin kaçınılmaz olarak ortadan kalkacağı ve bunun farklı bir dünya düzenine kapı aralayacağını öngörmektedir⁶⁴. Mendlovitz ise önce ulus devleti aşmak⁶⁵ ve süreç içerisinde gerçekleşecek dönüşüm ile beraber 2000’li yıllarda kurulacak bir “dünya hükümeti” kurgulamaktadır⁶⁶.

Falk, her ne kadar Westfalyan sistem ile hükümetler arası niteliği daha ön plana çıkan Birleşmiş Milletler sistemi arasında organizasyonel yapı bakımından bir ayrıma gitse de her iki sistem arasında dayandıkları devlet merkezilik bağlamında köklü bir değişim olmadığı görüşündedir⁶⁷. Falk’un değerlendirmeleri aynı zamanda vatandaşlığın tanımının da gözden geçirilmesini içermektedir. Ortaya koyduğu modelde vatandaşlığı, ulus devletler ile sınırlamayan Falk, “gezegensel vatandaşlık” kavramlaştırması ile ulus devletlerin ötesine geçen bir vatandaşlık kategorisi önermeye yönelik bir adım atmıştır⁶⁸.

Yukarıda da değinildiği gibi DDMP, değerlerini hayata geçirmenin yolu, ulus devletleri merkezine alan dünya düzenini değiştirmek ve yeni küresel kurumlar inşa etmekten geçmektedir. Bu çerçevede DDMP, küresel vatandaşlık ve kozmopolitizmin erken temsilcilerinden biri olarak ele alınmıştır⁶⁹. Falk, dar ulusal gündemleri aşarak, DDMP’nin sahip olduğu iddialı normatif kurguyu mümkün kılacak etkili küresel kurumlar öngörmektedir⁷⁰. DDMP’nin bir başka önemli ismi Mendlovitz’in öncül önerisi ise yine DDMP değerleri çerçevesinde şekillenecek daha merkezi bir “dünya hükümeti”dir⁷¹. Bununla birlikte her iki isim arasında her konuda tam bir mutabakat olmadığının altı çizilmelidir. Nitekim, Falk’un Mendlovitz’in ortaya koyduğu böylesi bir merkezi

⁶¹ Batı merkezli egemenlik anlayışının felsefi kökenlerine ilişkin bkz. Kaya, Mevlüt Alper. "Egemenlik Kavramı ve Siyasi Düşünürler," *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.5, S. 1, 2022, s.213-235. Batı ve İslam Dünyası arasındaki farklı hukuk, siyaset ve egemenlik anlayışları için bkz. Türcan, Talip. "Sovereignty-Political Power Distinction as the Theoretical Basis of the Concept of the State of Law-A Comparative Study in the Context of Islamic and Western Legal Thought." *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cumhuriyet’in 100’üncü Yılı Armağanı, C.5, S.1, 2024, s. 336-349; Acar, Abdullah. "İslam ve Batı Medeniyetinin Hak, Emanet ve Adalet Anlayışları." *Necmettin Erbakan Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, C.47, S.47, 2019, s.277-312.

⁶² Falk, *A Study of Future Worlds*, s.59-69.

⁶³ Falk, "Can International Law Contribute to World Order?," s. 270; Falk, "Toward a New World Order: Modest Methods and Drastic Visions," s.221-224; Mendlovitz, "Introduction," s.viii.

⁶⁴ Falk, "Toward a New World Order: Modest Methods and Drastic Visions," s. 246.

⁶⁵ Mendlovitz, "Introduction," s.viii.

⁶⁶ Mendlovitz, "Introduction," s.xvi.

⁶⁷ Falk, *A Study of Future Worlds...*, s.169.

⁶⁸ Falk, "Contending Approaches to World Order," s.197-198.

⁶⁹ Cabrera, s.1102-1119.

⁷⁰ Falk, "Toward a new world order: modest methods and drastic visions," s. 240.

⁷¹ Mendlovitz, "Introduction," s.xvi.

modeli benimsemediği ifade edilmektedir⁷².

Öyle ki Falk, bir dünya federasyonundan ziyade sistemdeki devlet merkezliliği bütünüyle çözmek istediğini ifade etmektedir. Kendi ifadesiyle bütün içerisinde parçaların yok olmayacağı bir tür ulus-aşan yönetim önermektedir⁷³. Başka bir değerlendirmesinde Falk, kendi projesini “merkezleşme” ve “merkezsizleşmeyi” bir arada var edecek “diyalektik” bir süreç olarak tanımlar⁷⁴. Falk’a göre denge fren mekanizması, bürokrasinin azaltılması, karar mekanizmasında çoğulculuk ve katılımcılık DDMP/ABD’nin önerdiği dünya düzeninin vazgeçilmezleridir⁷⁵. Nitekim ilerleyen yıllarda farklı çalışmalarında Falk, üçüncü dünya ülkelerinin ve dezavantajlı grupların kaygılarına duyarlı bir dünya düzeni modelinin önemine temas etmiştir. Özellikle 1990 yıllardan itibaren seslendirilmeye başlanılan küreselleşme tartışmaları ile tüm bu konular DDMP’nin gündeminde daha da önemli hale gelecektir⁷⁶.

Öte yandan geleceğin Dünya Düzeninin ne olacağına dair büyüyen DDMP literatürü ile eş zamanlı olarak, ortaya konulan ürünlerin teorik ve metodolojik tutarlılığına ilişkin bir takım tartışmalar da zuhur etmiştir⁷⁷. Akademik dergilere de yansıyan tenkitler ve bu tenkitlere verilen yanıtlardan müteşekkil bu tartışmalar, DDMP’nin kendisini anlatması için bir şans olmuştur⁷⁸. Uluslararası İlişkiler disiplinin en önemli dergilerinden biri olan *Uluslararası Örgütler*’de dönemin tartışmalarının izini sürmek mümkündür. Farer’in söz konusu dergide kaleme aldığı yazısında, DDMP’ye yönelik kimi eleştirilerini şu başlıklar altında sıralamaktadır: Temel prensiplerinin net olmaması, -ulus devlet sonrasına dair- gerçekçi olmayan model önerileri, deterministik eğilimler ve kimi önerilerinin (başta küresel düzeyde zenginliğin yeniden dağıtımı) doğurabilmesi muhtemel olumsuz sonuçlar⁷⁹. Falk, bu iddialara 1978 yılında yine aynı dergide yanıt vermiştir. Falk ilgili cevabında özetle başta hareketin gerçekçi öneriler sunmadığına yönelik iddialara değinmiş, ayrıca DDMP’nin statüko karşıtlığına, taşıdığı çoğulcu bakış açısına, argümanlarının test edilebilirliğine ve revizyona açık olduğuna vurgu yapmıştır⁸⁰. Biraz daha açacak olursak Falk, her şeyden önce DDMP’nin kendi içerisindeki farklılıkların tanınması gerektiğini ve hareket içerisinde tek bir model olmadığını vurgulamaktadır. Bir hareket olarak DDMP’yi bir arada tutan ise mevcut uluslararası düzenin değişimine duyulan gereksinimi kabul etmeleridir⁸¹. Bununla birlikte Falk, farklı coğrafyaların/bölgelerin özgüllükleri ile bağlantılı ayrışan kimi sorunları olduğunu kabul

⁷² McKeil, s.420; Mendlovitz, "The Emergence of Womp in the Normative Tradition: Biography and Theory.", s.320-321.

⁷³ Falk, Richard A. "The World Order Models Project and Its Critics: A Reply." *International Organization*, C. 32, S. 2, 1978, s.539.

⁷⁴ Falk, "Toward a New World Order: Modest Methods and Drastic Visions.", s.223.

⁷⁵ Falk, "Toward a New World Order: Modest Methods and Drastic Visions.", s.240.

⁷⁶ Falk, "From Geopolitics to Geogovernance: Womp and Contemporary Political Discourse.", s.151.

⁷⁷ Cabrera, s.1110; McKeil, s.421.

⁷⁸ DDMP’ye yönelik yıllar içerisinde farklı mecralarda çok sayıda eleştiri yapılmıştır. Bu çalışma kapsamında sadece iki farklı dergi sayısında ortaya konulan tartışmalara yer verilmektedir.

⁷⁹ Farer, Tom J. "The Greening of the Globe: A Preliminary Appraisal of the World Order Models Project: (Womp)." *International Organization*, C.31, S. 1, 1977.

⁸⁰ Falk, "The World Order Models Project and Its Critics: A Reply,"

⁸¹ Falk, "The World Order Models Project and Its Critics: A Reply.", s.535; Mendlovitz, "A Perspective on the Cutting Edge of World Order Inquiry...", s.152.

etmektedir⁸².

1981 yılında ise *Siyaset ve Askeri Sosyoloji Dergisi*'nin sayfalarına yansıyan benzer bir diğer tartışmada ise tarafların, DDMP'ye yönelik tenkitler ve yanıtlardan müteşekkil karşılıklı yazışmalar derlenmiştir⁸³. Öncesinde seslendirilmiş olanlara benzerlikler taşıyan bu eleştiriler ve yanıtlar gözden geçirilecek olursa; örneğin arzulanan dünya düzenin amaçlarına ve stratejisine yönelik bir takipçi kitlesinin eksikliğinin, arzulanan reformun ütopyacı niteliğinin ve hareketin dayandığı ortak değerlerin net bir biçimde ortaya konulmamış olmasının; dolayısıyla bütünlükçü bir araştırma programına sahip olunmamasının eleştirilmiş olduğu görülmektedir⁸⁴. Bu eleştirileri yanıtlayan Samuel S. Kim ise yapılan eleştirileri, DDMP'nin geniş külliyatının sahip olduğu zenginliği anlamaktan uzak olduğu, bu külliyata katkı veren yazarların yanlış yorumlandığı ve eleştirilerin en nihayetinde statükoyu korumak gibi bir hedefe matuf olduğunu vurgulayarak yanıtlamıştır⁸⁵. Öte yandan Christine Sylvester ise özellikle Falk'ı hedef alan öngörülen değişimin aşamalarına ve tarihine yönelik eleştiriler karşısında DDMP'nin hiçbir zaman bir "içsel uyum" taşıdığı iddiasında olmadığını hatırlatarak, önceki yanıtlara benzer şekilde DDMP bünyesinde farklı isimlerin farklı görüşlere sahip olduğunu ifade etmiştir⁸⁶. Ayrıca Sylvester'a göre statik bir girişim olmayan DDMP, eleştirilere her zaman açık olmuş ve zaman içerisinde gerekli revizyonlara yönelik adımlar atabilecek bir dinamizm taşımıştır. Nitekim bu kapsamda DDMP II⁸⁷ olarak anılan revizyon programında dezavantajlı grupların öncelikleri, siyasetin alt yapısını teşkil eden kültürel unsurların yeniden düşünülmesi, formel bir anayasacılık fikrinden insancıl yönetişime geçiş fikri, küresel ve yerel dengesi gibi konular gündeme taşınabilmiştir⁸⁸. Oakes ve Stunkel ise verilen tenkitlerine yönelik tüm bu yanıtların halen ortak dünya düzeni değerlerinin ne olduğunu tam manasıyla açıklayamadığı dolayısıyla aksiyolojik sorunları çözmekten uzak olduğu ve ayrıca DDMP'nin değişime yönelik yol haritasının gerçekçi olmadığına dair değerlendirmesine tatmin edici yanıtlar sunamadığını yinelemektedir⁸⁹.

DDMP, yıllara yayılan tüm bu tartışmalar sonucu ortaya çıkan önerileri ve tenkitleri dikkate alarak kendini yenileyebilmiştir. Falk, 1994 yılında *Alternatifler* dergisinde ortaya koyduğu değerlendirmesinde aslında tüm bir hareketin muhasebesini yapmaktadır. Bu kapsamda Falk'ın DDMP'nin susturulmuş Batı dışı seslere daha çok yer vermeye çalıştığı vurgusu, kadının aktörlük sorunu ve feminist gündemin DDMP'de -yeteri kadar- aksettirilmediği değerlendirmeleri önem

⁸² Falk, "The World Order Models Project and Its Critics: A Reply.", s.542.

⁸³ Yukarıda özetlenmeye çalışan tartışmanın detaylarını ilgili derginin yorumlar başlığında bulmak mümkündür. *Journal of Political & Military Sociology*, C 9, S. 1, 1981, <https://www.jstor.org/stable/i40229395>

⁸⁴ Oakes, Guy/ Stunkel, Kenneth. "Reply: Waiting for Womp," *Journal of Political & Military Sociology*, C.9, S. 1, 1981. Benzer eleştirilere değinen bir diğer çalışma için bkz. McKeil, s. 421.

⁸⁵ Kim, "The World Order Models Project and Its Strange Critics."

⁸⁶ Sylvester, Christine. "In Defense of the World Order Models Project: A Behavioralist's Response." *Journal of Political & Military Sociology*, C.9, S. 1, 1981, s.104-105.

⁸⁷ DDMP II aynı zamanda Dünya Düzenleri Enstitüsü tarafından yürütülen DDMP projesinin ikinci aşamasını ifade etmek içinde kullanılmıştır Bkz. Mendlovitz, Saul H. "The Program of the Institute for World Order." *Journal of International Affairs*, C.31, S. 2, 1977, s.264. Öte yandan McKeil, DDMP girişiminin belirli revizyonlarla günümüzde yeniden canlandırılmasına dair girişimleri DDMP 2.0 olarak ifade etmektedir. Bkz. McKeil, s.422-424.

⁸⁸ Sylvester, "In Defense of the World Order Models Project...", s.104-105.

⁸⁹ Oakes/Stunkel, "In Search of Womp."

taşımaktadır⁹⁰. Ayrıca Falk, zaman içinde makro düzeyde tartışılan küresel tercihler ve projeler kadar DDMP'nin sivil toplum, demokrasi ve insan hakları konularına daha duyarlı hale geldiğini ve bu duyarlılıklara uygun revizyonları hayata geçirmeye çalıştığını dile getirmiştir⁹¹.

Yine bu dönemde Falk'ın seslendireceği “insancıl yönetim”⁹² yukarıda bahsedilen öneri ve itirazların kapsamlı bir değerlendirmesi sonucu ortaya çıkmıştır. Kuşkusuz böylesi bir revizyon ihtiyacının en temel nedenlerinden biri de Soğuk Savaş sonrası koşulların ortaya çıkardığı yeni ve benzersiz sorunlar olmuştur. Bu yeni vasatta Falk, başlangıcından bu yana dünya düzeni modelleri etrafında cereyan eden tartışmalar ve zaman içerisinde farklı bir mahiyet kazanan yeni küresel düzen karşısında -normatif yönü saklı kalmak kaydıyla- DDMP projesini yeni bir mecraya taşımıştır⁹³. Falk, bu yeni dönemde yaşanan gelişmeler ışığında insancıl bir yönetişimin imkanlarını sorgularken, kırılgan toplumsal unsurların küreselleşmenin beraberinde getirdiği kimi tehditlerle karşı karşıya olduğuna dikkat çekmektedir. Bu bağlamda kitleler için yeni bir yönetim modeli öneren insancıl yönetim, şirketler ve devletlerin değil toplumların refahını sağlamayı amaçlamayan bir bakış açısı sunmaktadır⁹⁴. Yine bu noktada yoğunlaşan küreselleşme tartışmaları çerçevesinde küresel kapitalizmin ezici etkisi karşısında “aşağıdan küreselleşme” vurgusu ile Falk, küreselleşmenin olumsuz etkilerini tersine çevirmeyi önermiştir⁹⁵.

SONUÇ

Bu çalışmada Soğuk Savaş yıllarında Uluslararası İlişkiler kuramının tehdit odaklı bakışının ötesine geçebilmiş az sayıda girişimden biri olan DDMP'nin kuruluş süreci, kuramcıları ve temel önerileri ele alınmaya çalışılmıştır. Kabaca söylenecek olursa DDMP, 1960'lerden itibaren Uluslararası İlişkiler kuramı için müstesna bir girişim olarak ortaya çıkmıştır. Bir entelektüel hareket olarak DDMP, dünyanın farklı ülkelerinden akademisyenleri değişime yönelik ortak değerler çevresinde birleştirmiştir. DDMP, bu kapsamda, insanlığın karşı karşıya olduğu küresel sorunlara yönelik mevcut ulus devlet merkezli modellerin ötesine geçen farklı yönetim modelleri sunmaya çalışmıştır. Bu anlamda küresel düzen ve yönetim ile ilişkilendirilecek tartışmalara erken sayılacak bir dönemde önemli katkılar sunmuştur. Savaşlardan, yoksulluğa ve ekolojik yıkıma kadar pek çok konuda mevcut sistemin yetersizliklerini tespit etmenin yanında bu sorunlar karşısında çözümler de öneren DDMP inisiyatifi, pek çoklarınınca normatif kuramın erken temsilcileri arasında kabul edilmiştir⁹⁶. Öte yandan -öncesinde değinildiği gibi- kimi eleştirmenlerce kendi dönemi için oldukça

⁹⁰ Falk, "From Geopolitics to Geogovernance: Womp and Contemporary Political Discourse.", s.150.

⁹¹ Falk, "From Geopolitics to Geogovernance: Womp and Contemporary Political Discourse.", s.153.

⁹² Falk benzer bir muhtevaya sahip olan “insancıl yönetim modelleri (humane patterns of governance)” ifadesini çok öncesinde, 1977 yılında dile getirecektir. Bkz. Falk, "Contending Approaches to World Order.", s.181,198. İnsancıl yönetim kavramına ilişkin detaylı bir sorgulama için bkz. Mendlovitz, "The Emergence of Womp in the Normative Tradition: Biography and Theory.", s.318-320; Falk, *On Humane Governance: Toward a New Global Politics*.

⁹³ Mendlovitz, "The Emergence of Womp in the Normative Tradition: Biography and Theory.", s.318-320. Ayrıca bkz. Falk, *On Humane Governance: Toward a New Global Politics*.

⁹⁴ Falk, *On Humane Governance: Toward a New Global Politics*., s.11-15. Ayrıca bkz. Mendlovitz, "The Emergence of Womp in the Normative Tradition: Biography and Theory.", s.318-320.

⁹⁵ Falk, Richard A. "Resisting 'Globalisation-from-above' through 'Globalisation-from-Below'." *New Political Economy*, C.2, S. 1, 1997; Falk, *On Humane Governance: Toward a New Global Politics*, s. 36.

⁹⁶ Bkz. Wapner, "The Resurgence and Metamorphosis of Normative International Relations..."; Mendlovitz, "The

köklü politik ve hukuki bir değişim öneren aynı zamanda bu değişime ilişkin bir zaman çizelgesi ve aksiyon planı ortaya koyabilen DDMP, gerçekçi olmayan uç bir girişim olarak da değerlendirilebilmiştir.

Dikkat çekilmesi gereken bir diğer husus DDMP mensupları gelecek dünya düzeninin nitelikleri konusunda bütünüyle hemfikir olmadığıdır. Farklı coğrafyalara mensup bu entelektüellerin taşıdıkları sosyo-ekonomik ve kültürel çeşitlilik dünya düzenine dair tespit ve önerilerine de yansımıştır. Bu nedenle bir hareket olarak DDMP'nin ortak bir çözüm önerisini hayata geçirmeye çalışan yekpare bir bütün olduğunu iddia etmek mümkün değildir. Bununla birlikte mevcut küresel mekanizmaların gezegenin karşı karşıya olduğu sorunları çözemeyeceğine yönelik fikir birliği, DDMP hareketini bir arada tutabilmiştir.

Ayrıca ana akım Uluslararası İlişkiler kuramının sınırlarını zorlayan DDMP gerek teori gerekse de pratik açısından eleştirilmiştir. Bununla birlikte DDMP, farklı öneri ve tenkitlere açık olmuş, eleştirileri belirli ölçüde yanıtlayabilmiş, gerektiğinde özeleştiri yapabilmiş ve bu doğrultuda kendini yenileyebilmiştir. Bunun yanında DDMP, Soğuk Savaş sonrasında insanlık açısından yeni ve zorlayıcı sorunlara normatif yöneliminde taviz vermeden yeni yanıtlar vermeye devam etmiştir.

KAYNAKÇA

- Acar, Abdullah. "İslam ve Batı Medeniyetinin Hak, Emanet ve Adalet Anlayışları." *Necmettin Erbakan Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, C.47, S.47, 2019, s.277-312.
- Boyer, William. "World Order Education: What Is It?." *Phi Delta Kappan*, C.56, S. 8, 1975, s.524-527.
- Cabrera, Luis. "Advancing Global Citizenship and Cosmopolitanism in an Age of Globoskepticism: Insights from the World Order Models Project." *Globalizations*, C.20, S. 7, 2023, s.1102-1119.
- Dalby, Simon. *Creating the Second Cold War: The Discourse of Politics*, Guilford Publications, New York, 1990.
- Dalby, Simon. "Contesting an Essential Concept: Reading the Dilemmas in Contemporary Security Discourse." *Critical Security Studies: Concepts and Cases*, Ed. Keith Krause / Michael C. Williams, University of Minnesota Press, Minneapolis, MN, 1997, s.3-31.
- Engerman, David C. "Social Science in the Cold War." *Isis*, C.101, S. 2, 2010, s. 393-400.
- Falk, Richard A./ Mendlovitz, Saul H. "Towards a Warless World: One Legal Formula to Achieve Transition." *The Yale Law Journal*, C.73, S. 3, 1964, s. 399-424.
- Falk, Richard A. "Can International Law Contribute to World Order?." *The American Journal of*

International Law, C. 66, S. 4, 1972, s. 268-278.

Falk, Richard A. "Toward a New World Order: Modest Methods and Drastic Visions." *On the Creation of a Just World Order: Preferred Worlds for the 1990's*, Ed. Saul H. Mendlovitz, Free Press, New York, 1975, s. 211-258.

Falk, Richard A. *A Study of Future Worlds.*, Free Press, New York, 1975.

Falk, Richard A. "Contending Approaches to World Order." *Journal of International Affairs* C.31, S. 2, 1977, s.171-198.

Falk, Richard, "The World Order Models Project and Its Critics: A Reply." *International Organization*, C. 32, S. 2, 1978, s. 531-545.

Falk, Richard A. "From Geopolitics to Geogovernance: Womp and Contemporary Political Discourse." *Alternatives*, C.19, S. 2, 1994, s.145-154.

Falk, Richard A. *On Humane Governance: Toward a New Global Politics.*, Penn State Press, Pennsylvania, 1995.

Falk, Richard A. "Resisting 'Globalisation-from-above' through 'Globalisation-from-Below'." *New Political Economy*, C.2, S. 1, 1997, s.17-24.

Falk, Richard A. "State of Siege: Will Globalization Win Out?." *International Affairs* C.73, S. 1, 1997, s.123-136.

Farer, Tom J. "The Greening of the Globe: A Preliminary Appraisal of the World Order Models Project: (Womp)." *International Organization*, C.31, S. 1, 1977, s.129-147.

Galtung, Johan, *True Worlds: A Transnational Perspective.*, Free Press, New York, 1980.

Galtung, Johan. "Nonterritorial Actors and the Problem of Peace." *On the Creation of Just World Order: Preferred Worlds for the 1990's*, Ed. Saul H. Mendlovitz, The Free Press, New York, 1975, s.151-188.

Hollins, Harry B. "Is There Hope for Man? A New Phase in the Work of the Institute for World Order." *Planning Review*, C.3, S. 1, 1975, s.8-11.

Institute for World Order Records, MC 1275, Special Collections and University Archives, Rutgers University Libraries, <https://archives.libraries.rutgers.edu/repositories/11/resources/791>, Accessed February 16, 2025.

Kaya, Mevlüt Alper. "Egemenlik Kavramı ve Siyasi Düşünürler." *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.5, S. 1, 2022, s.213-235.

Kılıç, Muharrem. "İnsan Haklarının Küresel Yönetişimi: Değersel ve Sistemsel Kriz." *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.73, S.3, 2024, s.1799-1836.

Kim, Samuel S. "The World Order Models Project and Its Strange Critics." *Journal of Political & Military Sociology*, C. 9, S. 1, 1981, s.109-115.

- Kothari, Rajni. "National Autonomy and World Order: An Indian Perspective." *American Journal of International Law*, C. 66, S. 5, 1972, 257-268.
- Kothari, Rajni. "World Politics and World Order: The Issue of Autonomy." On the Creation of Just World Order: Preferred Worlds for the 1990's, Ed. Saul H. Mendlovitz, The Free Press, New York, 1975, s.39-69.
- Mazrui, Ali A. "World Order through World Culture." *The American Journal of International Law*, C. 66, S. 4, 1972, s. 252-257.
- McKeil, Aaron. "Revisiting the World Order Models Project: A Case for Renewal?." *Global Policy*, C.13, S. 4, 2022, s. 417-426
- Mendlovitz, Saul H., *Readings and a Discussion Guide for a Seminar on Legal and Political Problems of World Order.*, Fund for Education Concerning World Peace through World Law, New York, 1962.
- Mendlovitz, Saul H. "Introduction." *On the Creation of a Just World Order: Preferred Worlds for the 1990's*, Ed. Saul H. Mendlovitz, Free Press, New York, 1975, s.vii-xviii.
- Mendlovitz, Saul H. "The Program of the Institute for World Order." *Journal of International Affairs*, C.31, S. 2, 1977, s.259-265.
- Mendlovitz, Saul H. "A Perspective on the Cutting Edge of World Order Inquiry: The Past, Present and Future of Womp." *International Interactions*, C.8, S. 1-2,1981, s.151-60.
- Mendlovitz, Saul H. "On the Creation of a Just World Order: An Agenda for a Program of Inquiry and Praxis." *Alternatives*, C.7, S. 3, 1981, s.355-73.
- Mendlovitz, Saul H./ Sakamoto, Yoshikazu /Sheth, Dhirubhai/ Walker, R. B. J. "Alternatives for the 1990s." *Alternatives*, C.15, S.1,1990, s.1-2.
- Mendlovitz, Saul H. "The Emergence of Womp in the Normative Tradition: Biography and Theory." *Principled World Politics: The Challenge of Normative International Relations*, Ed. Paul Wapner / Lester E. J. Ruiz, Rowman & Littlefield, Lanham, Maryland, 2000, s. 311-321.
- Oakes, Guy/ Stunkel, Kenneth. "In Search of Womp." *Journal of Political & Military Sociology*, C. 9, S. 1, 1981, s.83-99.
- Oakes, Guy/ Stunkel, Kenneth. "Reply: Waiting for Womp." *Journal of Political & Military Sociology*, C.9, S. 1, 1981, s.117-120.
- Pegram, Tom. "Governing Relationships: The New Architecture in Global Human Rights Governance." *Millennium: Journal of International Studies*, C.43, S.2, 2015, s. 618-639.
- Rogers, Paul. "Peace Studies." *Contemporary Security Studies*, Third Edition, Ed. Alan Collins, Oxford University Press, Oxford, 2013, s. 54-66.
- Rogers, Paul/ Ramsbotham, Oliver. "Then and Now: Peace Research—Past and Future." *Political*

Studies, C. 47, S. 4, 1999, s. 740-754.

Smith, Chris. "Disarmament, Peace Movements and the Third World." *Third World Quarterly* C.6, S. 4, 1984, s.892-910.

Sylvester, Christine. "In Defense of the World Order Models Project: A Behavioralist's Response." *Journal of Political & Military Sociology*, C.9, S. 1, 1981, s.101-108.

Türcan, Talip. "Sovereignty-Political Power Distinction as the Theoretical Basis of the Concept of the State of Law-A Comparative Study in the Context of Islamic and Western Legal Thought." *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cumhuriyet'in 100'üncü Yılı Armağanı, C.5, S.1, 2024, s. 336-349.

Walker, R.B. J. *One World, Many Worlds: Struggles for a Just World Peace.*, Lynne Rienner, Boulder, Colorado, 1988.

Walker, R.B.J. "World Politics and Western Reason: Universalism, Pluralism, Hegemony." *Alternatives*, C 7, S. 2, 1981, s. 195-227.

Weiss, Thomas. *Global Governance, Why, What, Whither?*, Polity Press, Cambridge, 2013.

Wapner, Paul. "The Resurgence and Metamorphosis of Normative International Relations: Principled Commitment and Scholarship in a New Millennium." *Principled World Politics: The Challenge of Normative International Relations*, Ed. Paul Wapner / Lester E. J. Ruiz, Rowman & Littlefield, Lanham, Maryland, 2000, s.1-22.

Azerbaycan İş Hukukunda İş Sözleşmesinin Sona Erme Nedenleri ve Hukuki Sonuçları

Namık HÜSEYİNLI^{1*} 

¹Alanya Alaaddin Keykubat Üniversitesi İktisadi, İdari ve Sosyal Bilimler Fakültesi, Türkiye

Makale Bilgisi

Makale Geçmişi

Geliş: 26.03.2025

Kabul: 16.06.2025

Yayın: 20.06.2025

Anahtar Kelimeleri:

Azerbaycan İş Hukuku,
İş Sözleşmesi,
Fesih Nedenleri,
İş Güvencesi,
İş Sözleşmesinin Sona
Ermesi.

ÖZET

Bu makale, Azerbaycan iş hukukunda iş sözleşmesinin fesih nedenleri, usulleri ve sonuçlarını incelemeyi amaçlamaktadır. 1999 yılında yürürlüğe giren Azerbaycan İş Kanunu, tarafların hak ve yükümlülüklerini açık biçimde belirleyen ve iş ilişkisini hukuki güvence altına alan kapsamlı düzenlemeler içermektedir. Azerbaycan iş hukukunun en dikkat çeken özelliklerinden biri, iş sözleşmelerinin kurulması ve sona erdirilmesinde yazılı şekil şartının zorunlu olması ve bu işlemlerin devlet portalı üzerinden dijital olarak kaydedilmesidir. Çalışmada, iş sözleşmesinin taraflardan biri tarafından feshi, belirli süreli sözleşmelerin sona ermesi, işyeri devri, çalışma koşullarındaki değişiklikler ve taraf iradesi dışında gelişen sona erme halleri sistematik biçimde ele alınmıştır. Yazılı şekil ve elektronik kayıt zorunluluğu, sözleşme serbestisinden farklı olarak daha katı ve şekle bağlı bir sistemin benimsendiğini göstermektedir. Çalışma, normatif analiz yöntemiyle yürütülmüş olup, Azerbaycan iş hukukunun fesih düzenlemelerine ilişkin güncel durumu ortaya koyarak bu alandaki literatüre katkı sağlamayı hedeflemektedir.

Termination Grounds and Legal Consequences of Employment Contracts under Azerbaijani Labor Law

Article Info

Article History

Received: 26.03.2025

Accepted: 16.06.2025

Published: 20.06.2025

Keywords:

Azerbaijani Labor Law,
Employment Contract,
Termination Grounds,
Job Security,
Termination of the
Employment Contract.

ABSTRACT

This article aims to examine the grounds, procedures, and consequences of the termination of employment contracts under Azerbaijani labor law. The Azerbaijani Labor Code, which came into force in 1999, comprises comprehensive regulations that explicitly define the rights and obligations of parties and legally secure the employment relationship. One of the most notable features of Azerbaijani labor law is the mandatory written form requirement for the establishment and termination of employment contracts, as well as the digital registration of these transactions via the state portal. This study systematically addresses the termination of employment contracts by one of the parties, the expiration of fixed-term contracts, transfers of undertakings, changes in working conditions, and terminations occurring independently of the parties' will. In particular, rules such as the mandatory written form and electronic registration demonstrate the adoption of an approach primarily based on formal criteria, as opposed to the principle of contractual freedom. The study was conducted using a normative analysis method, with the objective of contributing to the literature in this field by presenting the current status of termination regulations in Azerbaijani labor law.



To cite this article:

Hüseyinli, N. (2025). “Azerbaycan İş Hukukunda İş Sözleşmesinin Sona Erme Nedenleri ve Hukuki Sonuçları”, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 8(1), s. 277-310. <https://doi.org/10.51120/NEUHFD.2025.154>.

***Sorumlu Yazar:** Namık Hüseyinli, namik.huseyinli@alanya.edu.tr.

GİRİŞ

Azerbaycan iş hukukunda iş sözleşmesi, işçi ile işveren arasındaki hukuki ilişkiyi düzenleyen en önemli belgedir. Azerbaycan Anayasası, iş sözleşmesi yapma hakkını anayasal bir hak olarak kabul etmiş ve hiç kimsenin bu sözleşmeyi yapmaya zorlanamayacağını hükme bağlamıştır. Çalışma yaşamında düzeni sağlamak ve tarafların haklarını korumak amacıyla, 1 Şubat 1999 tarihli 618-IQ sayılı Kanun ile kabul edilen Azerbaycan Cumhuriyeti Emek Mecellesi (İş Kanunu), bu alandaki en temel mevzuattır. Ayrıca bu Kanun, çalışma hayatına ilişkin asgari standartları belirlemekte ve bunların uygulanmasını sağlayan hükümler içermektedir.

Azerbaycan iş hukukunun en dikkat çeken yönlerinden biri, iş sözleşmelerinde yazılı şekil şartının zorunlu olmasıdır. İş Kanunu’na göre, iş sözleşmesi yazılı olarak yapılmalı ve bu sözleşme, e-devlet sistemi üzerinden elektronik bilgi sistemine kaydedilmelidir. Ancak bu işlemler tamamlandıktan sonra sözleşme yürürlüğe girer ve yapılan değişiklikler ile fesih işlemleri hukuki geçerlilik kazanır. Yazılı iş sözleşmesi olmaksızın işçi çalıştırılması, işveren açısından cezai sorumluluk doğurmakta olup, Kabahatler Kanunu’nun (İdari Suçlar Kanunu) 192.1 maddesi uyarınca, işverenin gerçek veya tüzel kişi olmasına göre farklı tutarlarda para cezası uygulanmaktadır.

İş ilişkisi sürecinde taraflar arasında gerçekleşen tüm işlemler ve sözleşmede yapılacak değişiklikler aynı şekilde yazılı olarak yapılmakta ve gerektiğinde ilgili belgeler resmi olarak bölge müdürlüklerine bildirilmektedir. Ayrıca, işveren ile işçi arasında düzenlenen iş sözleşmesi, sonradan yapılan değişiklikler ve işverenin emirleri beş yıl süreyle saklanmakta ve işletmenin kapanması hâlinde ise bu belgeler resmi devlet arşivlerine teslim edilmektedir. Kanunda düzenlenen pek çok durumda, işverenin resmi formatta bir emir (bildirge/serencam) hazırlaması zorunludur. Örneğin çalışma koşullarının değiştirilmesi, başka bir pozisyona atama veya iş sözleşmesinin feshi gibi işlemler, bu tür emirlerle gerçekleştirilmelidir. Eğer bu emirlere, mevzuatta öngörülen zorunlu bilgiler eksik biçimde yazılırsa, belge mahkemeler tarafından geçersiz kabul edilebilir.

Bu çalışmada, Azerbaycan İş Hukuku’nda iş sözleşmesinin sona erme nedenleri ve uygulanma usulleri ele alınmaktadır. Hukuken iş sözleşmesinin sona ermesi üç temel başlık altında incelenebilir: taraflardan birinin tek taraflı feshi, tarafların karşılıklı anlaşması ve taraf iradesi dışında ortaya çıkan hukuki nedenler. Sona erme sürecinde en çok tartışılan konulardan biri, işverenin işçiyi işten çıkarma yetkisinin sınırlarıdır. Kanun, işverenin işçi sayısını azaltma veya şube kapatma gibi gerekçelerle fesih hakkı tanımasına rağmen, bu tür işlemlerin belirli usullere uygun şekilde gerçekleştirilmesini zorunlu kılmaktadır. Bildirim süresi, iş arama izni, kıdem tazminatı ve bazı çalışan gruplarına yönelik

iş güvencesi düzenlemeleri bu kapsamda değerlendirilmektedir. Öte yandan, bazı fesih hallerinde işverenin geniş yetkilere sahip olduğu ve işçiye tazminat hakkı tanınmadığı durumlar da dikkat çekmektedir.

Çalışmada, Azerbaycan iş hukuku mevzuatında iş sözleşmesinin sona erme halleri, tarafların fesih yetkileri, iş güvencesi ve fesih sürecine ilişkin düzenlemeler ele alınarak mevcut normatif yapı analiz edilmiştir. Her ne kadar karşılaştırmalı hukuk yöntemine dayalı sistematik bir mukayese yapılmamış olsa da bazı kavramların daha iyi anlaşılabilmesi ve düzenlemelerin pratik karşılıklarının somutlaştırılabilmesi amacıyla, yer yer Türk iş hukuku ile Rusya Federasyonu hukuk sisteminden sınırlı ölçüde örnek ve atıflara yer verilmiştir. Bu örnekler, açıklayıcı ve destekleyici nitelikte olup, yalnızca konuya açıklık kazandırma amacı taşımaktadır. Çalışma, Azerbaycan iş hukukuna ilişkin iş sözleşmesinin sona erme düzenlemelerini hem teorik temelleri hem de uygulamadaki yansımalarıyla ortaya koymayı hedeflemektedir. Özellikle Türkçe literatürde konuya ilişkin kaynakların sınırlı olması nedeniyle, bu çalışma normatif dayanaklara yaslanarak alandaki önemli bir boşluğu doldurmayı amaçlamaktadır.

I. AZERBAIJAN İŞ HUKUKUNDA İŞ SÖZLEŞMESİ

Azerbaycan Cumhuriyeti Anayasası, iş sözleşmesi yapma hakkını anayasal bir hak olarak tanımıştır. Buna göre, “İş sözleşmeleri serbestçe yapılır. Hiç kimse iş sözleşmesi yapmaya zorlanamaz” (AZ. AY. m. 35). Bu çerçevede, İş Kanunu da iş sözleşmesi yapma özgürlüğünü güvence altına almış ve hiç kimsenin iş ilişkisi kurmaya zorlanamayacağını hükme bağlamıştır. İş Kanunu’na göre iş sözleşmesi, işçi ile işveren arasında bireysel olarak yapılan, iş ilişkisinin temel koşullarını, tarafların hak ve borçlarını içeren yazılı bir sözleşmedir (Az. İşK. m. 3/5).

İş hukukunun en önemli ve temel kaynağı, 01 fevral 1999-cu il tarixli 618-IQ nolu Kanun ile kabul edilen “Azerbaycan Cumhuriyeti Emek Məcəlləsi”dir. Söz konusu kanun İş Kanunu olarak gerçek kişilerin çalışma haklarına ilişkin asgari normları ve bu hakların uygulanmasını sağlayan kuralları içermektedir. İş Kanunu, bireysel iş ilişkilerinin yanı sıra toplu iş sözleşmesi, grev ve lokavt konularını da düzenlemektedir. Kanunda toplu iş sözleşmesinin tanımına da yer verilmiş ve işverenin, toplu olarak işçilerle veya sendika ile arasında yazılı şekilde yapılan iş, sosyal-iktisadi, maaş ve diğer ilişkileri düzenleyen sözleşme olarak tanımlanmıştır (Az. İşK. m. 3/6). Eski Rusya topraklarında ilk toplu iş sözleşmesi, 30 Aralık 1904’te Bakü’de petrol sanayisi işçileri ile petrol sanayicileri arasında imzalanmış olup¹, bu sözleşme mecazi olarak “Mazot Anayasası” olarak adlandırılmıştır².

Azerbaycan İş Kanunu yer ve kişi bakımından geniş bir kapsama maliktir. Özellikle belirgin bir özelliği memurların da İş Kanunu kapsamına dahil edilmesi hususudur. Şöyle ki, eski Sovyet rejiminde de kabul edildiği üzere istisnalar dışında tüm çalışanların çalışma ilişkisinden kaynaklı hakları tek bir kanun olarak İş Kanunu olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla İş Kanunu emek ilişkisi

¹ İsmayılov, İbrahim. *Kollektivnyy dogovor v Azerbajdane*. Monografiya, Azernesr, Baku, 1967, s. 24.

² Emrahov, Mais. *XX Əsrdə Azərbaycan Milli-Azadlıq Hərəkatı*. Ali məktəblər üçün dərslik. ADPU Nəşriyyatı, Bakı, 2009, s. 57-57; Muradova, Sevdə. “Əməyin Ödənilməsinin Müqavilə Tənzimlənməsi Metodu.” *Azərbaycan Milli Elmlər Akademiyası, Fəlsəfə və Hüquq İnstitutu, Elmi Əsərlər-Beynəlxalq Elmi-Nəzəri Jurnal*, C. 1, S. 22, 2014, s. 271.

içinde bulunan herkesi çalışan statüsünde kabul ederek çalışma mevzuatı açısından genel nitelikli bir kanun görevini üstlenmiştir. İlgili çalışan kesimleri için çıkarılan özel kanunlarla birlikte İş Kanunu söz konusu çalışanlara uygulanmaktadır.

İş sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması zorunludur. İş sözleşmesinin yazılı olarak yapılmaması işverenin cezai sorumluluğunu doğuracaktır. Söz konusu iş sözleşmesinin kanun ekinde resmi olarak düzenlenmiş olan örneğe uygun olarak hazırlanması gerekmektedir. Tarafların sözleşmeyi en az iki suret olarak imzalanması, bir suretinin işçide diğerinin ise işverende bırakılması kanunda yer almıştır (Az. İşK. m. 44). İşçi ile yazılı olarak iş sözleşmesi imzalandıktan sonra, bu sözleşme e-devlet sistemi üzerinden elektronik bilgi sistemine kaydedildiğinde hukuki olarak yürürlüğe girmiş sayılır. Bu süreç tamamlandıktan sonra sözleşmede yapılan değişiklikler veya fesih işlemi hukuki geçerlilik kazanır.

İşveren, işçinin lehine olan hakları kısıtlayamaz veya azaltamaz. Yine işverenin tek taraflı olarak iş sözleşmesi şartlarında bir değişiklik yapması mümkün değildir (Az. İşK. m. 43/3-4). İşveren tarafından yapılacak bir değişiklik olursa bu değişiklik geçersiz olarak kabul edilecek ve mevzuatla belirlenen hak ve teminatlar bu değişikliğin yerini alacaktır³.

İşçi işveren arasında kurulan iş sözleşmesinin sözleşme serbestisi ilkesi kapsamında tek taraflı olarak feshedebileceği kabul edilmektedir. Nitekim söz konusu serbesti sınırları Azerbaycan Cumhuriyeti Anayasası ve Azerbaycan İş Kanunu kapsamında işçiye geniş bir eylem sınırı tanımaktadır. Bu serbesti, beş farklı şekilde kendini göstermektedir. Birincisi, vatandaşın faaliyet türünü seçme özgürlüğünü açıklamaktadır. İkincisi, işçinin belirli bir işvereni seçme hakkına sahip olması ve bu seçim doğrultusunda hukuki statüsünü belirleyebilmesidir. Üçüncüsü, işverenle karşılıklı anlaşma içinde çalışma koşullarını belirlemesidir. İşçi, seçtiği işverenle çalışma koşullarını müzakere edebilmektedir. Bu süreçte, iş ilişkisinden kaynaklanan işle ilgili görevleri gönüllü olarak üstlenmekte ve özgürlüğünü belirli bir ölçüde sınırlandırarak sözleşmeden doğan yükümlülükleri kabul etmektedir. İş sözleşmesi serbestisinin dördüncü aşaması, yani mevcut iş hukuku ilişkisi, önceki aşamalara göre farklı hak alanlarını kapsar. Sözleşme serbestisinin beşinci aşaması ise sözleşmenin feshi konularında işçiye feshetme hakkı konusunda dilediği zaman, kendi takdirine bağlı olarak ve sebep göstermeksizin feshetme hakkına sahiptir. Ancak, işverenin bu konudaki feshetme özgürlüğü kanun ile sınırlanmıştır⁴.

II. İŞ SÖZLEŞMESİNİN SONA ERME SEBEPLERİ

Azerbaycan İş Kanunu'nda, iş sözleşmesinin feshedilme sebepleri 10. bölümde "İş sözleşmesine son verilmesi (hitam) esasları ve kuralları" başlığı altında detaylı bir şekilde düzenlemiştir. İş sözleşmesinin tarafları olan işçi ve işveren arasındaki iş ilişkisini sona erdiren hukuki olgular, iş hukuku ilişkisini sona erdirmektedir. Özellikle işçinin iş ilişkisinin işveren

³ Uşan, Muhammet Fatih. "Azerbaycan Hukukunda İş Sözleşmesinin (Emek Mukavelesinin) Temel Özellikleri (Türk Hukukuyla Karşılaştırmalı Olarak)." *Kamu İş ve İktisat Dergisi*, C. 8, S. 3, 2005, s. 8.

⁴ Qurbanov, Sadiq vd. *Emek Münasibetlerinin Hüquqi Tənzimlənməsi Metodları*. Monoqrafiya, Hüquq Yayın Evi, Bakı, 2022, s. 212.

tarafından sona erdirilmesi, onun menfaatlerini ciddi şekilde etkilemekte ve sürekli olarak elde ettiği düzenli gelirinin kaybına sebep olmaktadır.

Öğretide, iş sözleşmesinin sona ermesine yol açan hukuki durumlar genellikle üç ana başlık altında incelenmektedir⁵:

- 1) Taraflardan birinin iş sözleşmesini feshetmesi,
- 2) Tarafların anlaşarak sözleşmeyi sona erdirmesi,
- 3) Hukuki olgular nedeniyle sona erme (sürenin sona ermesi, çalışanın ölümü vd.),

Azərbaycan ve Rusya hukuklarında, “iş sözleşmesine hitam verilmesi” başlığı altında sözleşmenin sona erme halleri sınıflandırılmıştır. Öğretide, “iş sözleşmesinin lağvı”, “işten çıkarma” ve “iş sözleşmesine hitam” gibi farklı terimlerin kullanılması terminolojik belirsizlik yaratmakta ve anlam farklılıklarına yol açmaktadır⁶. Benzer bir karışıklık Rusya hukukunda da görülmekte ve bu üç terimin iş sözleşmesinin sona ermesini ifade ettiğini ancak kullanım bağlamlarının farklı olduğunu vurgulanmaktadır. Dolayısıyla “iş sözleşmesine son verme” ve “sözleşmenin feshi” terimleri sözleşmeye yönelikken, “işten çıkarma” terimi doğrudan işçiye ilişkin olduğu ifade edilmektedir. Ayrıca, “sözleşmenin lağvı” ifadesinin yalnızca tarafların iradesine dayalı sona erme halleriyle sınırlı olduğu, bu nedenle tüm sona erme durumlarını kapsamadığı için tercih edilmemesi gerektiği belirtilmiştir⁷.

İş sözleşmesinin sona erme sebeplerinin yalnızca kanunda belirtilen gerekçeler ve usullere uygun şekilde uygulanması öngörülmüştür. Bu haller şunlardır:

- a) Taraflardan birinin teşebbüsü ile sona erme,
- b) İş sözleşmesinin süresinin sona ermesi,
- c) Çalışma koşullarının değiştirilmesi sebebiyle sona erme,
- ç) İşletmenin sahibinin değişmesi ile ilgili olarak sona erme (bu Kanunun 63 üncü maddesinin ikinci kısmında belirtilen çalışanlar),
- d) Tarafların iradesi dışındaki haller sebebiyle sona erme,
- e) İş sözleşmesinde taraflarca belirlenen hallerde sona erme.

İş Kanunu’nda, işçiye baskı yaparak iş sözleşmesinin sona erdirilmesi yasaklanmıştır. Özellikle işçinin tanımında belirtilen görevlerin baskı veya fesih tehdidi ile yaptırılamayacağı

⁵ Qasimov, Aliş vd. *Emek Hüquq Münasibetleri: Monoqrafiya*. Hüquq Yayın Evi, Bakı, 2022, s. 90.

⁶ Egorov, Vladimir/ Karitonov, Yuliya. *Trudovoy Dogovor: Uchebnoe Posobie*. KnoRus, Moskva, 2007, s. 300.; Hüseyinli, Namık/ Aktuğ, Semih Serkan/ Abdullah, Akif, “İş Sözleşmesinin Sona Erme Halleri (Rusya Federasyonu Örneği).” *Karadeniz Araştırmaları*, C. 40, S. 40, 2013, s. 20.

⁷ Qasimov, Aliş vd. *Azərbaycan Respublikasının və Rusiya Federasiyasının Qanunvericiliyi Üzrə Əmək Müqaviləsi (Müqayisəli-Hüquqi Təhlil)*. Monoqrafiya, Hüquq Yayın Evi, Bakı, 2020, s. 161.; Гусов, К. Н./ Толкунова, В. Н.. *Трудовое право России: Учебник*. Москва: Проспект, 2006. с.220; Словарь по трудовому праву, Отв.ред.Ю.П.Орловский. Москва: БЕК, 1998, с.363.

kanunda yer alan yasaklardandır (Az. İşK. m.17).

A. İş Sözleşmesi Taraflarının Sözleşmeyi Sona Erdirmesi

1. İş Sözleşmesinin İşçi Tarafından Feshedilmesi

Azerbaycan İş Kanunu'nun 68. maddesinde, iş sözleşmesini işçinin sona erdirilebileceği haller öngörülmüştür. İşçi yaşlılık veya engellilik nedeniyle emekli olması, öğrenimine devam etmek üzere eğitimine başlaması, yeni bir yerleşim yerine taşınması, başka bir işverene bağlı olarak çalışmaya başlaması, cinsel tacize maruz kalması gibi durumlarda ve mevzuatta öngörülen diğer hâllerde, yazılı dilekçesinde belirteceği tarihte iş sözleşmesini sona erdirebilir. İşverenin, cebir, tehdit veya başka bir yöntemle işçiyi kendi iradesi dışında iş sözleşmesini feshetmeye zorlaması yasaklanmıştır.

İşçinin, usul açısından işverene bir takvim ayı önceden yazılı başvuruda bulunmak suretiyle iş sözleşmesinin feshini bildirmesi gerekmektedir. Söz konusu başvuru gününden itibaren bir takvim ayı dolduktan sonra işçinin işi bırakma ve kesin hesabını isteme hakkı bulunmaktadır. İş Kanunu 69. madde aslında işçi tarafından fesih gerekçesini değil, usulünü düzenleyen bir maddedir. Uygulamada bu sebeple feshe ilişkin emirlerde ve emek kitabına yapılan kayıtlarda fesih sebebinin yazılması açısından kanunun 84. maddesi dikkate alınarak düzenlemesi gerektiği ifade edilmiştir. Fesih gerekçesinin yalnızca “69. madde” olarak belirtilmesi eleştirilmiş ve bunun, işveren emirlerinin dayandığı yasal düzenlemeye aykırılık teşkil ettiği ifade edilmiştir⁸.

İşveren, işçinin fesih talebini kabul ederek gerekli işlemleri başlatmakla yükümlüdür. İş Kanunu, işçiye feshi geri alma, diğer deyimle fesihten dönme hakkı tanımıştır. Buna göre işçi, bir aylık bildirim süresi dolmadan başvurusunu geri çekebilir veya fesih dilekçesinin geçersiz sayılması için işverene yeni bir dilekçeyle başvurabilir. Başvuru üzerine iş sözleşmesi feshedilemeyecektir. Bu kuralın bir istisnası bulunmaktadır. İşveren, söz konusu işçiden boşalan pozisyon (meslek) için yeni bir çalışanın işe alınması konusunda çalışana resmi olarak yazılı bildirimde bulunmuş ise işçinin fesihten dönme beyanı kabul edilmeyecektir (Az. İşK. m. 69/4). Dolayısıyla iş sözleşmesi feshedildikten sonra, çalışanın daha önce yaptığı başvuruyu geri çekmesi veya geçersiz sayılması yönündeki talebinin hukuki bir geçerliliği bulunmamaktadır⁹.

Türk İş Kanunu açısından bildirimli fesihte işveren veya işçi tarafından tek taraflı varması gerekli irade beyanı ile 4857 s. İş Kanunu m. 17'de belirtilen fesih bildirim süresine uymak kaydıyla belirsiz süreli iş sözleşmesin feshedebilecektir. İş sözleşmesi bildirim süresinin sonunda, derhal fesihte ise feshin karşı tarafa bildirildiği tarihte sözleşme sona ermiş sayılacaktır. Fesih açıklaması karşı tarafa ulaştıktan sonra, işlemeye başlar ve artık bu beyandan tek taraflı olarak dönülemez. Karşı tarafa ulaşmamış olan fesih beyanından ise dönebilmek mümkündür¹⁰. Ancak, Azerbaycan iş hukuku

⁸ Sultanov, E.T.: 05.02.2025.

⁹ Ekberli, s. 480

¹⁰ Çelik, Nuri. vd., *İş Hukuku Dersleri*, 36. Baskı, İstanbul, 2023. s. 475 vd.; Sümer, Haluk Hadi. *İş Hukuku Uygulamaları*. Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016, s. 238.; Sarper Sürek, *İş Hukuku*, 11. Baskı, İstanbul, 2015, s. 542; Eyrenci, Öner/Taşkent Savaş/ ve Ulucan Devrim. *Bireysel İş Hukuku*, 9. Baskı, İstanbul, 2019, s. 186; Şakar, Müjdat. *İş Hukuku Uygulaması*. 12. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2018, s. 152-153, 161.; Uşan, Muhammet Fatih. *İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku*. 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024, s. 150 vd.

işçinin lehine daha esnek bir yaklaşım benimseyerek fesih sürecinde işçiye kararını değiştirme hakkı tanımaktadır. Ancak işveren, işçinin yerine yeni bir çalışan alındığını yazılı olarak bildirmişse, işçi fesih başvurusundan dönemez. Öte yandan, Türk iş hukuku daha kesin kurallar belirleyerek fesih beyanına bağlayıcı nitelik kazandırmış ve işçinin fesih kararından dönme hakkını sınırlandırmıştır.

Azərbaycan İş Kanunda belirtilen koşullara ve sürelerle uygun olarak, sözleşmenin sona ermiş olması halinde işçinin fesih kararından dönmesi mümkün değildir. Ancak kanunda işçi lehine önemli bir hak tanınmıştır. Buna göre, işçi işverene başvurmuş olduğu yazılı fesih dilekçesinde iş ilişkisini sonlandırmak istediği tarihi açıkça belirtmemişse, ihbar süresi sona ermeden iş sözleşmesini feshedemez. Bu hüküm, işçiye ihbar süresi boyunca kararını gözden geçirme ve beyanını geri alma fırsatı sunmaktadır.

İşçi, yıllık izin hakkını kullanarak ve iznin bitiş tarihinde iş sözleşmesini sona erdirmek için de fesih dilekçesi verebilir. Ancak bu durumda dahi işçi yıllık izin süresinin bitimine kadar feshi başvurusunu geri çekebilir veya işverenden bunun geçersiz sayılması için yazılı talepte bulunabilir. Bu durumda işçinin bu talebinin işveren tarafından kabul edilmesi gerekir (Az. İşK. m. 69/6). İşçinin bu süre içinde raporlu olması ihbar süresini geciktirmeyecek olup, izin süresi bitiminde sözleşme sona ermiş olacaktır¹¹.

İş Kanunu'nun 69. maddesine göre iş sözleşmesi, işçinin inisiyatifiyle her zaman, herhangi bir sebep göstermeksizin tek taraflı olarak feshedilebilir. Bunun için, işçinin durumu işverene bir takvim ayı önceden yazılı başvuru ile bildirmesi gerekmektedir. Ancak işverenin işçiden farklı olarak iş sözleşmesini tek taraflı olarak feshetme hakkı bulunmamaktadır. İşveren ancak İş Kanunu'nun 70. maddesinde belirtilen sebeplerin varlığı halinde iş sözleşmesini tek taraflı olarak feshedebilir. Ayrıca tarafların karşılıklı anlaşması yolu ile, iş sözleşmesinin sona erdirilmesi de kanun gereğince mümkündür ve bu durum 75/2-a maddesi kapsamında düzenlenmiştir¹².

2. İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Feshi

a. Genel Olarak Fesih Nedenleri

İş Kanunu'nun 70. maddesi, işveren tarafından iş sözleşmesinin feshedilebileceği halleri düzenlenmiştir. Buna göre, iş sözleşmesinin feshedilebileceği durumlar şunlardır;

- İşletmenin kapatılarak faaliyetinin tamamen sona erdirilmesi (a),
- İşçi sayısının azaltılması ve kadroların düşürülmesi (b),
- Yetkili organ tarafından işçinin mesleki ve uzmanlık seviyesinin yürüttüğü görev için yetersiz olduğuna karar verilmesi (c)¹³,

¹¹ Ekberli, s. 483.

¹² Qurbanov vd. s. 206

¹³ Söz konusu yetkili organ, işçilerin ihtisasına, meslek derecesine, tecrübesine, mesleki seviyesine göre göreve uygunluğunu belirlemek için kurulan yetkili olan attestasiya komisyonu, okul öncesi ve genel eğitim kurumları, diğer devlet eğitim kurumlarında çalışan eğitimcilerin, pratik tıp ve eczacılık faaliyetinde bulunan işçilerin sertifika tasdikini yapan kurullar/komisyonlardır (Az. İşk. m.70/not).

- İşçinin iş tanımı ve iş sözleşmesinde belirtilen yükümlülükleri yerine getirmemesi veya 72. maddede sayılan şekillerde iş görevlerini ağır şekilde ihlal etmesi (ç),
- Deneme süresi içinde işçinin işe uygun olmadığının tespit edilmesi (d),
- Devlet bütçesinden finanse edilen işletmelerde işçinin yaş sınırını doldurması (e).

Azerbaycan İş Hukuku'nda iş sözleşmesinin işveren tarafından sona erdirilmesine ilişkin nedenler, İş Kanunu'nun 70. maddesinde sınırlı ve açık bir biçimde düzenlenmiştir. Söz konusu maddede yer alan her bir neden, somut fesih nedenlerine konu olaylara göre tanımlanmış ve ayrı ayrı hükme bağlanmıştır. İşverenin fesih hakkı, “*numerus clausus*” (sınırlı sayı) ilkesi benimsenerek yalnızca kanunda belirtilen nedenlerle sınırlandırılmıştır. Dolayısıyla işverenin sözleşmeyi sona erdirmesi için bu nedenlerden birinin somut olarak varlığı ve ispatı gerekmektedir.

Türk iş hukuku ile kıyaslandığında, 4857 sayılı İş Kanunu'nun daha esnek ve yoruma dayalı bir yaklaşım benimsediği görülmektedir. Özellikle, iş güvencesi açısından işverenin fesih yetkisi, “geçerli neden” kavramı çerçevesinde işçinin yetersizliği, davranışları veya işletmenin, işyerinin ve işin gerekleri gibi örnekleyici şekilde sayılan genel kategorilere dayandırılmaktadır. Dolayısıyla uygulamada, hâkime takdir yetkisi tanınan durumlarda, uyumsuzluklar; ölçülülük, elverişlilik, gereklilik, orantılılık, menfaat dengesi, yerindelik ve tutarlılık gibi ilkeler ile birlikte keyfilik denetimi, feshin son çare olması, eşit davranma ve sosyal seçim ilkesi çerçevesinde değerlendirilerek çözümlenmektedir¹⁴. Oysa Azerbaycan hukukunda ise, daha açık, kesin ve sınırlı şekilde düzenleyen fesih rejimi öngörülmektedir.

b. İşyerinin Kapatılması

Tüzel kişi veya gerçek kişi işveren olarak işyerinin kapatılması iş sözleşmesinin sona erme sebebi olarak gösterilmiştir. Azerbaycan İş Kanunu'nun 70. maddesinin (a) bendi kapsamında iş sözleşmesinin feshedilmesi için temel gerekçe, tüzel kişiliğin feshi yönünde alınmış bir kararın varlığıdır. Tüzel kişiliğin hangi gerekçeyle feshedildiği önemli değildir.

Bir işletmenin feshedilmesi nedeniyle iş sözleşmesinin sona erdirilmesine ilişkin kurallar, mevzuatta öngörülen şekilde yalnızca kurumun tamamen kapatılması durumunda uygulanabilir. Bu nedenle, bir kurumun başka bir bölgeye taşınması, şubesinin, temsilciliğinin veya diğer yapısal birimlerinin faaliyetinin sonlandırılması, iş sözleşmesinin feshi için geçerli bir neden olarak kabul edilemeyecektir. Bir kurumun bağlı olduğu bir kamu veya özel kuruluşun yönetiminden çıkarılarak başka bir kurumun yetkisine verilmesi veya birleştirilmesi iş sözleşmesinin feshi için geçerli bir gerekçe değildir. Dolayısıyla işletmenin kapatılması durumunda çalışan tüm işçilerin iş sözleşmesi sonlandırılacak ve İş Kanun'un 77. maddesinde öngörülen haklar işçiye ödenecektir.

c. İşçi Sayısının Azaltılması ve Kadroların Düşürülmesi

¹⁴Taşkent, Savaş. “Geçerli Sebep Bağlamında Belirli İlkeler,” *Sicil İş Hukuku Dergisi*, S. 21, 2011, s. 20–21; Mülayim, Baki Oğuz. İş Sözleşmesine Disiplin Kurulu Kararı ile Son Verilmesi. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, (46), 2021, s. 336.

Kural olarak, belirli bir kurumda çalışan işçilerin sayısını ve kadro yapısını belirleme yetkisi, doğrudan işverenin yönetim yetkisi kapsamındadır. İş Kanunu 11. madde ile işverene, yasanın gerekliliklerine uygun olarak çalışma koşullarını değiştirme, işçi sayısını azaltma, kadroları ve işyeri birimlerini kapatma yetkisini tanımıştır. Uygulamada kadro daraltılması, belirli bir pozisyonun veya birden fazla kadro biriminin kaldırılması, aynı zamanda iş hacminin azaltılması anlamına gelmektedir. Genellikle işçi sayısının veya kadronun azaltılması, üretimin ve yönetimin daha verimli hâle getirilmesi, işletme faaliyetlerinin iyileştirilmesi ve gereksiz harcamaların önlenmesi amacıyla işverenin kararıyla hayata geçirilmektedir.

İşçi sayısı veya kadro azaltımı sırasında kurallar ihlal edilirse işlem hukuka aykırı sayılır. Öncelikli olarak, gerçekten işçi sayısının veya kadronun azaltılması için objektif bir zorunluluk olması gerekir. İşçiler arasında yapılacak tercih açısından işçinin mesleki yeterlilikleri ve uzmanlığı dikkate alınmalıdır. Ayrıca, İş Kanunu'nun 78. maddesinde belirtilen iş güvencesi bulunan işçilere öncelik tanınmalıdır. İşveren, işçiyi işverene çalışma süresine bağlı olarak belirlenen yasal süreler içinde resmî olarak bilgilendirmeli (Az. İşK. m. 77/1) ve bildirim süresince iş arama hakkı tanınmalıdır (Az. İşK. m. 77/2).

İşçinin mesleki yeterliliği ve uzmanlığı dikkate alınarak, uygun bir pozisyona (işe) atanma imkânı mutlaka araştırılmalıdır (Az. İşK. m. 71/1). İşçinin sendika üyesi olması halinde, işverenin önceden sendikanın onayını alması kanun gereğidir (Az. İşK. m. 80/1).

Özellikle mahkeme uygulamaları incelendiğinde, Azerbaycan İş Kanunu'nun 70. maddesinin (b) bendi kapsamında, işverenlerin istenmeyen işçileri işten çıkarmak amacıyla bu hükmü kötüye kullandıkları görülmektedir. İşverenler bu durumu gizlemek için yeni işçileri işe alarak kadro fazlalığı ve kadro daraltma gerekliliği oluşturmakta ve bu hükmü işçileri işten çıkarma yöntemi olarak kullanmaktadır. Bu nedenle, mahkemelerin bu tür durumlarda işverenin sunduğu kadro daraltma ile ilgili delilleri ve işten çıkarmanın yasallığını titizlikle incelemesi ve tanık ifadeleri arasındaki çelişkileri netleştirmesi gerektiği öğretide vurgulanmaktadır¹⁵.

ç. İşçinin Yetersizliği

Azerbaycan İş Kanunu'nun 70. maddesinin (c) bendi uyarınca, iş sözleşmesinin fesih nedenlerinden biri, işçinin mesleki yetersizliği nedeniyle yetkili merci tarafından bulunduğu göreve uygun bulunmamasıdır. Türk Hukukunda yer almayan ancak Azerbaycan Hukukunda düzenlenen bir uygulama olarak, işyerlerinin belirli periyotlarla kontrolden (attestasiya) geçirilmesi mümkündür¹⁶. Bu kontrol sonucunda işçinin yetersiz bulunması nedeniyle iş sözleşmesi işveren tarafından feshedilebilecektir.

Azerbaycan İş Kanunu'nun 65. maddesinin birinci fıkrasına göre, mesleki yeterlilik düzeyinin kontrol edilmesi, işçinin uzmanlık alanına ve mesleğine uygun olarak çalıştığı pozisyona uygun olup olmadığını belirlemek amacıyla yapılır. Ancak, Kanun'un 66. maddesinde belirtilen işçiler hariç olmak üzere, tüm işçilerin mesleki değerlendirmeye (attestasiya) tabi tutulması

¹⁵ *Azərbaycan Respublikası Əmək Məcəlləsinin Elmi-Praktik Kommentariyası*, Red. Qasımov, A. M., Hüquq Yayın Evi, Bakı, 2018, s. 277., (Kommentariya)

¹⁶ Uşan, s. 17.

mümkündür. Söz konusu değerlendirme, işçilerin iş güvenliği, üretim, sağlık ve hijyen koşullarının denetlenmesi ve iyileştirilmesi, aynı zamanda üretim verimliliğinin artırılması amacıyla uygulanmaktadır.

İşçinin yetersizliği nedeniyle sözleşmesinin feshi sonucu ortaya çıkabilecek ihtilaflarda, işçinin mesleki yeterliliği hakkında denetim komisyonunun verdiği değerlendirme diğer delillerle birlikte ciddi şekilde incelenerek değerlendirmelidir. İş sözleşmesi feshedilen işçilerle ilgili olarak, işverenin işçiye uygun bir iş teklif ettiğini, ancak işçinin başka bir işe geçmeyi reddettiğini veya işçiye başka bir pozisyona yerleştirme imkânının bulunmadığını kanıtlayan delilleri sunması zorunludur¹⁷.

d. Yükümlülükleri Yerine Getirmeme veya İş Görevlerinin Ağır Şekilde İhlali

İş Kanunun 72. maddesinde, işçinin görevine aykırı olan ve yükümlülüklerine uygun olmayan davranışları belirtilmiştir;

a) Kendi hastalığı, rahatsızlığı veya yakın akrabasının ölümü dışında geçerli bir sebep olmaksızın tüm iş günü boyunca işe gelmemesi;

b) Alkollü içecekler, narkotik ilaçlar ve psikotrop, toksik ve diğer zehirli maddeleri aldıktan sonra işe sarhoş halde gelmesi veya işe geldikten sonra iş yerinde söz konusu içkileri veya maddeleri kullanarak sarhoş bir duruma düşmesi;

c) Kusurlu davranışları (veya davranışta bulunmaması) sonucunda hak sahibine maddi zarar verilmesi¹⁸;

ç) İşgücü koruma kurallarını ihlal eden kusurlu davranışları (veya davranışta bulunmaması) sonucunda çalışma arkadaşlarının sağlığına zarar vermesi veya ölmelerine neden olması;

d) Üretim, ticari veya devlet sırrını kasıtlı olarak ifa etmek veya bu sırrın gizliliğini koruma yükümlülüğünü yerine getirmemesi;

e) Çalışma sırasında yaptığı ağır hatalar ve kanun ihlalleri sonucu işverenin, işletmenin veya mal sahibinin hukuki menfaatlerine ciddi zarar verilmesi;

ê) İş fonksiyonunu ihlal ettiği için daha önce işveren tarafından verilen disiplin cezasından işveren tarafından disiplin cezası almasına rağmen, ders çıkarmayarak altı ay içinde tekrar iş fonksiyonunu görevini ihlal etmesi;

f) Çalışma saatleri içerisinde doğrudan işyerinde idari hatalar yapmak veya suç teşkil eden toplumsal açıdan tehlikeli eylemlerde bulunmak.

Bu davranışların Türk hukukundaki karşılığı, işveren tarafından sözleşmenin haklı sebeple feshi kapsamında 4857 sayılı İş Kanunu 25/2. maddesinde düzenlenen “Ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri” olarak sayılan davranışlar olarak değerlendirilebilir. Dolayısıyla bu

¹⁷ Kommentariya, s. 283

¹⁸ İş Kanunu’nun 203. maddesinin birinci kısmına göre işveren, işçinin uğradığı zararı tazmin etmeye karar vermeden önce işçinin yazılı açıklamasını alır, eyleminin hukuka uygunluğunu, zarar ile işçinin eylemleri (veya eylemde bulunmaması) arasındaki illiyet bağıncı inceler ve hasarın gerçek miktarını araştırır. Çalışanın yazılı açıklama yapmayı reddetmesi onun mali açıdan sorumlu olmasını engellemeyecektir. Her durumda, bu ret, uygun biçimde kanun kapsamında ilgili resmi şekillerde tespit edilerek tutanak altına alınacaktır. İşveren, çalışanın kendisine fiilen maddi zarar verdiğini ve bu maddi zararın miktarını belirlemeli, yani bunu kanıtlamalıdır. Aksi takdirde çalışanın mali sorumluluğu söz konusu olmayacaktır. Bk. Qasimov, Alish vd. *İşçinin maddi məsuliyyətinin hüquqi tənzimlənməsi*. Monoqrafiya, Hüquq Yayın Evi, Bakı, 2023, ss. 212–213.

davranışlar işverene fesih hakkı tanımaktadır. Ancak aynı hakkın işçi için öngörülmemesi, işverenin işçiye karşı sözleşmeyi ihlal edici davranışları nedeniyle haklı nedenle fesih hakkına sahip olmaması, önemli bir eksiklik olarak değerlendirilmektedir¹⁹. Sonuç olarak, Azerbaycan İş Kanunu'nun işçi-işveren ilişkilerindeki dengesizlikleri gidermeye yönelik hükümler içermesi, işçiye daha fazla hukuki koruma sağlaması açısından önemlidir. Türk İş Kanunu'nda olduğu gibi, işçiye de haklı nedenle fesih hakkı tanınması ve iş güvencesinin artırılması, işverenin keyfi fesihlerinin önlenmesi açısından gereklidir. Böylece, taraflar arasında hak ve sorumluluk bakımından daha dengeli bir iş ilişkisi kurulabilecektir.

Çalışanın mesai saatleri içinde işyerine sarhoş halde gelmesi, her zaman iç disiplin kurallarının ihlalleri içinde ağır iş disiplin ihlali olarak kabul edilmektedir. Böyle bir durumda işveren öncelikli olarak işçiye İş Kanunu 62/2 maddesi gereğince işten uzaklaştırma hakkına sahiptir. Bu durum işverene sözleşmeyi fesih hakkı tanımakla birlikte işçinin sebep olduğu maddi bir zarar var ise söz konusu zarardan sorumlu tutulabilecektir. Ancak çalışanın mali açıdan tamamen sorumlu tutulabilmesi için, işveren zararın çalışanın sarhoş olmasından kaynaklandığını ve işinin bu durumunu ise sağlık kurumlarından alınacak belge ve sertifikalarla teyit etmesi gerekmektedir. Sarhoşluk durumu, işveren veya temsilcileri tarafından zamanında tutulan tutanaklar ve çalışanın alkollü olarak işe geldiğini gösteren tanık beyanlarıyla belgelenmelidir. İhtilaflı durumlarda, çalışanın alkollü içkilerden veya uyuşturucu ve zehirli maddelerden sarhoş olduğu veya çalışanın psikotrop ilaç kullandığı, öncelikle tıbbi görüş ve diğer kanıtlarla ispat edilebilecektir²⁰. İşverenler işçilerin alkol kullanması veya sarhoş olarak işe gelmiş olması halinde bu durumun yetkili uzman tıp kurumlarında tespitini yaptırması gerekmektedir.

Uygulamada, madde 70/ç bendinde belirtilen işçinin davranışları nedeniyle işveren tarafından sözleşmenin feshi durumunda usule ilişkin bazı sorunlar yaşandığı görülmektedir. İşveren, fesih bildirimini yaparken fesih gerekçesini açık ve somut bir şekilde belirtmekle yükümlüdür. Aksi takdirde, fesih işlemi hukuka aykırı sayılabilir ve bu durum işveren aleyhine sonuçlar doğurabilir. Söz konusu fıkra da iki farklı sebep yer almaktadır olup, “işçinin iş tanımı ve iş sözleşmesinde belirtilen yükümlülükleri yerine getirmemesi ve 72. maddede sayılan şekillerde iş görevlerini ağır şekilde ihlal etmesi” durumları bir bütün olarak işçiye bildirildiğinde, fesih usulünü düzenleyen 71. maddeye aykırı bir şekilde usul hatası yapılmış olacaktır. Fesih sebebinin açık ve net bir şekilde bildirilmemesi halinde, mahkemelerin genellikle işveren aleyhine karar verdiği ve işçinin işe iadesine hükmettiği görülmektedir. Bu nedenle, işveren haklı dahi olsa, fesih işlemi geçersiz sayılabilir ve dava işveren aleyhine sonuçlanabilir²¹.

e. Deneme Süresi İçinde Fesih

Azerbaycan İş Kanunu'nda işçi veya işveren deneme süresi içinde sözleşmeyi feshetme hakkına sahiptir (Az. İşK. m. 53/1). Türk iş hukukundan farklı olarak, Azerbaycan İş Kanunu'nun 9. maddesi işçiye deneme süresi talep etme hakkı tanımamaktadır. Bu durumda, iş sözleşmesine deneme süresi

¹⁹ Uşan, s. 38.

²⁰ Qasimov, s. 187-188, (*İşçinin maddi mesuliyeti*).

²¹ Sultanov, Mehman. “Ömək Müqaviləsinin Xitamı – Bəzi Nəzəri Aspektlər və Təcrübə.” *Azərbaycan Hüquq İslahatları Mərkəzi (AHİM)*, 30 Avqust 2013, <https://lawreform.az/index.php?module=news&name=view&id=940&lang=az>, Erişim: 05.02.2025.

eklenmesi yalnızca işverenin talebi doğrultusunda mümkün olmaktadır. Sonuç olarak, Azerbaycan hukukunda işçi deneme süresi gibi önemli bir haktan yoksun kaldığını söylemek mümkündür. Ancak işverenin talebi üzerine sözleşmede belirlenen deneme süresi içinde işçinin de feshetme hakkı bulunmaktadır.

Azami deneme süresi olan üç ay içinde taraflardan biri üç gün önceden yazılı bildiride bulunarak iş sözleşmesini feshedebilecektir. Sözleşmenin kurulması ve sona ermesine ilişkin olarak yazılı şekil şartı zorunlu olduğu için deneme süresinin belirlenmesi ve deneme süresi içinde sona erdirilmesinde yazılılık kuralı zorunludur. İş sözleşmesinde deneme süresi belirlenirken işçinin deneme süresi içerisinde kendini ispatlayamaması nedeniyle iş sözleşmesinin işveren tarafından feshedilebileceği koşulunun yazılı olarak sözleşmede yer alması gerekmektedir. Deneme süresi içinde işe uygun bulunmayan işçi için, Az. İşK. m. 53 uyarınca işveren tarafından gerekçeli bir emir formu düzenlenerek iş sözleşmesine son verilecektir.

İşçinin sözleşme türüne göre deneme süresi belirlenmiştir. Altı aya kadar belirli süreli iş sözleşmeleri ile çalışacak olan işçi için iki haftaya kadar deneme süresi, diğer iş sözleşmelerinde ise üç aya kadar deneme süresi belirlenebilecektir (Az. İşK. m. 51/1). Azami deneme süresi olan üç ay içinde işveren üç gün önceden yazılı bildiride bulunarak iş sözleşmesini feshedebilecektir. Deneme süresi içinde sözleşme feshedilmemişse taraflar bu haktan yararlanamayacak olup kanunda belirtilen diğer fesih yollarını kullanabilecektir.

İş Kanunu 70. maddesinin (d) bendi gereğince, deneme süresi içinde işçinin iş için uygun olmaması halinde işçinin sözleşmesi sona erdirilebilir. İşverenler, işçinin deneme süresinde işe uygunluğunu gerekçelendirerek fesih işlemini gerçekleştirmelidir. Ancak, işe uygun olmamasının sebeplerini belirtmeden ve hiçbir gerekçe göstermeksizin iş sözleşmesini feshetmesi de yasanın ağır bir ihlali olarak değerlendirilmiştir²². Ayrıca, deneme süresi içinde iş sözleşmesi feshedilen işçi için üyesi olduğu sendikanın da onayının alınmasına gerek görülmemekte ve işçiye fesih tazminatı da ödenmemektedir.

Türk iş hukukunda, belirli ya da belirsiz süreli tüm iş sözleşmelerine taraflar isterlerse deneme süresi koyabilir. Dolayısıyla tarafların, sözleşmeyi devam ettirip ettirmeme kararını saklı tuttıkları bir başlangıç süresinin bulunduğu bu tür sözleşmelere deneme süreli iş sözleşmeleri denir²³. Ancak uygulamada genellikle deneme isteği işveren tarafından gelmektedir²⁴. Tarafların ortak iradesi sonucunda serbestçe kararlaştırılmayan deneme kaydına geçerlilik tanınması mümkün değildir²⁵. Azerbaycan İş Hukuku'ndan farklı olarak fesih gerekçesini belirtme zorunluluğu bulunmamakta, ayrıca, deneme süresi içinde sendika onayının alınmasına da gerek yoktur. Dolayısıyla Türk hukukunda, deneme süresi bireysel iş sözleşmesiyle düzenlenmişse en fazla 2 ay, toplu iş sözleşmesiyle belirlenmişse en fazla 4 ay olabilir; bu süre içinde taraflara, bildirim süresi

²² Sultanov, E.T.: 05.02.2025.

²³ Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat/ Özkaraca, s.238 vd.; Eyrenci/ Taşkent/ Ulucan, s. 67; Sümer, s. 52.; Tunçomağ, Kenan/ Centel, Tankut, İş Hukukunun Esasları, 6. Baskı, İstanbul, 2013, s. 75 vd.

²⁴ Şakar, s. 80.

²⁵ Ezer, Burcu. "Deneme Süresi İçinde İş Sözleşmesini Fesih Hakkının İşveren Yönünden Sınırları." *Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 4, S. 2, s. 1173.

beklemeksizin ve tazminat ödemeksizin sözleşmeyi feshetme hakkı tanınır.

f. İşçinin Yaş Sınırını Doldurması

Azərbaycan İş Kanunu'nun 70. maddesinin (e) bendi uyarınca, devlet bütçesinden finanse edilen bir kurumda çalışan işçilerin 65 yaş sınırını doldurması halinde iş sözleşmesi işveren tarafından sona erdirilebilecektir. Görüldüğü üzere, bu hükmün uygulanabilmesi için iki temel koşul aranmaktadır: İşçinin devlet bütçesinden finanse edilen bir kurumda çalışıyor olması ve bu kurumda çalışırken yasal emeklilik yaşı olan 65'e ulaşmış bulunması.

İş sözleşmesi feshedilirken, işçinin üyesi olduğu sendika örgütünün onayı gerekmemektedir. Ayrıca bu işçilere "işten çıkarma tazminatı" ödenmesi de söz konusu değildir. Diğer önemli bir husus ise devlet bütçesinden finanse edilen bilimsel kuruluşlar, akademik araştırma enstitüleri ve yükseköğretim kurumlarının çalışma yaşı sınırına tabi olmamasıdır. Bu nedenle, söz konusu kurumlarda çalışan ve 65 yaşını doldurmuş işçilerin iş sözleşmesi, yaş sınırına dayanılarak feshedilemeyecektir.

B. Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Sona Ermesi

Azərbaycan İş Kanunu'nda belirli süreli iş sözleşmesi yapılabilecek hâller sınırlı olarak sayılmış olup, taraflar yalnızca 47. maddede belirtilen durumlarda iş sözleşmesini belirli süreli olarak düzenleyebilir. Belirli süreli iş sözleşmesinin süresi dolduğunda taraflar iş ilişkisini sürdürmeye devam ederse ve sözleşmede belirlenen sürenin bitiminden itibaren en geç bir hafta içinde taraflardan biri sözleşmenin sona erdirilmesini talep etmezse, sözleşme aynı süreyle uzatılmış sayılır (Az. İşK. m. 73).

Belirli süreli iş sözleşmesi, kanunda sınırlı olarak sayılan durumlarda yapılabilir. Sözleşme süresi uzatıldığında da aynı sebeplerin bulunması gerekmektedir. Kanun, hangi hallerde belirli süreli iş sözleşmesi kurulabileceğini açıkça belirtmiştir. Azərbaycan İş Kanunu madde 47'de;

a) İşçinin geçici olarak işgücünü kaybetmesi, işle ilgili seyahatte, yıllık izinde bulunması, işgüvencesi korunarak mevzuatta belirlenen hallerde geçici olarak işe gelememesi halinde onun işinin başkası tarafından yerine getirilmesi zarureti olduğunda;

b) Doğa ve iklim şartları veya işin niteliği gereği yıl boyunca yapılamayan mevsimlik işlerin yapılması sırasında;

c) İşin kapsam ve süresinin kısa süreli olduğu onarım-inşaat, montaj, yeni teknolojinin uygulanması ve benimsenmesi, pratik ve deneysel çalışmaların yapılması ve benzeri işler olduğu durumlarda;

ç) İlgili vazife (meslek) için çalışma fonksiyonunun karmaşıklığı ve sorumluluğu açısından çalışanın iş ve mesleki alışkanlıklarının benimsenmesi, meslek gelişim için gerekli olduğu (staj, hazırlık süreleri) durumlarda;

d) İşçinin şahsi, aile ve maiyet durumuna göre ve ayrıca çalışmayla birlikte eğitimine devam ederken, belirli sebeplerle bulunduğu bölgede geçici olarak yerleştiği hallerde ve emekli yaşını

doldurmuş olmakla birlikte çalışmaya devam etmek istemesi halinde;

e) İlgili mülkü idari amir kurumunun belirlediği organın gönderişi ile toplumsal faaliyetler süresince;

ê) bu Kanunun 6. maddesinin “c” bendinde belirtilen organlar hariç, seçilmiş organlarda (kuruluşlar, birlikler) seçilmiş görevlere seçildiğinde;

f) Tarafların eşitlik ilkesini gözeterek karşılıklı anlaşma ile;²⁶

g) İş Kanunun 46. maddesinin ikinci bölümünde öngörülen prosedüre uygun olarak, bir takım veya çalışma grubu olan işçilerle kollektif iş sözleşmesi imzalandığında;

ğ) Mevzuatta öngörülen diğer hallerde,

belirli süreli iş sözleşmesi kurulabilecektir.

İş Kanunu, belirli süreli iş sözleşmesinin bazı durumlarda belirsiz süreli iş sözleşmesine dönüşebileceğini de düzenlemektedir. Kanuna göre, iş sözleşmesi beş yıl aralıksız sürdürüldüğünde, bu sürenin sonunda belirsiz süreli hale gelir (Az. İşK. m. 45/5).

Belirli süreli iş sözleşmesinin sona erme tarihi, işçinin hastalık, izin veya 179. maddede belirtilen mazeretler nedeniyle işyerinde bulunmadığı bir tarihe denk gelirse, sözleşme ancak işverenin belirlediği tarihte sona erer. Ancak işverenin belirlediği bu tarih, işçinin işe dönüş tarihinden itibaren bir haftayı geçmemelidir (Az. İşK. m. 73/2).

Genel olarak, belirli süreli iş sözleşmesi uygulamada çok başvurulan sözleşme türüdür. Söz konusu belirli süreli sözleşme yapılabilmesinin temelinde objektif ve subjektif nedenleri bulunmaktadır. Belirli süreli sözleşme için öncelikli olarak Azerbaycan 47. maddede belirtilen sebeplerden birinin olması ve söz konusu sözleşme konusu işin geçici süreli olması objektif koşul olarak nitelendirilmektedir. Subjektif koşul ise işverenler için belirli süreli iş sözleşmelerini feshetmenin daha kolay ve daha maliyetsiz olması ifade edilmektedir. Uygulamada, işverenler genellikle belirli süreli iş sözleşmesi yapma sebebini belirtmeyi gerekli bulmamakta ve bunun sonucu olarak uyuşmazlık çıktığı hallerde belirli süreli iş sözleşmesinin geçerliliği konusunda hukuki sorunla karşılaşabilmektedir²⁷.

C. İş Şartlarının Değiştirilmesi Sebebiyle Fesih

1. Genel Olarak İş Şartları

Kanuna göre, ancak üretim ve iş organizasyonunda değişiklik yapılması zaruretinin olduğu hallerde iş şartlarının değiştirilmesine izin verilir. İş şartlarının neler olduğu kanunda açıkça düzenlenmiştir. İşçinin sözleşme ile belirlenen görevini yerine getirebilmesi için kanunda belirtilen

²⁶ Azerbaycan Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi, *Azerbaycan Cumhuriyeti İş Kanunu'nun 47. maddesinin “f” bendinin Azerbaycan Cumhuriyeti Anayasasının 25. maddesinin I. Kısmı ve 35. maddesinin I-IV ve VIII. Kısımlarına uygunluğunun doğrulanması hakkında*, 31 Ocak 2024, <https://e-qanun.az/framework/56305>, Erişim tarihi: 10.01.2025.

²⁷ Sultanov, E.T.: 05.02.2025.

iş koşullarının işveren tarafından sağlanması zorunludur.

İş Kanunu madde 54/'e göre aşağıda sayılan hususlar iş şartları olarak sayılmıştır:

- Meslek/vazifesinin, ihtisasının, ücret derecelerinin belirlenmesi,
- İşine göre ücret miktarının belirlenmesi ve ödenmesi,
- Çalışma standartlarının ve işgücü değerlendirme standartlarının belirlenmesi,
- Sıhhi, hijyenik standartların ve malüller için ilgili kanunlarla belirlenen işyeri standartlarına uygun olarak işyerinin ve iş şartlarının sağlanması,
- İş güvenliği ve teknik tehlikesizlik kurallarının korunması,
- İş gereklerinin kanunda belirlenen normal çalışma süresi içinde yerine getirilmesi,
- Kanunla belirlenen dinlenme hakları ve yıllık izin kullandırılması,
- Zorunlu devlet sosyal sigortası ve diğer zorunlu sigortaların yaptırılması,
- İşçilere, iş yapabilmesi için gerekli ekipman, malzeme, araç, teknik malzemeler ve diğer belgelerin zamanında ve gereken kalitede sağlanması,
- Bağışıklık yetersizliği bulunan çalışana da danışarak ona uygun çalışma koşullarının oluşturulması (özel ekipmanın sağlanması, dinlenme molaları ve tıbbi muayenelere izin verilmesi vb.),
- İş sözleşmelerinde ve toplu sözleşmelerde öngörülen koşullar sağlanması,

işverenin yükümlülüğündedir.

2. İş Şartlarının Değiştirilmesinin Sonuçları

İş Kanunu'nun 43/3 maddesine göre, işçinin hak ve teminatları, iş sözleşmesinin devamı süresince kısıtlanamayacak ve fesih veya başka bir nedenle sona erene kadar bu haklar korunacaktır. Kanunda aksi öngörülmedikçe, iş sözleşmesinin şartlarının tek taraflı olarak değiştirilmesi mümkün değildir (Az. İşK. m. 43/4). İş şartları iş sözleşmesinin unsurlarından biri olarak kabul edildiğinden, bu şartlarda yapılan değişikliklerde de aynı kural geçerlidir²⁸.

İş şartlarının değiştirilmesi için objektif koşulların bulunması gerekmektedir. Söz konusu objektif koşullara üretimde değişiklik, yeni teknolojilerin uygulanması, bazı üretim faaliyetlerinin askıya alınması (kapatılması), diğer üretimlerin daraltılması veya genişletilmesi gibi şartlar örnek olarak gösterilebilir. Üretim ve iş organizasyonundaki bu değişiklikler, çalışma koşullarının değiştirilmesi için zorunluluk arzettiğinde, bu değişikliklerin yapılması hem mümkün ve hem de yasaldır. Ancak üretim ve iş organizasyonunda herhangi bir değişiklik olmaması durumunda, çalışma koşullarının değiştirilmesinin hiçbir yasal temeli olmayacaktır²⁹.

Azərbaycan İş Kanunu'nda iş şartlarının yanı sıra işveren hesabına ve işçi lehine ek iş şartlarının da belirlenebileceği düzenlemiştir. İş Kanunu 55. maddesine göre, iş sözleşmesi imzalanırken veya iş ilişkisi sürecinde işveren tarafından, İş Kanunu veya toplu sözleşmede öngörülen ücretten daha yüksek ek ücret, ek yıllık izin, kısaltılmış veya kısmi süreli çalışma hakkı, ilave bireysel sigorta hakkı, sosyal güvence ve yardımlar ile herhangi bir normla sınırlandırılmamış

²⁸ Hüseynli, Namık. "Azərbaycan İş Hukukunda İş Sözləşmələrindəki İş Şartları Dəyişikliyi Hukuki Sonuçları", *TURAN-SAM*, C. 7, S. 28, 2015, s. 57.

²⁹ Qasimov, Aliş. *Əmək Qanunu*. Letterpres Yayınevi, Bakı, 2016, s. 392.; Ekberli, Ülker. *Əmək Hüququ (Mühazirə mətnləri)*. Dərs vəsaiti, Hüquq Yayın Evi, Bakı, 2020, s. 524.

haklar işçi lehine belirlenebilir. Bu ek hakların kapsamı, geçerlilik süresi ve kullanım kuralları ile bunların değiştirilmesi, tarafların karşılıklı mutabakatı ile kararlaştırılacaktır. Azerbaycan İş Kanununda düzenlenen bu hak Türk iş hukukundaki işyeri uygulamaları ile benzerlik göstermektedir. Azerbaycan hukukunda “yazılılık” esas olduğundan, bu hakların da yazılı olarak düzenlenmesi gerekmektedir.

İşveren kural olarak sözleşme ile belirlenen iş şartlarında tek taraflı bir değişiklik yapamayacaktır. Ancak mevzuatta yapılan değişikliklerle üretim ve çalışma organizasyonunda değişiklik yapılması gerektiren bir durum gerçekleştiğinde, işveren çalışanın mesleği, uzmanlık alanı ve konumuna uygun olarak, işçiyi çalışmaya devam ettirerek iş şartlarının değiştirebilmesi konusunda yetkilidir (Az. İşK. m. 56/1).

İşçiyi olumsuz olarak etkileyebilecek çalışma koşullarındaki değişikliklere işyerinin başka bir yere taşınması veya tek vardiya çalışılan bir işyerinde kesintisiz çalışma rejimine geçilmesi halleri örnek olarak gösterilebilir. Üretim yapısında değişiklik yapılması, yeni teknolojilerin uygulanması, bazı üretim faaliyetlerinin askıya alınması veya azaltılması ya da belirli üretim kollarının genişletilmesi gibi nedenlerle iş koşullarında değişiklik yapılması gerektiğinde, iş şartlarında değişiklikler ilgili mevzuat hükümleri çerçevesinde hukuka uygun şekilde gerçekleştirilebilecektir. Ancak, üretim veya iş organizasyonunda böyle bir zorunluluk bulunmadığı takdirde, iş şartlarını değiştirmenin hiçbir hukuki temeli yoktur ve işveren bu yönde bir değişiklik yapamayacaktır³⁰. Bir uyumsuzluk incelenirken, işçinin çalışma koşullarındaki önemli değişikliklerin işveren tarafından işletmede, idarede veya organizasyonda üretim ve emeğin organizasyonuna ilişkin değişikliklerle bağlantılı olmadığı tespit edilirse, mahkeme somut olayın koşullarını dikkate alarak bu tür değişiklikleri hukuka aykırı sayarak işverene, önceki çalışma koşullarını yeniden tesis etme yükümlülüğü getirebilecektir³¹.

İş şartlarında yapılan değişiklikler, ek haklar açısından madde 55 uyarınca iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesi ile belirlenen hakları kısıtlayamayacaktır. Bu kapsamda, işçinin işe başladığı tarihte veya sonradan sözleşme ile belirlenen daha yüksek ücret, ilave izin hakkı, ek bireysel sigorta, sosyal yardımlar, veya diğer ek haklar bu değişiklikten etkilenmeyecektir (Az. İşK. m. 55). Söz konusu hakların azaltılması veya işçiyi olumsuz etileyecek şekilde değiştirilmesi ancak tarafları karşılıklı anlaşmasıyla mümkündür. Bu haklarda değişiklik yapılması iş sözleşmesinin feshi için geçerli bir sebep oluşturmaz (Az. İşK. m. 56/3).

İşveren, değişiklik ile ilgili olarak en az bir ay önceden işçiye yazılı bildirimde bulunmalı ve resmi formatta hazırlanan işyeri emri belgesini işçiye tebliğ etmelidir. Söz konusu değişiklikleri kabul etmeyen işçi, işveren tarafından başka bir göreve atanabilir. Bu değişikliğin de mümkün olmadığı durumlarda, işveren kanunda belirtilen usule uygun olarak iş sözleşmesini madde 68/2-c uyarınca sona erdirebilir (Az. İşK. m. 56/2).

³⁰ Ekberli, s. 524.

³¹ Azerbaycan Cumhuriyeti Yüksek Mahkemesi Genel Kurulu'nun 23 Aralık 1993 tarihli ve 5 sayılı “İş sözleşmesinin yapılması, değiştirilmesi ve sona erdirilmesini düzenleyen iş mevzuatının uygulanmasına ilişkin yargı uygulamaları hakkında” kararı., Kommentariya, s. 203.

Görüldüğü üzere, iş şartlarındaki değişikliklerin işçi tarafından kabul edilmesi zorunlu değildir. Yapılacak bilgilendirme ise, değişikliğin ayrıntıları hakkında işçiye bilgi vermek amacıyla yapılmaktadır. İşveren, yeni iş şartlarını kabul etmeyen işçiye, mesleğine ve sağlığına uygun boş bir pozisyon varsa bu pozisyonu teklif etmelidir. İşçi kabul ederse, o pozisyona geçişi sağlamalıdır. Bu işi de kabul etmeyen işçiye işverenin başka bir iş sunma yükümlüğü bulunmamaktadır. Söz konusu değişikliğin uygulanabilmesi işyerinde boş pozisyonun ve sunulan işin işçinin yaptığı işe yakınlığına bağlıdır³². İşçinin yaptığı işe yakın bir boş pozisyon bulunmadığında veya işçiye sunulan işi işçi kabul etmediğinde, işveren iş sözleşmesini feshetme hakkına sahip olacaktır³³.

İşverenin, toplu olarak yani aynı anda çok sayıda işçinin çalışma şartlarında değişiklik yapması kanunla sınırlandırılmıştır. Toplu değişikliklerin, kanunda belirtilen usule uygun olarak gerçekleştirilmesi zorunludur. Buna göre, en az 50 işçi çalıştıran işveren, işyerinde çalışan toplam işçilerin %10'undan daha fazlasının çalışma koşullarının ağırlaştırıcı bir değişiklik yaptığına, ilgili Çalışma Bölge Müdürlüğüne değişikliğin amacını ve gerekçesini resmi olarak bildirimde bulunmalıdır. Bildirim üzerine, ilgili Kurum değişiklik kararının makul ve yasal olup olmadığını inceleyebilir ve yetkisi dahilinde uygun önlemleri alabilir (Az. İşK. m. 56/4).

İşveren tarafından işçi lehine tek taraflı olarak sağlanan ve İş Kanun'un 55. maddesinde öngörülen ek iş şartlarının değiştirilmesinin fesih sebebi olup olmayacağı hususu açıklığa kavuşturulmalıdır. İşveren tarafından belirlenen ek çalışma koşullarının değiştirilmesi ve işçinin bunu kabul etmemesi, iş sözleşmesinin feshi için geçerli bir sebep oluşturmayacaktır. Nitekim, İş Kanunu'nun 56/3. maddesinde, bu tür değişikliğin fesih sebebi olmayacağı açıkça belirtilmiştir. Ancak bu durumda işçi kendi isteğiyle işten ayrılabilir. Diğer yönden, söz konusu değişikliği kabul etmemekle birlikte işçilik görevini yerine getirmemekte ısrar eden işçinin iş sözleşmesi, İş Kanunu'nun 70. maddenin ç bendi uyarınca feshedilebilir. Bu düzenlemeye göre, "işçinin iş gereğini/fonksiyonunu veya iş sözleşmesi kapsamındaki yükümlülüklerini yerine getirmemesi", fesih sebebi olarak kabul edilmektedir³⁴.

Sonuç olarak, Azerbaycan İş Kanunu'na göre, işverene tek taraflı olarak değişiklik hakkı tanıyan kanun hükmü kapsamında, çalışma koşullarındaki teknik veya organizasyona dayalı değişikliğin gerçek ve kanıtlanmış olması gerekmektedir. Dolayısıyla, değişiklik yapma şartları sağlanmadığı takdirde, iş sözleşmesi koşullarında yapılan değişiklik hukuka aykırı sayılabilir³⁵.

Azerbaycan İş Kanunu'nda yer alan iş şartlarındaki değişikliğe ilişkin düzenleme, Türk İş Hukuku'ndaki "çalışma koşullarında değişiklik" ilkesine benzerlik göstermekle birlikte, Türk hukukundan farklı olarak sadece işçi aleyhine sonuç doğurabilecek bir değişiklik değildir. Dolayısıyla Türk İş Hukuku'nda işverenin tek taraflı olarak çalışma koşullarında esaslı bir değişiklik yapması yasaklanmıştır. Hatta işçinin daha üst düzeyde veya daha yüksek ücretli bir göreve geçirilmesi, eğer bu değişiklik daha fazla sorumluluk veya risk içeriyorsa, işçi aleyhine bir değişiklik olarak değerlendirilir³⁶. İşveren, çalışma koşullarında esaslı bir değişiklik yapmak isterse

³² Orucov, s. 113.

³³ Qasimov vd., s. 171, (*İşçinin maddi mesuliyeti*).

³⁴ Qurbanov vd., s. 205-206.

³⁵ Orucov, s. 113

³⁶ Aydın, Ufuk. Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklikler ve Değişiklik Feshi. *Sicil İş Hukuku Dergisi*, S, 23, 2011, 22-

bunu işçiye yazılı olarak bildirmek zorundadır. Bu bildirime uygun şekilde yapılmayan ve işçi tarafından altı işgünü içinde yazılı olarak kabul edilmeyen değişiklikler, işçiye bağlamaz (4857 s. K. m. 22). Değişiklik teklifinin işçi tarafından kabul edilmemesi halinde ise işveren ya değişiklikten vazgeçecek veya sözleşmeyi feshedecektir. İşverenin yapacağı feshin geçerli neden denetimine tabi tutulması yalnız iş güvencesi kapsamındaki işçiler için söz konusu olacaktır³⁷. Azerbaycan İş Kanunu'nda "çalışma koşullarında değişiklik" kavramı, genellikle işçinin çalışma şartlarını ağırlaştırmaktan ziyade, iş organizasyonunda meydana gelen zorunlu yapısal değişiklikleri ifade etmektedir. Buna karşılık, Türk İş Kanunu'nda çalışma koşullarındaki değişikliklere ilişkin yasaklama, iş sözleşmesini işçi açısından katlanılamaz hâle getiren ve aleyhe sonuç doğuran esaslı değişiklikleri kapsamaktadır³⁸. Dolayısıyla Türk hukuku uygulamasında işçi aleyhine işveren yönetim hakkı kapsamında bulunan konularda tek taraflı değişiklik yapabilecektir³⁹.

Ç. İşyerinin Devri

Sözleşmenin sona erdirilme nedenlerinden diğer işyerinin devridir. Azerbaycan İş Kanunu'nun 63. maddesine göre, işyerinin maliki değiştiğinde (müessesenin malikinin değişmesi), diğer deyimle işyeri maliki bu işyerini başkasına devrettiğinde, tüm işçilerin iş sözleşmesinden doğan hakları korunarak yeni işverene devredilir. Söz konusu işçilerin sözleşmeleri devir sebebiyle sona ermesine de Kanun'un 70, 73 ve 75. maddelerinde belirtilen genel sebeplerle feshedilebilir (Az. İşK. m. 63/1). Ancak, Türk hukukundan farklı olarak, Azerbaycan hukukunda işyeri devri işçiye de fesih hakkı tanımaktadır. Yeni işveren ile çalışmak istemeyen işçi, iş sözleşmesinde belirlenen hususlara aykırı olmamak kaydıyla, İş Kanunu'nun 68/2-a bendi çerçevesinde kendi inisiyatifi ile iş sözleşmesini sona erdirebilir⁴⁰.

İşyeri devri yeni işverene müdür, müdür yardımcıları, baş muhasip ve ilgili birimlerde işveren vekili olarak doğrudan yönetim yetkisini kullanan diğer yöneticilerin iş sözleşmesini sona erdirme hakkı tanımaktadır. Aynı düzenleme kapsamında, işveren vekillerinin sözleşmesini sona erdirme hakkını kullanmayan işverene, İş Kanunu'nun 56. maddesine uygun olarak söz konusu işçilerin çalışma koşullarının değiştirme imkânı verilmiştir (Az. İşK. m. 63/1). İşveren kanunun 68/2-ç maddesi uyarınca iş sözleşmesini feshetmek veya çalışma koşullarını değiştirme haklarına sahiptir. Bu kapsamda iş sözleşmesi sona erdirilen işçiye orta emek hakkı miktarının üç katı tutarında bir tazminat ödenmesi gerekmektedir. Ortalama ücret, işçiye görevi (mesleği) kapsamında işveren tarafından ödenen maaş ve buna ek olarak yapılan ödemelerin, bu Kanun ve diğer normatif hukuki düzenlemelerde öngörülen usule göre belirlenen tutarıdır (Az. İşK. m.177/1). Söz konusu ortalama ücret, Türk Hukukundaki "giydirilmiş ücret" kavramına tekabül etmektedir⁴¹.

36., s. 24.

³⁷ Demir, Fevzi, En Son Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması, 11. Baskı, İzmir 2018, s.314; Şakar, s. 174.; Eyrenci/ Taşkent/ Ulucan, s. 233-234.

³⁸ Uşan, M. Fatih. 4857 Sayılı İş Yasasının 22. Maddesi Çerçevesinde Değişiklik Feshi, Çalışma Şartlarında Esaslı Değişiklik ve Uygulama Sorunları. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 9, 2007, 211-271.; Şakar, s. 173.

³⁹ Şakar, s. 173; Dursun Ateş, Sevgi. *İşverenin Yönetim Hakkı*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019, s. 229.

⁴⁰ Kommentariya, s. 211.

⁴¹ Uşan, s. 48.

İşyeri devri halinde yeni işveren kural olarak birim değişiklikleri yapma, işçi sayısını azaltılma veya ilgili birim veya pozisyonları kapatma hakkına sahiptir. Ancak işyeri devrine ilişkin düzenlemeler çerçevesinde, kanun toplu şekilde işçi çıkarmayı sınırlamıştır. İşyeri devri hâlinde, ilk üç ay içinde:

- 100-500 arası işçi çalıştırılan işyerinde %50'den fazla işçinin,
- 500-1000 arası işçi çalıştırılan işyerinde %40'tan fazla işçinin,
- 1000'den fazla işçi çalıştırılan işyerinde %30'dan fazla işçinin

iş ilişkisinin sona erdirilmesi, kanuna göre toplu işçi çıkarma olarak kabul edilmektedir (Az. İşK. m. 63/3-not).

Devralan yeni işveren, işçilerin mesleki yeterliliği, iş tanımını açısından becerileri ve işletmenin faaliyetlerini olumsuz etkileyecek deneyimsizliklerini ispat etmeden ve keyfi olarak devir dışındaki genel sebeplerle toplu olarak işçilerin iş sözleşmesini feshedemez. Böyle bir fesih hukuka aykırı bir fesih olarak kabul edilmektedir.

Azerbaycan hukukunda işverenin işveren vekillerinin sözleşmesini, devir sebebiyle feshetme yetkisi tanıyan düzenlemeden farklı olarak, Türk hukukunda işyeri devri taraflara fesih hakkı tanımamaktadır. Türk İş Hukuku'na göre işyeri devri halinde, devir tarihinde mevcut olan iş sözleşmeleri sona ermiş sayılmaz ve işçiye ait tüm hak ve borçlar devralan işverene geçecektir. Dolayısıyla işyeri devri ne devreden ne de devralan işveren açısından iş sözleşmesini feshetme hakkı doğurmayacaktır. Aynı şekilde, bu durum işçi bakımından da haklı fesih sebebi sayılmayacaktır. Sadece devreden veya devralan işverenin ekonomik ve teknolojik sebepler ya da iş organizasyonu değişikliğinin gerekli kıldığı fesih hakları ile işçi ve işverenin haklı sebeplere dayalı derhal fesih haklarının bulunduğu durumlarda sözleşme feshedilebilecektir. İş güvencesi kapsamında bulunan işçilerin sözleşmeleri ise salt devir gerekçesiyle feshedilemeyecektir. Bu yönüyle Türk hukuku, işçinin korunması ilkesine öncelik verirken, işyeri devrinin iş ilişkilerine etkilerini daha sınırlı bir çerçevede ele almaktadır⁴².

D. Tarafların İradesinden Kaynaklanmayan Sebeplerle Sona Erme

İş Kanunu, tarafların iradesinden kaynaklanmayan sebeplerle iş sözleşmesinin sona erebileceğini düzenlemiştir. Bu sebepler:

İş Kanunu tarafların iradesinden kaynaklanmayan sebeplerle iş sözleşmesinin sona erebileceğini düzenlemiştir. Bu sebepler,

⁴²Türk İş Kanunu açısından işyeri devrine ilişkin bk. Özkaraca, Ercüment. “İşyeri Devri Devirden Önce Doğan Borçlardan Sorumluluk Karar İncelemesi.” *Çalışma ve Toplum Dergisi*, S. 20, 2009, ss. 131–161.; Süzek, Sarper. “İşyerinin Devri ve Hukukî Sonuçları.” *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 15, Özel Sayı, 2013, ss. 311–330.; Çelik/Caniklioğlu/ Canbolat/ Özkaraca, s. 144 vd.; Tunçomağ/ Centel, s. 65-67 vd.

- İşçinin muvazzaf askeri hizmete veya benzeri sebeplerle kanuni görevi yerine getirmesi için çağırılması (m.74/1-a)⁴³;

- Mahkeme kararıyla daha önce çalıştığı işe iadesine karar verilmesi hâlinde, o iş için alınan işçinin sözleşmesine son verilmesi (m. 74/1-b);

- Altı aydan fazla işgücünü kaybederek çalışmaması (m.74/1-c);

- Sürücü ehliyetinin alınması veya hakkında hapis kararı verilmesi (m.74/1-ç);

- Mahkeme kararıyla işçinin işe yetersizliği (m.74/1-d);

- İşçinin vefatı veya hakkında gaiplik/ölüm ilanı verilmesi (m.74/1-e);

- Askerlik sonrasına işine dönecek olan işçinin yerine alınan geçici işçinin sözleşmesi (m.74/1-ê);

- Eğitim alanında çalışması yasaklanmış olanların sözleşmesinin sona erdirilmesi (m.74/1-f),

tarafların iradesi dışında sebepler olarak sayılmıştır (Az. İşK. m. 74). Mahkeme kararıyla işçinin işe yetersizliği sebebinden akıl hastalığı veya akıl zayıflığı gibi fiil ehliyetinin kaybı durumları anlaşılmaktadır.

Vefat, gaiplik, ölüm ilanı, hapis, iş gücü kaybı ve benzeri durumlarda, denetim yetkisine sahip ilgili mülki organa başvuru yapılarak iş sözleşmesinin sona erdirilmesi gerekmektedir (Az. İşK. m. 74/2).

Gerçek kişi işveren ile iş sözleşmesi yapmış olan bir işçinin iş sözleşmesi, işverene bağlı sebeplerle sona erebilir. İşverenin vefatı, gaipliği veya ölüm ilanı verilmesi; işveren hakkında gözaltı veya tutuklama kararı verilmesi; işverenin faaliyet yeteneğinden yoksun⁴⁴ (faaliyet kabiliyeti) olduğuna dair karar alınması; Ceza Kanunu kapsamında işveren hakkında arama kararı ilan edilmesi; Kabahatler Kanunu kapsamında, yabancı uyruklu işverenin sınır dışı edilmesine karar verilmesi durumlarında, işçinin denetim yetkisine sahip ilgili organa başvurusu üzerine sözleşme sona ermiş olarak kabul edilir (Az. İşK. m. 74/1-1). Bu madde kapsamında, sözleşmenin sona ermiş olarak sayılması, işverenin varislerini veya işçileri iş ilişkisinden kaynaklanan sorumluluklardan kurtarmayacak ve tarafları sorumlulukları devam edecektir.

İş sözleşmesinin hukuka aykırı veya haksız bir şekilde sona erdirilmesi halinde, sözleşmesi sona erdirilen bir işçi işe iade talebiyle mahkemeye başvurabilecektir. Mahkemenin bu talebi kabul etmesi durumunda, işveren kesinleşmiş mahkeme kararı derhal yerine getirilmelidir. Bunun

⁴³ Anayasanın 76. maddesine göre zorunlu askerliğe karşı olan kişilerin askerlik yerine alternatif hizmeti tercih etmeleri mümkündür. Bu durumda alternatif hizmete çağırılan çalışanın iş sözleşmesi İş Kanunu'nun 74'üncü maddesine göre sona erdirilebilecektir., Qasimov, s. 397-398.

⁴⁴ "Faaliyet kabiliyeti kaybı", ilgili mülki idare organının görüşü doğrultusunda belirlenir. Çalışma kapasitesinin tamamen kaybı, yürütme organı tarafından yetkilendirilmiş bir kurum tarafından, vücut fonksiyonlarındaki bozulma yüzdesine göre engellilik tespit edilerek en az bir yıl süreyle iş göremez sayılması kararı olarak anlaşılmalıdır. Altı aydan daha kısa bir süre için faaliyet kabiliyetinin geçici olarak kaybedilmesi, iş sözleşmesinin feshi gerekçesi olarak kabul edilemez (Az.İşk. m. 74/son).

üzerine, işe geri alınan işçinin yerine alınmış olan işçinin ise sözleşmesi sona erdirilebilecektir (Az. İşK. m. 74/2).

Azerbaycan hukukunda tarafların iradesi dışında sözleşmenin sona ermesi olarak sayılan hallerin, Türk hukukunda da farklı maddeler kapsamında benzer şekilde düzenlendiği görülmektedir. Özellikle Türk hukukunda işçinin ölümü, iş sözleşmesini kendiliğinden sona erdiren mutlak bir neden olarak kabul edilirken, işverenin ölümü ise kural olarak iş sözleşmesini sona erdirmemektedir. Ayrıca, muvazzaf askerlik hizmeti, gözaltı ve tutukluluk gibi hâller ile sağlık nedenleri, Türk hukukunda iş sözleşmesinin sona erdirilmesine yol açan durumlar olarak farklı maddelerde ele alınmıştır.

E. Sözleşmede Kararlaştırılan Sebeplerle İş Sözleşmesinin Sona Ermesi

Taraflar, iş sözleşmesini düzenlerken, kanunda belirtilen sona erme sebeplerine ek olarak karşılıklı anlaşma ile ilave hükümler öngörebilir. Ancak bu düzenlemeler, işçi ve işverenin haklarının güvence altına alınması ilkesine aykırı olmamalı ve tarafların şeref ve itibarını zedelememelidir (Az. İşK. m. 75/4). Aynı şekilde, İş Kanunu ile tanınan hakların kısıtlanmasını öngören hükümlerin sözleşmeye konulması da yasaklanmıştır (Az. İşK. m. 75/2). Bu bağlamda, tarafların sözleşmeye koyacağı hükümler; hukuk, adalet ve eşitlik ilkelerine aykırı olmamalı ve kişilerin maddi, manevi, sosyal ve ekonomik haklarını serbestçe kullanmalarını engellememelidir. Aksi hâlde bu tür düzenlemeler geçersiz sayılacaktır⁴⁵.

Sözleşme ile öngörülen sebeplerle doğrultusunda;

- tarafların karşılıklı anlaşması,
- sağlık açısından ilgili işin çalışanın sağlığı için tehlikeli olması,
- belirli süreli sözleşmelerde meslek hastalığına yakalınma ihtimalinin yüksek olması,
- iş ve hizmet hacminin azalması durumunda işverenin tekrar işe alacağı konusunda yazılı beyan vermesi,
- ve tarafların sözleşme ile belirlediği diğer hallerde,

iş ilişkisi sona erdirilebilecektir (Az. İşK. m. 75/2). Görüldüğü üzere, Azerbaycan hukukunda iş sözleşmesinin sözleşmede belirtilen sebeplerle sona erdirilmesi durumu, kanunda sınırlı şekilde düzenlenmiştir. Söz konusu sözleşmeyle kararlaştırılan sona erme nedenlerinin, Türk hukukunda ise farklı maddelerde ve çoğu zaman farklı hukuki gerekçelere dayandırılarak düzenlendiği görülmektedir. Örneğin, tarafların karşılıklı anlaşarak sözleşmeyi sona erdirmesi Türk hukukunda “ikale” olarak adlandırılırken, işin sağlık açısından tehlike oluşturmaması, haklı nedenle derhal fesih kapsamında değerlendirilir. Ancak sözleşme ile belirlenen sona erme gerekçesi ne olursa olsun, her iki hukuk sistemi de sözleşme serbestisinin mutlak olmadığını ve işçinin temel haklarının korunması gerektiğini ortak ilke olarak benimsemektedir.

⁴⁵ Uşan, s. 26

III. İŞ SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİNE İLİŞKİN HÜKÜMLER VE SONUÇLARI

A. İş Sözleşmesinin Feshedilemediği Haller

İşçi sayısının azaltılması durumunda, iş ilişkisinin devamı için bazı işçilere öncelik hakkı tanınır. Bu işçiler, meslekleri ve vasıflarına göre çalışmaya devam edebilir. Söz konusu vasıf düzeyi işveren tarafından belirlenecektir (Az. İşK. m. 78/1). İşçiler aynı vasıf düzeyine sahipse, diğer kriterler dikkate alınarak iş ilişkisi devam edecek işçiler seçilecektir. Buna göre; şehit ailesi fertlerine, savaş iştirakçilerine, asker ve subay eşlerine, 16 yaşından küçük iki veya daha fazla çocuğa bakmakla yükümlü olanlara, iş kazası veya meslek hastalığı sonucu sakat kalanlar, ülke içinde göçmen ve mülteci statüsündeki kişilere, toplu sözleşmelerde veya iş sözleşmelerinde öngörülen diğer kişilere öncelik verilecektir (Az. İşK. m. 78/1).

Azerbaycan İş Kanunu 79. maddesi ile bazı çalışanların iş sözleşmelerinin işveren tarafından sona erdirilmesini yasaklamaktadır. Bunlar;

- Hamile kadınlar ve üç yaşın altında çocuğu olan kadınlar, üç yaşın altındaki çocuklarını tek başına büyüten erkekler;
- Gelir kaynağı yalnızca çalıştığı işyeri olan ve okul çağına gelmemiş çocuğu bulunan çalışanlar,
- Geçici olarak işgücü kaybına uğrayan çalışanlar;
- Diyabet veya Multipl Skleroz (MS) hastalığı olanların bu hastalığı olması sebebiyle;
- Sendika veya herhangi bir siyasi parti üyesi olması nedeniyle işten çıkarılacak olanlar;
- 18 yaşın altında %81-%100 oranında engelli veya vücut fonksiyonlarında engelli olan birisine bakmakla yükümlü çalışanlar;
- Yıllık izinde olanlar, iş gezisinde bulunanlar ve toplu iş sözleşmesi görüşmelerine katıldığı dönemlerde iş sözleşmesinin feshi yasaklanmıştır.

Düzenlemeden de anlaşıldığı üzere, Azerbaycan İş Kanunu'nun 79. maddesi, hem belirli sosyal gruplara ait çalışanlar hem de bazı özel durumlar bakımından fesih yasağı öngörmektedir. Ancak 70. maddenin "a" bendi uyarınca, işyerinin kapatılması (müessesenin lağvedilmesi) veya 73. madde gereğince belirli süreli iş sözleşmesinin süresinin dolması durumlarında ise sözleşmenin sona erdirilmesi yasak olanlara yönelik koruma uygulanamaz. Ayrıca, işyerinin kapatılması durumu hariç olmak üzere, rehabilitasyon kurumlarında tedavi gören engelli kişilerin ve ayrıca "Azerbaycan Cumhuriyeti Malülüğü (Elilliyi) Olan Şahısların Hukukları Hakkında Kanun" un 24.1. maddesinde belirtilen işçilerin iş sözleşmesinin işveren tarafından sona erdirilmesi yasaklanmıştır (Az. İşK. m. 78/3).

Azerbaycan İş Kanunu'nun 79. maddesine göre, şeker hastalığı (diyabet) veya diğer ciddi hastalıklar sebebiyle işçilerin işten çıkarılması sınırlıdır. Ancak bu hüküm, yalnızca işçinin sağlık durumu nedeniyle çalışma kapasitesini önemli ölçüde kaybettiği istisnai durumlarda geçerlidir; dolayısıyla, işçi görevlerini yerine getirebildiği sürece bu tür bir koruma uygulanmaz. Yani, işçinin şeker hastalığı veya başka bir hastalığı olsa bile, eğer çalışma kapasitesine sahipse ve iş görevlerini

yerine getiriyorsa, bu durumda işveren onu diğer genel işten çıkarma nedenleriyle sözleşmeyi feshedebilmesi mümkündür.

Azerbaycan İş Kanunu'nda belirtilen hallerde, kadın işçinin işyerinden belirli sürelerle ayrılması durumunda, onun yerine geçici olarak başka bir işçi alınabilir. Çocuğun üç yaşına kadar olan kısmen ücretli izin süresi boyunca, kadın işçi yerine geçici bir işçi işe alınacak ve izin dilekçesinde belirtilen sürenin sonuna kadar işyeri geçici işçi çalıştırabilecektir. Bu süre zarfında, kadın işçi iş güvencesi kapsamındadır ve görev yeri korunmaktadır. Kadın işçinin yerine geçici olarak alınan işçinin iş sözleşmesi, kadın işçinin işe dönmesi ile sona erdirilecektir⁴⁶. Yine benzeri durumun Rusya İş Kanunda düzenlenmiş olduğu ve kadının talebi üzerine, çocuğun üç yaşına gelmesine kadar kısmen doğum izni verildiği görülmektedir⁴⁷. Karşılaştırmalı hukuk açısından, Rusya Federasyonu İş Kanunu 261. maddeye göre, üç yaşından küçük çocuğu olan kadınların, 14 yaşına kadar babasız çocuk büyüten kadınların veya 18 yaşından küçük engelli çocuğu olan dul kadınların iş sözleşmelerinin feshi yasaklanmıştır⁴⁸. Nitekim Rusya İş Kanunu'nda da, doğum sonrası ebeveyn izni süresince işyerinin kapanması gibi durumlar olsa bile kadın işçinin, çocuğun 1,5 yaşına kadar ücret almaya devam etme hakkı korunmaktadır⁴⁹.

İş Kanunun 179. maddesi uyarınca, mevzuatta öngörülen hâllerde ve usullere uygun olarak devlet ve toplumsal görevleri yerine getirmek üzere görevlendirildiği süre boyunca iş yeri ve pozisyonu (mesleği) korunarak işçiye ortalama ücreti ödenecektir (Az. İşK. m. 179/1). Maddede sayılan bu hâllerde işçinin iş güvencesi korunmuş, işten çıkarılması yasaklanmış ve ücreti hesaplanarak kendisine ödenmesi hükme bağlanmıştır (Az. İşK. m. 179/2).

Konuya ilişkin olarak Türk hukukundaki düzenlemelere bakıldığında, tarafların iş sözleşmesini tek taraflı irade beyanıyla ya bildirim süresine uyararak ya da haklı bir neden varsa derhal feshetme hakkına sahip olduğu görülmektedir. İş sözleşmesi belirsiz süreli ise, taraflar 4857 sayılı Kanun'un 17. maddesinde belirtilen bildirim sürelerine uymak suretiyle sözleşmeyi sona erdirebilir. Ancak sözleşme ister belirli ister belirsiz süreli olsun, taraflardan biri için haklı fesih nedeni mevcutsa, 24. maddede belirtilen sebeplerle işçinin, 25. maddede belirtilen sebeplerle ise işverenin, önceden bildirimde bulunmaksızın derhal fesih hakkı bulunmaktadır. Dolayısıyla haklı nedene dayanmadan yapılan fesih haksız fesih, bildirim önellerine uyulmaksızın yapılan fesih ise usulsüz fesih olarak nitelendirilir⁵⁰. Bunun yanında, kanunda belirtilen şartları sağlayan işçilere yönelik olarak da geçerli

⁴⁶ Kommentariya, s. 571-572.

⁴⁷ Hüseyinli, Tahire. *Uluslararası Sözleşmeler Işığında Kadın İstihdamı*. Eğitim Yayınevi. Eğitim Yayınevi, Konya, 2024, s. 125-128; Hüseyinli, Namık/ Yiğit, Yusuf. "İş Hukuku'nda Kadın Çalışanların Korunmasına İlişkin Hukuki Düzenlemeler (Azerbaycan ve Türk İş Hukuku Karşılaştırmalı Olarak)." *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 25, S. 2, 2017, s. 333.

⁴⁸ Bk. Hüseyinli/ Aktuğ/ Abdullah, s. 24.

⁴⁹ Hüseyinli, Namık. "Uluslararası Sözleşmeler Işığında Aile ve Çalışma Yaşamının Uzlaştırılması Kapsamında Ebeveyn İzninin Uygulamadaki Yeri". *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 23, S. 1 (Haziran 2015): 271-309.

⁵⁰ Eyrenci/ Taşkent/ Ulucan, s. 240-241; Kaplan, Tuncay Senyen, E., "Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Haksız Feshi, Hüküm ve Sonuçları", *Sicil İHD*, 2016, s. 17 vd.; Bedük, Mehmet Nusret, "İş Sözleşmesinin İşçi Tarafından Feshi ve Feshin Hukuki Sonuçları", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 27, S. 3, 2019, s. 685-686; Nazlı, Seçkin, "İş Sözleşmesinin İşverence Feshinde Fesih Sebebinin Terditli Olarak İleri Sürülmesi", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 5, S. 2, 2018, s. 283; Uşan, s. 155-156, (2024).

nedene dayanmadan yapılan keyfi fesihleri önlemek amacıyla iş güvencesi hükümleri getirilmiştir⁵¹.

Azerbaycan İş Hukuku ise Türk hukukundan farklı olarak, iş sözleşmesinin feshedilmesini bazı sosyal gruplar ve özel durumlar bakımından açıkça yasaklayarak, bu hallerde işçiye doğrudan bir koruma sağlamaktadır. Ancak Türk hukukundaki gibi sistematik bir iş güvencesi rejimi, yani 30'dan fazla işçi çalıştırılması, en az 6 ay kıdem süresi ve belirsiz süreli sözleşme gibi koşullara bağlı olarak uygulanan bir yapı, Azerbaycan hukukunda bulunmamaktadır. Buna rağmen Azerbaycan'da, fesih yasağına aykırı olarak iş sözleşmesi sona erdirilen işçilerin mahkeme kararıyla işe iade edilme imkânı söz konusudur. Oysa Türk hukukunda işe iade, yalnızca geçerli nedenin bulunmadığı durumlarda ve iş güvencesi sisteminin öngördüğü şartların gerçekleşmesi hâlinde mümkündür. Bu yönüyle Azerbaycan hukuku, özellikle sosyal ve sağlık temelli durumları doğrudan koruma altına alırken, Türk hukuku ise daha çok işverenin fesih gerekçesinin geçerliliği üzerinden bir değerlendirme yapmakta ve bu kapsamda “geçerli neden” kavramı ile iş güvencesi rejimi çerçevesinde koruma sağlamaktadır.

B. İş Sözleşmesinin Sona Erdirilme Şekilleri ve Usulü

Azerbaycan İş Kanunu'nda iş ilişkisinin kurulması ve sona ermesi sürecinde, iş ilişkisinin her aşamasında düzenlenecek sözleşme ve sonradan yapılacak değişiklikler yazılı olarak gerçekleştirilmekte ve gerektiği durumlarda ilgili belgeler resmi olarak bölge müdürlüklerine bildirilmektedir. İşveren ile işçi arasında yapılan iş sözleşmesi, sonradan yapılan değişiklikler ve işverenin emirleri beş yıl boyunca saklanır. İşletmenin kapanması durumunda ise belgeler resmi devlet arşivlerine teslim edilir. Ayrıca, işverenin iş sözleşmesinin sona ermesine ilişkin hazırlaması zorunlu olan işveren emri (karar) bu prosedüre uygun olarak korunacaktır (Az. İşK. m. 86).

İş sözleşmesinin feshine ilişkin emrin, kanuna uygun olarak gereken bilgileri içermesi gerekmektedir. Söz konusu emrin içeriğinde; işletmenin adı, yasal adresi, seri numarası, emrin tarihi (emir, karar) ve bunu imzalayan işverenin konumu, adı, ve soyadı, çalışanın adı, baba ismi ve soyadı, mesleği, fesih sebebi, fesih sebebine ilişkin usulü belirleyen Kanunun ilgili maddesi, iş sözleşmesinin feshedildiği gün, ay ve yıl, fesih konusunda emir (karar) verilmesinin temeli sayılan resmi belgelerin yer alması zorunludur (Az. İşK. m. 84/1). Söz konusu emirde bu bilgiler yer almıyorsa ve durum mahkemeye taşındığında, mahkeme bu emri geçersiz sayılabilecektir (Az. İşK. m. 84/2).

Sözleşmesi sona eren işçiye, işten ayrıldığı son iş gününde çalışma kitapçığı (emek kitapçığı) teslim edilecektir (Az. İşK. m. 87/3). Çalışanın iş faaliyetine ilişkin resmi bir formatta düzenlenen çalışma belgesi olarak çalışma kitapçığı bulunmaktadır. Her bir işçi işe girmeden önce o işçinin adına bir çalışma kitapçığı düzenlenmekte, işten ayrıldığında işle ilgili giriş, çıkış tarihleri ve fesih nedenleri bu kitapçığa kaydedilerek işçiye teslim edilmektedir. Bir başka işe başlayacak işçi bu kitapçığı yeni işverene sunacaktır. Pasaport tipinde bir belge olan çalışma kitapçığında, işçinin tüm faaliyetleri, kıdemine ilişkin bilgiler, çalıştığı gün, ay, yıl, mesleği (pozisyon), işten çıkarılma nedeni ve işten

⁵¹ Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat/ Özkaraca, s. 507 vd.; Şakar, s. 189-207; Sümer, s. 175 vd.; Süzek, s. 571 vd.; Uşan, s. 157-159, (2024).

ayrılma tarihi ayrıntılı olarak bu belgede yer almaktadır.

C. Ücret ve İzin Hakları

Sözleşmenin sona erdiği son gün, işveren işçinin ücret haklarını hesaplayarak kendisine ödemelidir. İş Kanunu'na göre, işveren, işçinin çalışma süresi boyunca hak kazandığı ancak kullanmadığı izin ücretleri ile ödenmemiş ücretlere ilişkin tüm haklarını, son iş günü işçiye ödemekle yükümlüdür (Az. İşK. m.83/2).

Yıllık izin döneminde işçinin sözleşmesi feshedilemeyecektir. İş sözleşmesi herhangi bir sebeple sona erdiğinde, işçinin kullanmadığı izin sürelerine ilişkin ücretleri hesaplanarak işçiye ödenecektir. İzin ücretinin ödenmesi açısından işçiye herhangi bir koşul veya kısıtlama konulamayacaktır (Az. İşK. m. 144/2). İş Kanunu'na göre, işçi avans olarak yıllık izin kullanabilecektir. Yıllık izni ait olduğu yıl içinde kullanacak olan işçi 131. madde gereğince, işe başladığı yıl için, işçi altı ay çalıştıktan sonra yıllık izin kullanmaya hak kazanacaktır. İşçi sonraki yıllarda altı ay beklemek zorunda değildir. İkinci iş yılının başından itibaren avans olarak, o iş yılına ait yıllık izni işverenle kararlaştırılan tarihte kullanılabilecektir. İkinci yıl ve sonraki yıllarda avans olarak işçiye kullandırılan izin işçinin çalışmış olduğu aylara orantılı olarak değil, işçinin bir iş yılı için kanunda belirlenen toplam izin süresini kullanmayı talep edilebilir. İşçinin kullanmış olduğu avans izinler sözleşmenin daha erken sona ermesi halinde işçi kullanmış olduğu izin ücretini iade etmek zorunda olacaktır⁵².

İşçinin yıllık izni fiilen kullanmak istemesi halinde, işverenin karşı çıkamayacağı ve işçinin işten ayrılmadan önce izni kullandırması gerektiği kabul edilmektedir⁵³. Ancak, işçinin yıllık izni kullanmak istemediği durumlarda ise, bu süreye ilişkin ücretin hesaplanarak işçiye ödeneceği de kabul edilmektedir. Bununla birlikte, işçi çalışma yılını tamamlamadan yıllık izin hakkını fiilen kullanabilmesine rağmen, kullanmadığı yıllık izin süresine ilişkin ücreti yıl sona ermeden talep edememektedir. Bu durumda ücret isteyen işçiye ödeme ancak bir sonraki yılda yapılabilecektir.

Bilindiği üzere, Türk iş hukukunda 4857 sayılı İş Kanunu gereğince, sözleşme sona erdiği andan itibaren işçiye yıllık ücretli iznin karşılığı fiilen kullandırılmayacağı için kullanılmayan izin süresinin karşılığı ücret olarak kendisine ödenecektir (4857 K. m. 59/1). Türk hukukundan farklı olarak Azerbaycan hukukunda, ilgili çalışma yıllarında yıllık iznini kullanmamış olan işçinin sözleşmesinin sona erdiği durumlarda, işçinin talebi doğrultusunda yıllık izinlerinin kullandırılması mümkündür. İşçinin yıllık iznini kullandığı son gün, iş sözleşmesinin sona erdiği tarih olarak kabul edilecektir (Az. İşK. m. 143/1). İşçi eğer yıllık iznini kullanmak istemez ise, ücreti hesaplanarak kendisine ödenecektir (Az. İşK. m. 143/2).

Sözleşmenin sona ermesi durumunda genel kural, işçi eğer isterse yıllık izin sürelerini kullanması ve bu süre sona erdiğinden itibaren sözleşmenin sona ermiş sayılmasıdır. Kanun, işçiyi korumak amacıyla bu düzenlemeyi getirerek yıllık izin sürelerinin işçinin kıdeminden sayılmasını sağlamış ve bu hakkı işçinin tercihi bırakmıştır. Ancak iş sözleşmesinin işveren tarafından feshedilmesinin düzenleyen 70. maddenin (a) ve (ç) bentleri ile 72. maddesinde bu kurala istisnalar getirilmiştir. Buna

⁵² Hüseyinli, Namık. *İş Hukukunda Dinlenme ve İzin Hakları*. Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s. 277.

⁵³ Kommentariya, s. 601.

göre;

- İşletmenin/işyerinin tasfiye edilmesi/kapatılması halinde (Az. İşK. m.70/a),
- Çalışanın görev ve yükümlülüklerini yerine getirmemesi durumunda (Az. İşK. m.70/ç),
- 72. maddede belirtilen hallerde, işçinin çalışma görevini veya iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerini yerine getirmemesi veya görevini ağır ihlal etmesi durumunda,

iş sözleşmesinin işveren tarafından feshedildiği bu durumlarda, işçiye yıllık izin süreleri kullandırılmaksızın, izin ücreti ödenerek işyeriyle ilişkisinin kesilmesi öngörülmüştür.

İşçinin sözleşmeyi feshettiği durumlarda da yıllık izni fiilen kullanmayı talep etmesi mümkündür. Bu durumda da işçinin yıllık izin süresinin sonunda sözleşmesi sona ermiş sayılacaktır. Ancak 69. maddenin tanıdığı özel bir durum söz konusudur. İşçi yıllık iznini fiilen kullanmak için talepte bulunur ve izni kullanmaya başlar, ancak izin süresi sona ermeden akdin feshi beyanından feragat ederek akdin feshinden dönebilir. Kanun yıllık izin süresi sonuna kadar fesihten dönmeye izin vermiş olup, fesihten dönen işçinin sözleşmesi devam edecektir (Az. İşK. m. 69/6). Fesihten dönen işçinin sözleşmesi sona erdirilemez.

Azerbaycan çalışma mevzuatında yer alan, kullanılmayan yıllık izin sürelerinin sözleşmenin sona ermesi durumunda işçiye kullandırma hakkına benzer bir düzenleme Türk hukukunda bulunmamaktadır. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 59. maddesinde, iş sözleşmesinin herhangi bir nedenle sona ermesi halinde, kullandırılmayan yıllık izin sürelerine ait ücretlerin son ücret üzerinden işçiye ödeneceği düzenlenmiştir.

Yine belirtmekte yarar var ki, çalışma koşulları zararlı ve ağır olan işçilere, kanun gereğince ilave izin verilmektedir. Bu koşullarda çalışan işçiler, çalıştığı süreye orantılı olarak esas yıllık iznin yanı sıra yasada öngörülen ilave yıllık izin de talep edebilecektir. Altı ay çalışmış olma kriteri burada da aranmakta olup, işçi altı ay çalışma süresini tamamladığında, ilave izni de kullanabilecektir (Az. İşK. md. 131/6). Örneğin, bir yıl için toplam altı gün verilecek ilave izin süresi, on ay çalışarak işten ayrılmak isteyen işçiye çalışmış olduğu süreye orantılı olarak beş gün ilave izin süresi çalışma süresine orantılı olarak kullandırılacaktır⁵⁴.

Azerbaycan İş Kanunu'na göre, iş sözleşmesinin sona ermesi halinde kullandırılmamış izin sürelerine ilişkin ücretlerinin hesabında, son on iki aylık ücretinin ortalaması esas alınmaktadır (Az. İşK. m. 140). Türk iş hukukunda ise yıllık izin ücreti, çıplak ücret üzerinden hesaplanır ve işçinin kullanmadığı yıllık izinlerin parası, iş sözleşmesi feshedildiğinde, o günkü ücret üzerinden topluca ödenmelidir (4857 s.k. m. 59/I). 4857 sayılı İş Kanuna göre, birikmiş izinlerin karşılığının sözleşmenin sona erdiği tarihteki ücret üzerinden hesaplanacağını öngördüğünden, geçmiş yıllarda hak kazanılan yıllık izin ücretinin değil, işçinin son ücretinin esas alınması gerekmektedir⁵⁵.

⁵⁴ Hüseyinli, s. 266, (Dinlenme).

⁵⁵ Akyiğit, Ercan. *1475 Sayılı İş Kanunu, Deniz İş Kanunu ve Basın İş Kanunu'nda Yıllık Ücretli İzin: Türk-Alman-İsviçre Hukuku Karşılaştırmalı*. Seçkin Yayınevi, Ankara, 2000, s. 376 vd.; Süzek, s. 862-863; Urhanoğlu, İftar. *Türk Hukukunda Yıllık Ücretli İzin*. Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s. 241.

Ç. İş Arama İzni

İş sözleşmesi sona erecek işçiye ücretli iş arama izni verilmesi kanun gereğidir. İhbar süresi boyunca işçiye her hafta için bir gün iş arama izni verilecektir. İş arama izin süresi ücretlidir (Az. İşK. m. 77/2). Ancak, bu iş arama izni yalnız işçi sayısının azaltılması veya kadro daraltılması nedeniyle işten çıkarılacak işçilere tanınmaktadır. Buna göre, kıdemi 1 yıla kadar olan işçiler 2 gün, 1-5 yıl arası olan işçiler 4 gün, 5-10 yıl arası olan işçiler 6 gün, 10 yıldan fazla kıdemi olan işçiler ise 9 gün iş arama izni hakkına sahiptir.

Karşılaştırma yapıldığında, Azerbaycan hukukundan farklı olarak Türk hukukunda işveren, bildirim süresi içinde işçiye yeni bir iş bulması için gerekli olan iş arama iznini, iş saatleri içinde ve ücret kesintisi yapmadan vermekle yükümlüdür. İş arama izninin süresi günde iki saatten az olmayarak kullanılacak olup, işçi isterse iş arama izin saatlerini birleştirerek toplu kullanabilecektir. İşveren yeni iş arama iznini vermez veya eksik kullanırsa o süreye ilişkin ücreti işçiye ödeyecektir (4857 K. m. 27). Ayrıca süreli fesih bildiriminin kimin tarafından yapıldığının da bir önemi bulunmamakta olup işçi tarafından yapılan fesihlerde de iş arama izni verilmesi gerekir⁵⁶. Ancak Türk hukukundan farklı olarak iş arama izni Azerbaycan İş Kanunu'nda daha dar bir kesime verilmekte olup, sadece işçi sayısının azaltılması veya kadro daraltılması nedeniyle sözleşmesi feshedilen işçilerin bu haktan yararlandırılmadığı anlaşılmaktadır.

D. Bildirim Süreleri

Azerbaycan İş Kanunu'na göre, iş sözleşmesinin sona ermesi halinde karşı tarafa bildirim yapılması öngörülmüştür. İşveren, işçilerin sayısını azaltmak, ilgili kadroları veya birimleri kaldırmak istediğinde, çalışma süresine uygun olarak belirlenen resmi bildirim sürelerine uygun olarak ihbarda bulunmakla yükümlüdür. Buna göre;

- Bir yıla kadar çalışması sürmüştür ise en az iki takvim hafta,
- Bir yıl ile beş yıl arası çalışması sürmüştür ise en az dört takvim hafta,
- Beş yıldan on yıla kadar çalışma sürmüştür ise en az altı takvim hafta;
- On yıldan fazla çalışma sürmüştür ise en az dokuz takvim haftası

öncesinden işçiye bildirim yapılması gerekmektedir (Az. İşK. m. 77/1) İşçinin çalışma süresine göre kademeli olarak artan bildirim süreleri 2018 yılında yapılan değişiklik ile yürürlüğe girmiştir. Bu değişiklikten önce bildirim süresi sabit olarak 2 (iki) ay şeklinde düzenlenmişti⁵⁷.

İşçinin iş göremezlik halinde veya yıllık izinde olduğu dönemde ihbar yapılmasına kanunen bir engel yoktur, ancak bu dönemlerde iş sözleşmesi sona erdirilemez. İşçiye yapılan bildirim süresi, işçinin raporlu ya da izinli olduğu dönemde tamamlanırsa, iş sözleşmesi, bu sürenin sona erdiği günü izleyen ilk iş gününde feshedilebilir.

Bildirim süresi yerine peşin ödeme yapılarak sözleşmenin sona erdirilmesi de kanunda

⁵⁶ Şakar, s. 166; Uşan, 2024, s. 154.; Özkara, Ercüment. “Yeni İş Arama İzninin Süresi ve İspatı.” *Sicil İş Hukuku Dergisi*, S. 20, 2010, s. 106.

⁵⁷ Kommentariya, s. 320.

düzenlenmiştir. Azerbaycan İş Kanununda, Türk hukukundan farklı olarak, peşin ödeme karşılıklı anlaşma ile mümkün olacaktır. Düzenlemeye göre, peşin ödeme yapılabilmesi için işçinin rızası alınmalı; işçi kabul ederse, bildirim süresi beklenmeden ödeme yapılarak sözleşme feshedilebilir. Ancak, işveren peşin ödeme için işçinin rızasını almak zorunda değildir. İşveren ortalama ücret baz alınarak, en az iki haftalık bildirim süresi için 0,5 katı, en az dört hafta bildirim süresi için 0,9 katı, altı haftalık bildirim süresi için 1,4 katı, en az dokuz hafta bildirim süresi için 2 katı oranında artışla peşin ödeme yaparak sözleşmeyi sona erdirebilecektir. İş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesi ile bu miktarlar daha yüksek oranlarda belirlenebilecektir.

İş Kanunu madde 56/2 kapsamında çalışma şartlarının değiştirilmesi halinde bu değişikliği kabul etmeyen işçiye bir aylık ücret tutarında peşin ödeme yapılarak sözleşmesi sona erdirilebilecektir (Az. İşK. m. 77/4). Taraflar, iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesi ile bu miktarları daha yüksek oranlarda kararlaştırabilir (Az. İşK. m. 77/4). Ancak ihbar sürelerinin arttırılmasına yönelik kanunda herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır.

İşçi açısından ihbar süresi madde 69'da 1 (bir) ay olarak öngörülmüştür. İş sözleşmesini sona erdirmek isteyen işçi, bir takvim ayı önceden yazılı olarak işverene bildirimde bulunarak sözleşmeyi feshedebilir (Az. İşK. m. 69/1). İş sözleşmesinin işçi tarafından feshedilmesi halinde, başvurunun yazılı olarak yapılması zorunludur. İşçinin iş sözleşmesini feshetmek için sözlü olarak başvuruda bulunması, işveren açısından geçerli bir fesih gerekçesi oluşturmayacaktır. İşverenin bu duruma dayanarak işçinin sözleşmesini feshetmesi hukuka aykırı olarak kabul edilmektedir⁵⁸.

İşçinin bildirimde bulunduğu tarihten itibaren bir takvim ayı geçtikten sonra, iş sözleşmesi kendiliğinden sona erecektir. Ayrıca bildirim süresi sonunda işçi, ücret ve diğer haklarının hesaplanarak kendisine ödenmesi talebinde bulunabilecektir (Az. İşK. m. 69/2). İşçinin yaşa göre emeklilik, yüksek eğitime başlaması, başka bir yere taşınması, başka bir işveren ile iş sözleşmesi imzalaması, cinsel tacize maruz kalması halinde ve kanunda belirtilen diğer hallerde dilekçesinde belirtmiş olduğu tarihte sözleşmesi sona erdirilebilecektir (Az. İşK. m. 69/3). Yani işçi bu durumda bir aylık süreni sonuna kadar beklemek zorunda değildir. Dilekçede belirtmiş olduğu tarihte işi bırakmış sayılacaktır. Dolayısıyla, işçinin işverene bir ay önceden bildirimde bulunma yükümlülüğü bulunmakla birlikte, 69. maddenin 3. fıkrasında kendisine bir ayrıcalık tanınmakta ve bu ayrıcalığın hangi durumlarda kullanılabileceği belirlenmektedir. Buna göre, işçi bu sayılan istisnai durumlar mevcut olmadıkça, bir aylık ihbar süresine uymak zorundadır⁵⁹.

⁵⁸ Qasimov, Aliş. “Əmək Müqaviləsinin İşçi Tərəfindən Ləğv Edilməsi.” *Qanun Jurnalı*, S. 1, Bakı, 2012, s. 42.

⁵⁹ Sultanov, E.T.: 05.02.2025; “*Örnek bir kararda, işçi 69/3 maddesinde öngörülen sebeplerden birini göstermeden 27 Şubat tarihinde yazılı dilekçe ile başvurmuş ve 01 mart tarihinde sözleşmeyi sona erdirmesi talebinde bulunmuştur. Söz konusu sebeplerden biri olmadan işveren işçinin talebini isterse kasrşayabilir. Olayda işveren 01 Mart tarihli emir düzenleyerek işçinin sözleşmesinin resmi olarak sona erdirmiştir. Ancak fesih beyanını bir aylık süre dolmadan geri alan işçi işverene yazılı ihbar göndermiş ve geri dönme talebinde bulunmasına rağmen işverenin kabul etmemesi üzerine olay mahkemeye yansımıştır. Mahkeme, “işverenin, iş sözleşmesinin beklenmedik şekilde feshedilmesinin sebebini araştırmadan, davacı ile akdetmiş olduğu iş sözleşmesini ihbar süresini beklemeksizin feshetmesinin haklı olmadığı kanaatindedir.*”, şeklinde vermiş olduğu karar eleştirilere sebep olmuştur. Öncelikli olarak, ihbar süresini sonuna kadar beklemek işverenin değil, işçinin borcu sayılır. Mahkemenin bir aylık ihbar süresini beklemenin işçinin değil, işverenin görevi olduğu sonucuna varması ve bu görevin işveren tarafından yerine getirilmediğini göstermesi eleştirilen temel husustur. Nitekim iş sözleşmesinin iki tarafının (işçi ve işveren) olduğu ve sözleşmeyi kurma ve feshetme özgürlüğünün (mevzuatın öngördüğü bazı sınırlamalara uymak kaydıyla) her iki tarafa da ait olduğu ve

Azerbaycan hukukunda çok önemli olan bir husus, yukarıda da belirtildiği üzere işçinin bildirim süresi içinde fesihten dönebilmesidir. Türk hukukundan farklı olarak fesihten dönme tek taraflı olarak yapılabilmekte, işverenin rızası aranmamaktadır. İşveren, söz konusu işçiden boşalan pozisyon (meslek) için yeni bir çalışanın işe alınması konusunda işçiye resmi olarak yazılı bildirimde bulunmuş ise işçinin fesihten dönmüş olması, diğer bir deyimle fesih beyanını geri alması kabul edilmeyecektir (Az. İşK. m. 69/4).

E. Fesih tazminatı

Azerbaycan İş Kanununda “işten çıkarma yardımı” olarak adlandırılan ödeme farklı özelliklerine rağmen, Türk hukukundaki kıdem tazminatına benzer bir düzenlemedir. İş Kanunun 70. maddenin a bendine göre işyerinin lağvi ve b bendine göre ise işçilerin sayısının azaltılması veya ilgili pozisyonun kaldırılması/iptali haline göre sözleşmenin feshi durumunda işçinin çalışma süresi dikkate alınarak kendisine işten çıkarma yardımı/tazminatı ödenecektir. Buna göre, bir yıla kadar hizmet süresi bulunan işçiye bir aylık ortalama ücret, bir yıl ile beş yıl arası hizmet süresi bulunan işçiye ortalama ücretin en az 1,4 oranında, beş yıl ile on yıl arası hizmet süresi bulunan işçiye ortalama ücretin en az 1,7 oranında ve on yıldan fazla hizmet süresi bulunan işçiye ise ortalama ücretin en az iki katı oranında işten çıkarma yarımı/tazminatı ödenecektir (Az. İşK. m. 77/3).

İş Kanunu’nun 68/2-c maddesi kapsamında, iş sözleşmesinin sona erme sebeplerinden biri olarak çalışma koşullarının değiştirilmesi de öngörülmüştür. Çalışma şartlarının değiştirilmesi halinde, bu değişikliği kabul etmeyen işçiye ortalama ücretin en az iki aylık ücreti tutarında işten çıkarma yardımı/tazminatı ödenerek sözleşmesi sona erdirilebilecektir. Yine, tarafların iradesi veya işteği dışında, iş sözleşmesinin sona erme sebeplerden, 74. maddenin (a) bendinde belirtilen “işçinin askerliğe veya alternatif hizmete çağırılması” durumunda, işçiye en az ortalama ücretinin iki aylık tutarında işten çıkarma yardımı/tazminatı ödenmesi zorunludur. Aynı şekilde işçinin altı aydan fazla süreyle işgücü kaybı nedeniyle çalışamaması sebebiyle iş sözleşmesinin sona erdirilmesi halinde de en az ortalama ücretin iki aylık tutarında ödenecektir (Az. İşK. m. 77/7).

Aynı düzenleme ile sözleşmesi sona eren bazı işçilere daha fazla yardım/tazminat ödenmesi öngörülmüştür. Bu kapsamda, işçinin vefatı sebebiyle iş sözleşmesinin sona ermesi halinde, vefat edenin varislerine, ortalama ücretin en az üç katı tutarında yardım/tazminat ödenecektir. Yine İş Kanunu madde 68/2-ç kapsamında, işyeri devri nedeniyle iş sözleşmesinin sona ermesi halinde, işçiye ortalama ücretin en az üç katı tutarında ödeme yapılması düzenlenmiştir. Ayrıca, fesih sebebiyle işçiye ödenecek tazminat/yardımdan herhangi bir vergi kesintisi yapılamayacaktır (Az. İşK. m. 175/4).

SONUÇ

Azerbaycan İş Hukuku’nda iş sözleşmesinin geçerliliği için yazılı şekil şartı ve ardından elektronik kayıt sistemi zorunlu tutulmuştur. Bu sistem, işçi ile işveren arasında imzalanan sözleşmenin sadece imza altına alınması değil aynı zamanda elektronik sisteme kayıt altına alınması ile hukuki geçerlilik kazanmaktadır. Dolayısıyla iş sözleşmelerinin yazılılık esası ve kayıt altına

işçinin de bu durumda sözleşmeyi feshetme imkânının olduğu açıktır. Bu nedenle mahkeme kararının isabetli olmadığı değerlendirilmiştir”.

alınması ile çalışma hayatında yaşanacak suiistimallerin önüne geçilmesi, işçinin çalışma ilişkisinin ispatı açısından kolaylık sağlaması amaçlanmaktadır. Çalışma ilişkisi süreci içinde, sözleşmelerde yapılan değişikliklerde, yıllık izin ve diğer hakların kullanımında ve sözleşmenin sona erdiği hallerde bu işleyişin zorunlu olarak devam ettiği görülmektedir. Özellikle işe alımlarda ve sözleşmenin sona ermesi durumlarında bu durumu kanun ekinde kabul edilen resmi formlara uygun olarak hazırlanmalı ve dijital elektronik sisteme girilmelidir. Yıllık izin hakları, çalışma koşulları değişiklikleri ve diğer hususlar yine işveren emirleri ile gerçekleştirilmekte olup, dijital sisteme girilmeden bu belgeleri işveren saklamakla yükümlüdür. Bu yönüyle Azerbaycan hukukunda, sistematik ve kayıt altına almaya yönelik güvenli bir işleyişin olduğunu söylemek mümkündür. Nitekim Avrupa Birliği Adalet Divanı da İspanyol iç hukukundan kaynaklanan bir uyuşmazlık kapsamında verdiği C-55/18 sayılı ve 14/05/2019 tarihli kararda, iş ilişkisinin sağlıklı bir şekilde denetlenebilmesi ve işçi haklarının korunabilmesi için sadece fazla mesailer değil, tüm çalışma sürelerinin elektronik sistemlerle güvenilir biçimde kayıt altına alınmasının zorunlu olduğunu vurgulamıştır⁶⁰.

Çalışmanın konusu olan iş sözleşmesinin sona ermesi hükümleri ve usulü açısından Azerbaycan İş Kanunu genel ve ayrıntılı bir kapsamda düzenlenmiştir. Söz konusu kanunun, Türk İş Kanunu'na kıyasla birçok hususta daha ayrıntılı düzenlemeler içerdiği söylenebilir. Bu açısından Kanunun kazuistik bir metotla hazırlandığı ifade edilmektedir⁶¹. Ancak Türk hukukunda özellikle hakların kullanılması veya usule ilişkin yaşanan sorunlar açısından şekle bağlı ve ayrıntılı bir düzenleme yapılması uygulamada birçok sorunları önlediği görülmektedir. Örneğin ister özel sektör ister de kamu sektöründe yıllık izin hakkının kullanılmadığı veya kullandırılmaması ile çok karşılaşılmamaktadır. Ayrıca denetim sisteminin etkin işleyişi işçi haklarının ihlalini önlemede çok önemli yer tutmaktadır.

İş sözleşmesinin feshi açısından Azerbaycan İş Kanunu'nun 69. maddesi, işçiye sözleşmeyi feshetme hakkıyla birlikte, fesih beyanından dönme hakkı da sağlamaktadır. Türk İş Kanunu açısından fesih tek taraflı, karşı tarafa ulaşması zorunlu olan ve bozucu yenilik doğuran bir beyandır. Fesih beyanının karşı tarafa ulaşması ile iş sözleşmesi bildirim süresinin sonunda, derhal fesihte ise feshin karşı tarafa bildirildiği tarihte sözleşme sona ermiş sayılacak ve fesih açıklaması karşı tarafa ulaştıktan sonra, artık bu beyandan dönülemeyecektir. Oysa Azerbaycan İş Hukukunda işçinin fesihten tek taraflı olarak dönmesine hak tanınmakta ve istisnai haller dışında bildirim süresinin sonuna kadar bu beyanından dönebilmektedir.

Fesih süresi içinde fesheden işçinin yerine yeni işçi alınmış olduğunu işçiye bildirilmesi halinde fesihten dönme mümkün olmayacaktır. Yine işçinin işten ayrılmadan önce yıllık izin süresini kullanma süreci içinde de fesihten dönme hakkı tanınmıştır. Fesih beyanından dönme hakkı işçinin korunmasına yönelik pozitif bir düzenleme olarak değerlendirilebilir. Dolayısıyla Azerbaycan'daki düzenleme, işçinin işten ayrılma kararını tekrar gözden geçirerek fesihten dönme hakkı tanırken, Türk hukukunda fesihten dönüş hakkı işverenin rızasına bağlıdır. Bu fark, iş güvencesi ve işçinin

⁶⁰Hüseyinli, Namık ve Emre Ünal. "Avrupa Birliği Adalet Divanı Kararı Işığında, Türk İş Hukuku'nda Çalışma Sürelerinin Kayıt Altına Alınması". *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, c. 7, sy. 1, 2024, ss. 44-71.

⁶¹ Uşan, s. 34

karar verme özgürlüğü açısından her iki hukuk sisteminde önemli bir farklılığı göstermektedir.

Azerbaycan hukukunda iş sözleşmesinin sona erme nedenleri açık ve somut olarak sayılmıştır. Buna karşın Türk İş Hukuku, 4857 sayılı Kanun kapsamında daha esnek ve yorum gerektiren bir fesih rejimi benimsendiği ve özellikle iş güvencesi kapsamına giren işçiler açısından işverenin fesih hakkını “geçerli neden” kavramı etrafında şekillendiği görülmektedir. Hâkimin yorum ve takdir yetkisinin belirleyici olduğu Türk hukukunun aksine, Azerbaycan iş hukukunda fesih süreci katı ve belirli kurallarla şekillendiğini söylemek mümkündür.

İş Kanunu’nun 70. maddesi, işveren tarafından iş sözleşmesinin feshedilebileceği halleri tek tek sayarak açıklamış ve bu feshetme hallerinin hukuki sonuçlarını düzenlenmiştir. Buna göre, işletmenin kapatılması, işçi sayısının azaltılması, iş görevlerini ağır ihlali, deneme süresi içinde fesih ve kamu işletmelerinde işçinin yaş sınırını doldurması olarak fesih halleri kanunda açıklanmıştır. Sayılan bu hallerde kanunda belirtilen fesih prosedürüne uygun olarak sözleşme sona erecek olup usule ilişkin aykırılıklar feshin geçersizliğine de neden olabilecektir. Örneğin, işverenin kadro azaltımı veya personel sayısının düşürülmesi gibi gerekçelerle iş sözleşmesini feshetmesinde yaşanan suiistimalleri önlemek için mahkeme işten çıkarılacak kişilerin seçiminde vasıf düzeyi, mesleki yeterlilik, öncelik kriterleri veya sendika onayı gibi aşamaları göz önünde bulundurmakta ve mahkeme fesih kararını geçersiz sayabilmektedir.

Azerbaycan hukukunda, işyeri devri durumunda hem işçiye hem de devralan işverene fesih hakkı tanınması, Türk hukukundan farklılık arz eden bir düzenlemedir. Devralan işveren ile çalışmak istemeyen işçi, iş sözleşmesinde belirlenen hükümlere aykırı olmamak kaydıyla, İş Kanunu’nun 68/2-a bendi uyarınca kendi insiyatifi ile iş sözleşmesini sona erdirebilecektir. İşyeri devri yeni işverene de müdür, müdür yardımcıları, baş muhasip ve ilgili birimlerde işveren vekili olarak doğrudan yönetim yetkisini kullanan diğer yöneticilerin iş sözleşmesini sona erdirme hakkı tanınmaktadır. Bu hakkını kullanmayan işveren ise, söz konusu yönetici işçilerin çalışma koşullarında değişiklik yapma hakkına sahip olacaktır (Az. İşK. m. 63/1). Bu düzenleme ile bir yandan işçilere işyeri devri nedeniyle sözleşmeyi sona erdirme kolaylığı sağlanırken, diğer yandan yeni işverene de yönetici düzeyindeki çalışanlar hakkında daha geniş yetkiler tanınmıştır. Dolayısıyla Azerbaycan hukukunda yer alan bu esnek yaklaşım, Türk hukukunda düzenlenen işçinin korunmasına yönelik daha katı kuralların aksine, devralan işveren ve işçiye sözleşmeyi feshetme yetkisi tanınması bakımından dikkat çekicidir.

Azerbaycan İş Kanunu, özellikle iş sözleşmesinin sona ermesi hallerinde işçinin korunması, fesih usulü ve feshin sonuçları açısından üzerinde durulması gereken birçok farklı hüküm içermektedir. Dolayısıyla yazılılık ve dijital sistem zorunluluğu, attestasiya sistemi, fesih halleri ve fesih sonucunda ödenecek tazminat hakları gibi birçok konuda Türk iş hukukundan ayrılan düzenlemelere yer verildiği görülmektedir. Karşılaştırmalı hukuk açısından, her iki ülkenin iş hukuku sistemlerinde fesih konularının, farklı yaklaşımlar dikkate alınarak değerlendirilmesi özellikle iş güvencesi, işverenin fesih yetkisi ve işçiye tanınan haklar bakımından önemli değerlendirmelere zemin sağlayacaktır.

KAYNAKÇA

- Abdullah Akif. *XXI. Yüzyılda Rusya Federasyonu'nda Emeklilik Sistemi: Reform ve Problemler*, Duvar Yayınevi, 2023.
- Abdullah, Akif. *Rusya Sosyal Güvenlik Sistemi*, Duvar Yayınevi, İzmir, 2023.
- Akyiğit, Ercan. *1475 sayılı İş Kanunu, Deniz İş Kanunu ve Basın İş Kanunda Yıllık Ücretli İzin: Türk-Alman-İsviçre Hukuku Karşılaştırmalı*. Seçkin Yayınevi, Ankara, 2000.
- Aydın, Ufuk. “Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklikler ve Değişiklik Feshi.” *Sicil İş Hukuku Dergisi*, S. 23, 2011, ss. 22–36.
- Azerbaycan Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Kararı. *Azerbaycan Cumhuriyeti İş Kanunu'nun 47. maddesinin “f” bendinin Azerbaycan Cumhuriyeti Anayasasının 25. maddesinin I. Kısmı ve 35. maddesinin I–IV ve VIII. Kısımlarına uygunluğunun doğrulanması hakkında Anayasa Mahkemesinin 31 Ocak 2024 tarihli kararı*, <https://e-qanun.az/framework/56305>, Erişim tarihi: 10.01.2025.
- Azerbaycan Respublikası Əmək Məcəlləsinin Elmi-Praktik Kommentariyası*. Red. Qasımov, A. M., Hüquq Yayın Evi, Bakı, 2018.
- Bedük, Mehmet Nusret. “İş Sözleşmesinin İşçi Tarafından Feshi ve Feshin Hukuki Sonuçları.” *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 27, S. 3, 2019, ss. 679–726.
- Çelik, Nuri/ Caniklioğlu, Nurşen/ Canbolat, Talat/ Özkaraca, Ercüment. *İş Hukuku Dersleri*. 36. Baskı, İstanbul: Beta Yayınevi, 2023.
- Demir, Fevzi, *En Son Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması*, 11. Baskı, İzmir 2018.
- Dursun Ateş, Sevgi. *İşverenin Yönetim Hakkı*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019, s. 229.
- Egorov, Vladimir/ Karitonov, Yuliya. *Trudovoy Dogovor: Uçebnoe Posobie*. KnoRus, Moskva, 2007.
- Ekberli, Ülker. *Emek Hüququ (Mühazire Metnleri)*. Ders Vesaiti. Hüquq Yayın Evi, Bakı, 2020.
- Emrahov, Mais. *XX Əsrdə Azərbaycanda Milli-Azadlıq Hərəkatı*. Ali məktəblər üçün dərslik. ADPU Nəşriyyatı, Bakı, 2009.
- Eren, Abdurrahman/ Asker, Ali. *Türk Cumhuriyetleri Anayasaları*. TÜRKPA Yayınları, Ankara, 2012.
- Eyrenci, Öner/ Taşkent, Savaş/ Ulucan, Devrim. *Bireysel İş Hukuku*. 9. Baskı, İstanbul: Beta Yayınevi, 2019.
- Ezer, Burcu. “Deneme Süresi İçinde İş Sözleşmesini Fesih Hakkının İşveren Yönünden Sınırları,” *Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 4, S. 2, s. 1155–1220.
- Hüseyinli, Namık. “Azerbaycan İş Hukukunda İş Sözleşmelerindeki İş Şartları Değişikliğinin Hukuki Sonuçları.” *TURAN-SAM*, C. 7, S. 28, 2015, s. 54-62.
- Hüseyinli, Namık. *İş Hukukunda Dinlenme ve İzin Hakları*. Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.
- Hüseyinli, Namık/ Aktuğ, Semih Serkant/ Abdullah, Akif. “İş Sözleşmesinin Sona Erme Halleri (Rusya Federasyonu Örneği).” *Karadeniz Araştırmaları*, C. 40, S. 40, 2013, ss. 17–35.
- Hüseyinli, Namık/ Yiğit, Yusuf. “İş Hukuku'nda Kadın Çalışanların Korunmasına İlişkin Hukuki Düzenlemeler (Azerbaycan ve Türk İş Hukuku Karşılaştırmalı Olarak).” *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 25, S. 2, 2017, ss. 297–351.
- Hüseyinli, Namık. “Uluslararası Sözleşmeler Işığında Aile ve Çalışma Yaşamının Uzlaştırılması Kapsamında Ebeveyn İzninin Uygulamadaki Yeri”. *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

- Dergisi 23, sy. 1 (Haziran 2015): 271-309.
- Hüseyinli, Namık ve Emre Ünal. “Avrupa Birliği Adalet Divanı Kararı Işığında, Türk İş Hukuku’nda Çalışma Sürelerinin Kayıt Altına Alınması”. *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, c. 7, sy. 1, 2024, ss. 44-71.
- Hüseyinli, Tahire. *Uluslararası Sözleşmeler Işığında Kadın İstihdamı*. Eğitim Yayınevi, Konya, 2024.
- İsmayılov, İbrahim. *Kollektivnyy dogovor v Azerbajdane*. Monografiya. Baku, Azernesr, 1967.
- Kaplan, Tuncay Şenyen E. “Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Haksız Feshi, Hüküm ve Sonuçları.” *Sicil İş Hukuku Dergisi*, 2016, ss. 17–33.
- Muradova, Sevdə. “Əməyin Ödənilməsinin Müqavilə Tənzimlənməsi Metodu.” Azərbaycan Milli Elmlər Akademiyası, Fəlsəfə və Hüquq İnstitutu, *Elmi Əsərlər-Beynəlxalq Elmi-Nəzəri Jurnal*, C. 1, S. 22, 2014.
- Mülayim, Baki Oğuz. “İş Sözleşmesine Disiplin Kurulu Kararı ile Son Verilmesi.” *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, S. 46, 2021, ss. 327–354.
- Nazlı, Seçkin. “İş Sözleşmesinin İşverence Feshinde Fesih Sebebinin Terditli Olarak İleri Sürülmesi.” *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 5, S. 2, 2018, ss. 269–292.
- Orucov, Memmed. *İş Vaxtının Tenzimlenmesi*. Qanun Neşriyyatı, Bakı, 2008.
- Özkaraca, Ercüment. *İşyeri Devri Devirden Önce Doğan Borçlardan Sorumluluk Karar İncelemesi*. Çalışma ve Toplum Dergisi, S. 20, 2009, ss. 131–161.
- Özkaraca, Ercüment. *Yeni İş Arama İzninin Süresi ve İspatı*. Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 20, 2010, ss. 102–110.
- Qasimov, Alış. “Əmək Müqaviləsinin İşçi Tərəfindən Ləğv Edilməsi.” *Qanun*, S. 1, Bakı, 2012, ss. 41–51.
- Qasimov, Alış. *Emek Qanunu*. Letterpres Yayınevi, Bakı, 2016.
- Qasimov, Alış/ Ceferov, Zahid/ Ekberli, Ülker/ Şiriyev, Elxan. *Azərbaycan Respublikasının və Rusiya Federasiyasının Qanunvericiliyi Üzrə Əmək Müqaviləsi (Müqayisəli-Hüquqi Təhlil)*. Monoqrafiya, Hüquq Yayın Evi, Bakı, 2020.
- Qasimov, Alış/ Ekberli, Ülker/ Eliyeva, Feride/ Aslanova, Feride/ Hüseyinli, Vasif/ Esedov, Sefder. *Emek Hüquq Münasibetləri*. Monoqrafiya, Hüquq Yayın Evi, Bakı, 2022.
- Qasimov, Alış/ Kazimov, Tahir/ Nağıyev, Emin/ Paşayev, Araz/ Paşalı, Şehriyar/ Hesenli, Elibey. *İşçinin maddi məsuliyyətinin hüquqi tənzimlənməsi*. Monoqrafiya, Hüquq Yayın Evi, Bakı, 2023. (*İşçinin maddi məsuliyyəti*).
- Qurbanov, Sadiq/ Qasimov, Alış/ Ceferov, Zahid/ Ekberli, Ülker/ Adıgözelov, Dilaver/ Hüseyinli, Vasif. *Emek Münasibetlərinin Hüquqi Tənzimlənməsi Metodları*. Monoqrafiya, Hüquq Yayın Evi, Bakı, 2022.
- Sultanov, Mehman. “Əmək Müqaviləsinin Xitamı – Bəzi Nəzəri Aspektlər və Təcrübə,” *Azərbaycan Hüquq İslahatları Mərkəzi (AHİM)*, 30 Avqust 2013, <https://lawreform.az/index.php?module=news&name=view&id=940&lang=az>, Erişim: 05.02.2025.
- Sümer, Haluk Hadi. *İş Hukuku Uygulamaları*. 6. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016.
- Süzek, Sarper. *İş Hukuku*. 11. Baskı, İstanbul, 2015.
- Süzek, Sarper. “İşyerinin Devri ve Hukukî Sonuçları.” *Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 15, Özel Sayı, 2013, ss. 311–330.

- Şakar, Müjdat. *İş Hukuku Uygulaması*. 12. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2018.
- Taşkent, Savaş. “Geçerli Sebep Bağlamında Belirli İlkeler.” *Sicil İş Hukuku Dergisi*, S. 21, 2011, ss. 15–24.
- Tunçomağ, Kenan/ Centel, Tankut. *İş Hukukunun Esasları*. 6. Baskı, İstanbul, 2013.
- Urhanoglu, İstar. *Türk Hukukunda Yıllık Ücretli İzin*. Ankara, 2020.
- Uşan, M. Fatih. “4857 Sayılı İş Yasasının 22. Maddesi Çerçevesinde Değişiklik Feshi, Çalışma Şartlarında Esaslı Değişiklik ve Uygulama Sorunları.” *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 9, 2007, ss. 211–271.
- Uşan, Muhammet Fatih. “Azerbaycan Hukukunda İş Sözleşmesinin (Emek Mukavelesinin) Temel Özellikleri (Türk Hukukuyla Karşılaştırmalı Olarak).” *Kamu İş ve İktisat Dergisi*, C. 8, S. 3, 2005, ss. 17–51.
- Uşan, Muhammet Fatih. *İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku*. 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024.
- Гусов, К. Н./ Толкунова, В. Н.. *Трудовое право России: Учебник*. Москва: Проспект, 2006.
- Орловский Ю.П. (ред.). *Словарь по трудовому праву*. Москва: БЕК, 1998.

Uluslararası Hukuk ve İnsan Hakları Hukuku İlişkisine Dair Spinozacı Yaklaşım

Osman ÖĞÜTÇÜ ^{1*} 

¹ Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye

Makale Bilgisi

Makale Geçmişi

Geliş: 03.12.2024

Kabul: 21.03.2025

Yayın: 17.06.2025

Anahtar Kelimeleri:

Uluslararası Hukuk,
İnsan Hakları Hukuku,
Spinoza, Birey, Devlet.

ÖZET

Bu çalışma Benedictus Spinoza'nın insan haklarının uluslararası hukuktaki yerini ve insan haklarının uluslararası hukuk ile ilişkisini diğer görüşlerinden hareketle tespit etme amacı taşır. Spinoza'nın yaşadığı dönemde insan hakları kavramı ve doktrini modern döneme kıyasla neredeyse mevcut değildir. Çalışmalarında Tanrı, doğa, hak gibi kavramları değerlendiren filozofun görüşleri devlet ve birey anlayışını da şekillendirmiştir. Bireyler ve devlet arasında daha üstün bir egemene yetkilerin devredilmesi açısından temel bir farklılık vardır. Devletler yetkilerinden bireylere nazaran son derece sınırlı bir ölçekte vazgeçerler. Spinoza'nın uluslararası hukuk yaklaşımında evrensel söylemlere yer yoktur. Birer birer tüm devletler kendi çıkarları doğrultusunda hareket ederler ve evrensel, ahlaki ya da metafizik öğeleri takip etmeleri için hiçbir gerekçe yoktur. Bu nedenle devletlerin uzlaşıları da güvenilirmezdir. Modern dönemde insan hakları deneyimlenen savaş ve yıkımların da etkisiyle uluslararası hukukun bir parçası haline gelmiştir ve pek çok uluslararası hukuk unsurunda vücut bulmuştur. Modern dönemin hâkim söyleminin aksine Spinoza, insan hakları gibi evrensel söylemler içeren kavramların devletlerin egemenlik alanlarıyla sınırlı olduğunu düşünür ve böylelikle insan hakları uluslararası hukukun kapsamının dışında kalır.

A Spinozian Approach to the Relationship Between International Law and Human Rights Law

Article Info

Article History

Received: 03.12.2024

Accepted: 21.03.2025

Published: 17.06.2025

Keywords:

International Law,
Human Rights Law,
Spinoza, Individual,
State.

ABSTRACT

This study aims to determine the place of human rights in international law and the relationship between human rights and international law based on other views of Benedictus Spinoza. In Spinoza's time, the concept and doctrine of human rights were almost non-existent compared to the modern era. The philosopher evaluated concepts such as God, nature and rights in his works, and his views on these issues also shaped his understanding of the state and the individual. There is a fundamental difference between individuals and the state in terms of the delegation of powers to a superior sovereign. States give up their powers on an extremely limited scale compared to individuals. There is no room for universal discourses in Spinoza's approach to international law. One by one, all states act in their own self-interest and there is no reason for them to follow universal, moral or metaphysical elements. Therefore, the consensus of states is also unreliable. In the modern period, human rights have become part of international law and are embodied in many elements of international law due to the war and destruction experienced. Contrary to the dominant discourse of the modern period, Spinoza thinks that concepts with universal discourses such as human rights are limited to the

sovereignty of states, and thus human rights fall outside the scope of international law.

To cite this article:

Öğütçü, O. (2025). “Uluslararası Hukuk ve İnsan Hakları Hukuku İlişkisine Dair Spinozacı Yaklaşım”, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 8(1), s. 311-326. <https://doi.org/10.51120/NEUHFD.2025.155>.

*Sorumlu Yazar: Osman ÖĞÜTÇÜ, osman.ogutcu@hotmail.com

GİRİŞ

Benedictus Spinoza (1632-1677) doğa, Tanrı, din, evren ve hak kavramları hakkında pek çok fikir üretmiş önemli bir 17. yüzyıl filozofudur. Spinoza'nın din ve Tanrı kavramlarına ilişkin görüşleri son derece orijinaldir. Özellikle din eleştirisi ve alışlagelmiş dini yaklaşımlara karşı getirdiği yeni bakış açıları, kurumsal dini yapıları rahatsız etmiştir. Söz konusu eleştiriler nedeniyle dönemin Yahudi cemaati, Spinoza'nın Tanrı inancını reddettiğini varsaymaktadır. Bu bağlamda hayatı boyunca teolojik müesses nizam ile ciddi sorunlar yaşamış olan Spinoza, görüşleri nedeniyle Yahudi cemaatinden aforoz edilmiştir ve aslen Baruch olan ismini Benedictus olarak değiştirmiş ve felsefeyle ilgisini derinleştirmiştir¹.

Spinoza'nın sistematik felsefi yaklaşımı² kendinden sonraki pek çok düşünürü de etkilemiştir. Öyle ki Hegel'e göre düşünce, tüm eksikliklerine rağmen ancak Spinoza'nın felsefesi ile başlayabilir³. Tıpkı Hegel gibi Schelling, Fichte, Goethe, Kant gibi isimler Spinoza'nın yaklaşımına temas etmiş ya da yaklaşımından etkilenmiş kimselerdir⁴. Çok sayıda filozofu etkilemiş olan Spinoza felsefesinin ise neredeyse temas etmediği bir konu yoktur. Spinoza'nın geniş spektrumlu felsefesinin en önemli ve en temel argümanlarından biri Tanrı'nın ve doğanın aynı şey olduğuna ilişkin argümanıdır⁵.

Spinoza'ya göre Tanrı ve doğa (evren) birbiri yerine kullanılabilir iki kavramdır. Bu bağlamda Spinoza'nın evren algısının mutlak teklik üzerine şekillendiği söylenebilir.

Spinoza'nın evren algısının ve sistematik yaklaşımının temas ettiği konulardan biri de hukuk

¹ Cartwright, Mark. “Baruch Spinoza.” çev. Nizamettin Karaben. *World History Encyclopedia*. World History Encyclopedia, <https://www.worldhistory.org/trans/tr/1-22602/baruch-spinoza/>. 22 Kas 2024.

² Spinoza argümanlarını “geometrik yöntem” adı verilen bir yöntem ile kanıtlamaya çalışır. Böylelikle Spinoza mümkün olduğu kadar nesnel bir yaklaşım benimseme hedefini taşır. Öktem, Niyazi/ Türkbağ, Ahmet Ulvi, *Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet*. 7. Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 2017. s. 164.

³ Hegel Spinoza'nın mutlak töz yaklaşımının yanlış olmadığını sadece eksik olduğunu belirtir. Hegel, Georg Wilhelm Friedrich. *Lectures on The History of Philosophy* Vol III, ed. Robert Brown, Translator: Robert Brown and J. M Steward. University of California Press, California, 1990, s. 154.

⁴ Förster, Eckart ve Melamed, Yitzhak Y. *Spinoza and German Idealism*. ed. Eckart Förster ve Yitzhak Y. Melamed, Cambridge University Press, Cambridge, 2015.

⁵ Spinoza, Benedictus. *Ethica*. ed. Eyüp Çoraklı. çev. Çiğdem Dürüşken. Alfa Basım Yayım Dağıtım Ankara, 2018, s. 311.

ve adalettir. Ancak hukuka ilişkin görüşlerinin metafizik yaklaşımlarından bağımsız olarak ele alınması mümkün değildir. Spinoza'nın mutlak teklik yaklaşımının devletlerarası ilişkiler üzerindeki yansıması olarak dönemde yaşanan gelişmeleri esas alarak uluslararası hukuka dair de görüşlerini paylaştığı söylenebilir.

Bu çalışma, klasik felsefi bir bakış açısından modern bir tartışmayı ele alırken, iki temel meseleyi esas alır: İlk olarak Spinoza'nın felsefi sisteminde hak kavramı ve hak kavramının devlet kavramıyla nasıl bir ilişki kurduğu, ikinci olarak da Spinoza'nın meşhur sistematik yaklaşımının modern uluslararası hukuk ve insan hakları hukuku ilişkisini anlamak için nasıl bir bakış açısı sunduğudur. Modern dönemde insan hakları ve uluslararası hukuk arasındaki ilişki, devlet egemenliği paradigması ile evrensel haklar söylemi arasındaki gerilimle şekillenmektedir. Spinoza'nın 17. yüzyılda devlet-birey ilişkisine ve uluslararası düzene dair yaklaşımı, kendisinden yıllar sonra ortaya çıkan söz konusu gerilimi kendi bakış açısından aydınlatma potansiyeline sahiptir.

Spinoza'nın yaşadığı yıllar uluslararası hukuk adına önemli dönüm noktalarından bazılarının yaşandığı yıllardır. 1625 yılında Hugo Grotius'un "Savaş ve Barış Hukuku" isimli eseri yayımlanırken 1648 yılında Vestfalya Antlaşması imzalanmıştır. Ancak daha önemlisi şüphesiz Spinoza'nın bizzat yaşadığı somut olaylardır. Spinoza'nın yaşadığı 17. yüzyıl genel olarak kamu hukuku ve uluslararası hukuk alanında önemli fikirlerin üretilmesine katkı sağlayacak gelişmelere sahne olmuştur. Spinoza'nın doğduğu ve yaşamının önemli bir kısmını geçirdiği Hollanda Cumhuriyeti, İspanya ile 80 yıldır süren savaşının ardından 1648 yılında Münster Antlaşması ile bağımsızlığını kazanmış ve ticari ve kültürel açıdan zirve dönemini yaşamaktaydı. Hollanda politik pratikleri açısından da özgün bir yönetim biçimine sahipti. Her ilin kendi egemenliğine sahip olduğu ve bir vali (stadhouder) ve bir kurul (eyaletler) tarafından yönetildiği ve söz konusu iktidar odakları arasında ara sıra gerilimlerin yaşandığı bir politik yapı mevcuttu. Şüphesiz söz konusu politik yapı monarşik Avrupa'nın içinde dikkate değer bir istisna olarak mevcudiyetini korumaktaydı. Spinoza yetişkinliğe erişinceye dek bir valisi olmayan bir bölgede nispeten barışçıl bir ortamda yaşasa da söz konusu barışçıl ortam 1672 yılında Fransa'nın Hollanda'yı işgal etmesiyle bozulmuştur. 1672 yılında Fransız işgali ile birlikte II. William vali olarak atanmış ve cumhuriyetçi liderler tasfiye edilmiştir. Dahası Spinoza'nın yakın arkadaşı olan De Witt kardeşler de yaşananlardan sorumlu görülerek linç edilmiştir. Öte yandan dönemin Hollandasında kalvinistler ile anabaptist, antitriniyeryen ve binyılcılar olarak adlandırılan dini gruplar arasında da sürekli olarak gerilim mevcuttu. Genel olarak politik fikirlerini böyle bir dönemde şekillendiren Spinoza, ideal yönetim biçimi olarak gördüğü cumhuriyetçiliği pratik kırılğanlığını gözlemlerken Hollanda'nın genel liberal ortamını koruma çabasını da ortaya koymaktaydı⁶.

Çalışmada Spinoza'nın hukuk ve devlet teorisine ilişkin görüşlerini içeren metinler incelenmiştir. Modern dönem uluslararası hukuk ve insan hakları hukuku literatürü de karşılaştırmalı bir yaklaşımla ele alınarak Spinoza'nın görüşleriyle ilişkilendirilmiştir. Spinoza'nın uluslararası hukuka yaklaşımını ele alan çalışmalar yok denecek kadar azdır ve ilgili çalışmalar konuyu uluslararası hukukun genel bağlamında ele almaktadır. Bu çalışmada ise diğer çalışmalardan farklı

⁶ Moreau, Pierre-François, *Spinoza ve Spinozacılık*, çev. Kağan Kahveci, İstanbul: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2024, s. 3-47.

olarak Spinoza felsefesinde insan hakları ve uluslararası hukuk arasındaki ilişkinin nasıl ele alındığı sorusuna cevap aranmaktadır. Bu bakımdan son derece özgün bir çalışma olduğu belirtilmelidir.

Çalışmaya genel çerçeve oluşturması açısından öncelikle modern uluslararası hukuk ve insan hakları hukuku kavramlarının aralarındaki ilişki ve bu ilişkiye dair argümanlar irdelenecektir. Akabinde Spinoza'nın genel olarak hukuk ve adalet kavramlarına yaklaşımı ve ilgili bölümle bütünlük oluşturması amacıyla üçüncü bölümde Spinoza'nın uluslararası hukuk ile ilgili görüşleri değerlendirilecektir.

I. MODERN ULUSLARARASI HUKUKTA İNSAN HAKLARI HUKUKU VE ULUSLARARASI HUKUK İLİŞKİSİ

A. Tarihsel Gelişim

İnsan haklarının uluslararası hukukun bir parçasını oluşturması süreci, modern dönem uluslararası hukukun en önemli dönüşümlerinden biridir. İnsan hakları hukukunun gelişimi İkinci Dünya Savaşı'nın ardından son derece önemli bir ivme kazanmıştır. İkinci Dünya Savaşı'nın akabinde yaşanan gelişmeler (Nürnberg ve Tokyo yargılamaları vb.) insan haklarının evrensel bir altyapıya sahip olabileceği fikrini güçlendirmiştir. İnsan haklarına ilişkin temel meseleler modern döneme dek devlet ve ilgili devletin vatandaşları arasında cereyan eden bir hadise olarak düşünülse de modern dönemde devlet egemenliğini aşan yeni bir yaklaşım geliştirilmiştir. Bu bağlamda insan haklarının devletlerin egemenliğinden öte evrensel bir bağlama sahip olduğu düşüncesi güç kazanmıştır. Buna bağlı olarak devletler arasında pek çok sayıda insan hakları antlaşması imzalanmıştır⁷. İlgili antlaşmalar medeni, siyasal, sosyal, ekonomik haklar olmak üzere son derece geniş bir spektruma sahiptir. İlgili uluslararası antlaşmaların uluslararası ilişkilerin ve dahası uluslararası hukukun konusunu oluşturması mefhumu ise görece yenidir. Zira insan hakları hukuku ve ona ilişkin meseleler 20. yüzyılın ikinci yarısına değin neredeyse tamamen devletlerin egemenlikleri ile sınırlı bir meseleydi.

İnsan haklarının evrenselleşmesinde 1948 yılında kabul edilen İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, başlangıç noktası olarak kabul edilebilir. Bu belge, hukuki bağlayıcılığı olmasa da, daha sonra geliştirilecek olan uluslararası insan hakları rejiminin temelini oluşturmuştur. 1966 yılında kabul edilen Medeni ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi ile Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi, bu hakların pozitif hukuk normları haline gelmesini sağlamıştır. Bölgesel düzeyde ise Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (1950), Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi (1969) ve Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı (1981) gibi belgeler, insan haklarının korunması amacıyla etkin mekanizmalar kurmuştur.

B. Uluslararası Hukukta Bireyin Konumu: Tarihsel Perspektif

İnsan haklarının uluslararası hukukla ilişkisi bir bağlamda bireyin uluslararası hukuk ile ilişkisi tarihi ile bağlantılıdır. Avrupa'da yaşanan önemli siyasal gelişmelerin bir sonucu devlet egemenliğinin Kilise'den ayrılması ve modern ulus devletin temellerinin atılması sürecin en önemli aşamalarından birini oluşturmaktadır. Ulus devlet yapısının güçlenmesiyle birlikte bireylerin dini

⁷ United Nations Human Rights Office of the High Commissioner, "Ratification of 18 International Human Rights Treaties", <https://indicators.ohchr.org/>. 22 Kasım 2024.

kimliklerinden sıyrılarak bir bütünün bileşenlerini değil, tam aksine, birey olarak bir ulus devletin ayrı ayrı parçasını oluşturmaları fikri insan hakları fikrinin oluşmasına da katkı sağlamıştır.

Bireyin devletten bağımsız bir kişiliğe sahip olduğu düşüncesinin ortaya çıkışı ilk kez Salamanca Okulu düşünürleri sayesinde mümkün olmuştur. Francisca Vitoria'ya göre uluslararası hukuk insanlığın adil şekilde bir arada yaşama fikrinin bir tezahürüdür⁸.

Devam eden süreçte bireyin kişi olarak devlete karşı güç kazanması gerektiği düşüncesi ve konuya ilişkin teorik tartışmaların vücut bulması 19. yüzyılın sonlarını ve 20. yüzyılın başlarını bulmaktadır. Bu süreçte 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi ve 1791 Amerikan Haklar Bildirgesi söz konusu değişimin en önemli atılımları olarak sayılabilir. 19. yüzyıla gelindiğinde, pozitivist teori uluslararası hukukta baskın hale gelmiştir. Pozitivist yaklaşım, evrensel söylemler yerine büyük oranda devlet egemenliğinin öncelenmesine neden olmuştur. Bu dönemde yasa yapma yetkisi, monarkın mutlak takdir yetkisinden kurumsal devletin tekeline geçmiştir. Doğal hukuk yaklaşımı geri plana itilerek pozitif metinler ön plana çıkarılmış ve devlet egemenliği hukukun temel kaynağı olarak kabul edilmiştir⁹.

C. Bireyin Konumunun Güçlenmesi: 20. Yüzyılda Yaşanan Dönüşüm

20. yüzyıla gelindiğinde bireyin hem devlete karşı konumu hem de dolaylı olarak uluslararası hukuktaki yeri geçmişe nazaran önemli ölçüde değişmiştir. Geçmişte yalnızca devletlerin birer nesnesini oluşturan bireyler, bu dönemde, hakların öznesi olabilecek konuma yükselmiştir. Hiç şüphesiz yaşanan bu gelişmeler bir kurumsal yapı olarak devlete yönelik bakış açılarının değişmesinin bir sonucudur. Önemle vurgulanmalıdır ki 20. yüzyılında başlarında bile modern dönemde çok ağır yaptırımlar öngörülen soykırım ya da işkence gibi uygulamalar uluslararası hukukun konusunu oluşturmamaktaydı. Dolayısıyla devletlerin söz konusu uygulamaları devletlerin iç işleri olarak algılanmaktaydı¹⁰.

20. yüzyılın hemen başlarında Danzig Mahkemeleri Davası'nda bireylerin uluslararası antlaşmalar aracılığıyla haklara sahip olabileceği belirtilmiştir¹¹. İkinci dünya savaşının akabinde Nürnberg ve Tokyo mahkemelerinde, bireylerin uluslararası suçlardan doğrudan sorumlu tutulabilecekleri fikri ortaya çıkmıştır¹². Buna bağlı olarak bireylerin sadece hakların değil, aynı zamanda uluslararası yükümlülüklerin öznesi olabileceğini göstermiştir. Devam eden süreçte Barcelona-Traction davasında temel insan hakları *erga omnes* niteliğine vurgu yapılırken¹³ 2001 yılında LaGrand davasında bireyin uluslararası hukuk öznesi olabileceği kabul edilmiştir¹⁴.

⁸ Hafner, Gerhard, The Emancipation of the Individual from the State under International Law, in Hague Academy of International Law, Recueil des cours, vol. 358, Leiden, Brill, 2011, s. 288.

⁹ Gianelli, Alessandra. "Origins and Challenges of a Positivist Approach to International Law." *Gaetano Morelli Lectures Series*, Vol. 3, 2020, s. 39-64

¹⁰ D'Amato, Anthony. "Human Rights as Part of Customary International Law: A Plea for Change of Paradigms." *Georgia Journal of International and Comparative Law* C. 25, S.1, 2001, s. 89.

¹¹ Permanent Court of International Justice, *Jurisdiction of the Courts of Danzig*, PCIJ Series B, No. 15, Advisory Opinion, 3 March 1928, para. 35-40.

¹² Sellars, Kirsten, "Imperfect Justice at Nuremberg and Tokyo," *European Journal of International Law* C. 21, S. 4 2011, s. 1085-1102, <https://doi.org/10.1093/ejil/chq070>

¹³ International Court of Justice, *Barcelona Traction (Belg. v. Spain)*, 1970 I.C.J. 3, (Judgment of Feb. 5), para. 33-34.

¹⁴ International Court of Justice, *La Grand Case (F.R.G. V. U.S.)*, 2001 I.C.J. 466 (June 27), 2023, 494, para.77.

20.yüzyılın başlarında doktrinde, birey ve devlet arasındaki ilişkiye dair dönemin genel yaklaşımları göz önüne alındığında farklı yaklaşımlar ileri sürülmüştür. Örneğin kimi yazarlara göre birey ve devlet arasında ilişki üzerinden herhangi bir uluslararası hukuk kurgusundan bahsetmek mümkün değildir. Zira uluslararası hukuku esasen bireyler oluşturmaktadır ve devletler hem bir hayali varlık hem de hayali varlığına inanılan kurgusal yapılardır. Bu nedenle devletlerin uluslararası hukuktaki konumları bütünüyle dışlanmıştır¹⁵. Modern dönemde vurgulamak bireyin uluslararası hukuk içindeki konumuna dair literatürdeki teorik tartışmalar son derece derinleşmiştir 20. yüzyılda iki dünya savaşının yarattığı felaketlerin ardından, kimi yazarların ileri sürdüğü “Neo-Grotiyen” yaklaşımı gibi farklı yaklaşımlar, bireyin konumunu yeniden güçlendirmeye çalışmıştır. Bu bağlamda insan kişiliğinin ve temel hakların korunması uluslararası hukukun nihai amacıdır ve bu devlet egemenliğine dayalı pozitivist paradigmanın gözden geçirilmesini gerektirmektedir¹⁶. Bu dönemde devlet merkezilikle ilgili hususlar kısmen göz ardı edilmiş, kimi yazarlar tarafından bireyin konumunu pozitivist çerçevede kurtarılmaya çalışılmıştır. Ancak Raz'ın “değişim paradoksu” kavramı, uluslararası hukukun zamanla devlet merkezci yapısının yanında bireylere de önemli bir konum atfedeceği yeni yapısının umudunu taşımaktadır¹⁷.

Modern dönemde insan hakları hukukunun uluslararası hukukun bir parçası olduğu görüşü yaygın olarak kabul edilmektedir. Uluslararası Hukuk Komisyonu bu durumu “Hiçbir hukuki rejim uluslararası hukuktan soyutlanmış değildir” ifadesiyle teyit etmektedir¹⁸. İnsan haklarının uluslararası hukuk ile ilişkisi uluslararası hukukun farklı kaynakları ile ilişkisi olarak da değerlendirilebilir. İnsan haklarının uluslararası hukuk ile ilişkisinin en önemli unsuru hiç şüphesiz uluslararası antlaşmalardır. İnsan haklarının evrenselliği ya da normatif değerine ilişkin herhangi bir çalışmanın en önemli parçalarından birisi küresel çapta kaleme alınan uluslararası antlaşmalardır. Buna karşın uluslararası örf ve âdet hukuku ile insan hakları arasındaki ilişki de son derece dikkate değerdir ve uluslararası antlaşmalar kadar dikkat çekememiştir. Konuya dair literatür son derece sınırlıdır. Neredeyse ilk kapsamlı çalışmayı kaleme alan Theodor Meron'a göre insan hakları hukuku diğer uluslararası hukuk alanlarından farklıdır ve burada *opinio juris* devlet uygulamalarından daha önemli kabul edilmelidir. İnsan haklarının evrenselliği ve uluslararası örf ve âdet hukuku ile ilişkisi konusunda da farklı yaklaşımlar sunulmuştur: reddedici yaklaşım (insan haklarının uluslararası örf ve âdet hukuku ile ilişkisi olmadığını savunan), ılımlı yaklaşım (bazı insan haklarının uluslararası örf ve âdet hukuku kuralı haline geldiğini kabul eden), genişletici yaklaşım (insan haklarının bütünüyle uluslararası hukukun parçası olduğunu savunan) ve modern etik yaklaşım (insan haklarını *opinio juris* ve devlet uygulamalarından bağımsız olarak ele alan)¹⁹.

¹⁵ Manner, George. “The Object Theory of the Individual in International Law.” *The American Journal of International Law* C.46, S. 3, 1952, s. 428–449. <https://doi.org/10.2307/2194499>.

¹⁶ Gleider Hernández, “Legal Positivism and the Individual in International Law,” *The Individual in International Law*, ed. Anne Peters and Tom Sparks, Oxford: Oxford University Press, 2024, <https://doi.org/10.1093/oso/9780198898917.003.0008>, s. 167-168.

¹⁷ İlgili kavramlarla ilgili detaylı tartışma için bkz. Hernández, s. 168-188.

¹⁸ International Law Commission. *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*. A/CN.4/L.682.para. 192-193; İnsan haklarının müstakil rejim oluşturduğuna ilişkin aksi yönde bkz. De Schutter, Olivier. *International Human Rights Law*. Cambridge University Press, Cambridge, 2019, s. 35- 48.

¹⁹ William A. Schabas, *The Customary International Law of Human Rights*, Oxford: Oxford University Press, 2021,s. 9–

Bireylerin mevcut sistemde hakların “sahibi” oldukları ve norm oluşturmak yeteneklerinin olmadığını belirtmek gerekir. Bireyler, hak edinme söz konusu olduğunda pasif bir roldeyken ilgili hakların kullanılması söz konusu olduğunda aktif konuma geçerler. Bu bakımdan bireylerin yasal statülerinin hala devletlerin inisiyatifinde olduğu ve uluslararası hukuktaki konumlarının devlet filtresinden geçtikten sonra belirlendiği vurgulanmalıdır.²⁰

İnsan hakları hukukunun etkinliği, büyük ölçüde devletlerin bu haklara saygı gösterme ve koruma istekliliğine bağlıdır. Uluslararası insan hakları mekanizmaları, devletlerin iç hukuk mekanizmaları ile kıyaslandığında daha zayıf bir yaptırım gücüne sahiptir. Görüldüğü üzere insan haklarının evrensel söylemi ile devletlerin egemenliği arasında bir gerilim olduğu da yadsınamaz bir gerçektir. Söylem olarak evrensel bir yapıda olan insan haklarının tatbiki uluslararası hukukun asıl kişileri olarak devletlerin inisiyatifindedir. İkinci dünya savaşından sonra etkisini gösteren güçlü evrensel söylemin de etkisiyle insan haklarının uluslararası hukuktaki konumu daha da güçlenmiştir. Şüphesiz modern dönemde insan hakları hukuku rejimi uluslararası hukukun bir parçasını oluşturmaktadır. Ancak insan haklarının mevcut evrensel söyleminin devletlerin egemenliği ile bir gerilim oluşturduğu da yadsınamaz.

Bir sonraki bölümde Spinoza’nın egemenlik, hak ve devlet kavramlarına bakış açısı tespit edilmeye çalışılacaktır.

II. SPİNOZA FELSEFESİNDE GENEL OLARAK HAK VE DEVLET KAVRAMLARI

A. Tanrı/Doğa Özdeşliği ve Metafizik Temeller

Spinoza’nın hak ve devlet kavramları onun genel felsefi sisteminden bağımsız düşünülemez. Zira Spinoza felsefesinde her şey Tanrı’nın ya da doğanın varoluşu içinde var olur. Dolayısıyla her şey Tanrı’da mevcuttur. Diğer bir ifadeyle evrende mutlak bir teklik vardır ve Spinoza’nın ifadesiyle Tanrı ve doğa özdeşdir²¹. Kimi yazarlarca Tanrı ile doğanın özdeşliği argümanının Tanrı’nın yokluğu anlamına geldiği ileri sürülse de Hegel’in de isabetli biçimde vurguladığı üzere Spinoza doğayı yani evreni yok saymaktadır²². Zira Spinoza felsefesine göre Tanrı ile evren aynı şey ise yok olan evrendir. Spinoza’nın Tanrı/Evren yaklaşımı onun “yasa” kavramına yaklaşımının netleştirilmesi açısından önemlidir. Söz konusu yaklaşımdan hareketle Tanrı’nın evrenin dışında evrene ilişkin kurallar koyan bir yapıda olmadığı söylenebilir. Diğer bir ifadeyle Tanrı evrene içkindir ve evrene içkin olan yasalar evrenden ayrı ve bağımsız bir varlığı olan Tanrı tarafından konulmamıştır. Evren ile Tanrı aynı şeydir. Dolayısıyla evrendeki yasalar değiştirilemez²³. Ancak evrende bulunan tek yasa “değiştirilemez” nitelikteki yasa değildir. Tabiatın zorunluluğundan kaynaklanan yasaların yanında insanların daha iyi yaşayabilmelerinin önünü açan ikinci bir yasa tipi daha mevcuttur. İnsanlar tarafından konulan yasalar toplumsal yaşamı düzenlemeye amacı taşır ve arzuları sınırlama ve düzenleme fonksiyonuna

36.

²⁰ Parlett, Kate. *The Individual in the International Legal System*. Cambridge University Press, Cambridge, 2011, s. 357– 370.

²¹ *Deus Sive Natura*.

²² Hegel, s.162.

²³ Durmaz, Evrim. *Spinoza'da Hak Düşüncesi ve Bunun Temeli Olarak İfade Özgürlüğü*. Galatasaray Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi, 2014, s. 67-71.

sahiptir²⁴. Bu yaklaşıma bağlı olarak insanın tabii gücünden kaynaklanan hakları hukuk düzeninin de sınırlarını oluşturmaktadır. Ancak kimi yazarlar tarafından da vurgulandığı üzere tabii güçten anlaşılan aşkın ya da ahlaki bir güçten ziyade tamamen somut olarak bedenin gücüdür²⁵. Bir bedenin gücünün aslında doğal hakkı olduğu düşüncesi Spinoza'nın Hobbes'tan devraldığı bir yaklaşımdır²⁶.

B. Conatus ve Doğal Hak Arasındaki İlişki

Doğal hukuk yaklaşımına yakın olan Spinoza'nın hak kavramına bakışı da sistematik yaklaşımından bağımsız değildir. Zira Spinoza'ya göre doğa yasaları ya da doğal hak kavramı, her şeyin kendi varlığını sürdürme eğiliminin bir sonucudur. Diğer bir ifadeyle doğanın ilk yasası her şeyin kendi varlığını devam ettirme çabasıdır²⁷. *Conatus*²⁸ olarak bilinen bu yasa Spinoza'nın *Ethica* isimli eserinin III. Bölümünün VI. önermesinde karşımıza çıkar. Önermeye göre her şey var olduğu sürece varlığını devam ettirme çabasına sahiptir²⁹. Doğa bireyleri belli bir davranış kalıbına mecbur bırakır³⁰. Ergün'e göre Spinoza hak ve güç (potestas) kavramları arasında bir özdeşlik kurarak hakkın kaynağını aşkın bir düzlemde değil, tam aksine varlığın kendi gücünde aramaktadır³¹. Öte yandan böylesi bir özdeşleştirmenin modern insan hakları anlatısından farklı olarak hakkın evrensel ve ahlakdışı doğasına dayandığı da ileri sürülmüştür. Bu bağlamda Spinoza'ya göre haklar evrenselliğini doğal güçten almaktadır³².

Esasen *Conatus* kavramının daha iyi anlaşılabilmesi için diğer kavramlarla birlikte değerlendirilmesi daha doğru olacaktır. *Conatus*, doğanın bireyi zorunda bıraktığı dürtü iken *appetitus* kavramı³³ bireyin yaşamını sürdürme çabasının iştaha dönüşmesi, *cupiditas* kavramı³⁴ iştahın daha karmaşık bir yapıya bürünerek spesifik bir arzuya dönüşmesidir. Örneğin *conatus* bir bitkinin ışığa uzanmaya çalışması ya da insanlardaki düşme refleksine tekabül ederken *appetitus* aç bir kimsenin yemek yeme isteğidir. *Cupiditas* ise güzel bir yemek yeme isteği olarak örneklendirilebilir. *Cupiditas*'a doğru gittikçe bilinç seviyesi artar.

Söz konusu *conatus* yasasından doğan haklar, bireyin doğal haklarının da temelini oluşturur. Ancak bireylerin hakları zorunlu olarak güçleri nispetince vardır. Diğer bir ifadeyle bireyin hakkı ancak var olma gücü oranınca mevcuttur. Spinoza bu durumu ancak mevcut gerçeklikten türeyen bir

²⁴ Durmaz, s. 69-71.

²⁵ Güner, Orkun, "Tabii Yasadan Tabii Hakka: Locke ve Spinoza", *Spinoza ile Karşılaşmalar*, ed. Güçlü Ateşoğlu and Eylem Canaslan, İstanbul: Ayrıntı Yayınları, 2015, s. 188-189.

²⁶ Spinoza'nın Hobbes'tan devraldığı bu doğal hak anlayışı, klasik doğa yasası teorisine karşı çıkıyor. Gilles Deleuze, *Spinoza: İfade Problemi*, Çev: Alber Nahum, İstanbul: Norgunk Yayıncılık, 2013, s. 256-259.

²⁷ Spinoza, *Ethica*, s. 211.

²⁸ Varlığını devam ettirme dürtüsü.

²⁹ Spinoza, *Ethica*, s. 211.

³⁰ Gribnau, Hans, "The Power of Law: Spinoza's Contribution to Legal Theory May" ed. A. Santos Campos, *Spinoza and Law*, Forthcoming, Routledge, <https://ssrn.com/abstract=2608039>, s.22.

³¹ Ergün, Reyda, "Spinoza' da Hukuk ile Hak İlişkisi," *Spinoza ile Karşılaşmalar*, ed. Güçlü Ateşoğlu and Eylem Canaslan, İstanbul: Ayrıntı Yayınları, 2015, s. 131-133.

³² Akal, Cemal Bâli, "Spinoza ve Teolojik-Politik İnceleme: Hukukun Neresindeler?", *Kimlik Bedenin Hapishanesidir: Spinoza Üzerine Yazılar ve Söyleşiler*, der. Reyda Ergün ve Cemal Bâli Akal, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2011, s. 56-57.

³³ Spinoza, *Ethica*, s. 213-215.

³⁴ Spinoza, *Ethica*, s. 214.

durum olarak ele almaktadır.

C. Bireyden Devlete: Siyasal Örgütlenme

Bireyler, hayatta kalma güdüsünün bir sonucu olarak iş birliği yapma eğilimine sahiptirler. Zira hiç kimse tek başına kendisi adına tüm tehlikeleri ortadan kaldıramaz. Bireylerin *conatus*ları bireyleri bir araya gelerek iş birliği yapmaya zorlar³⁵. Söz konusu iş birliği nihayetinde daha üstün bir gücün oluşmasına neden olur ve bu şekilde devlet ortaya çıkar. Devleti oluşturan bireylerin sayısı ne kadar artarsa devletin gücü de o kadar artar. Söz konusu güçlerin bir araya gelmiş hali “toplumsal hak” olarak adlandırılır ve ilgili kavram devletlerin egemenliğinin temel çekirdeğini oluşturur³⁶.

Devlet bireylerin güvenlik ihtiyaçlarının bir sonucu olarak ortaya çıkmıştır. Ancak Spinoza’ya göre devlet, kendisine vücut veren bireylerin oluşturduğu başka bir bireydir³⁷. Dolayısıyla devletin adil ya da adaletsizlik olduğu durumlarda devlet bireyler adına bu yükü üstlenmektedir³⁸. Söz konusu tespitlerden anlaşıldığı gibi Spinoza’ya göre evrensel yasa tek yasa değildir. Evrensel yasaların yanında bireylerin kendi iradelerinin bir sonucu olarak oluşturdukları yasalar da mevcuttur. Her iki yasa tipi aynı anda mevcut olabilir. Bu bağlamda adalet ya da adaletsizliğin ortaya çıkmasına neden olan yasalar pozitif yasalar ve pozitif yasaların doğal haklarla çelişmemesi gerekir. Eğer pozitif yasalar ile doğal haklar ile uyumsuz olursa ortaya çelişki ortaya çıkacaktır. Söz konusu durumun bir sorun yaratması kaçınılmazdır ve bu bağlamda ortaya çıkan sorunlar doğal yasalardan uzaklaşmanın bir sonucudur³⁹.

Bireylerin kendi güvenliklerini sağlamaları ve doğalarına uygun yaşayabilmeleri devlet tarafından sağlanır. Buna bağlı olarak devlet demokrat ve özgürlükçü olmalıdır. Zira devlet yasakçı bir yaklaşıma sahip olursa bireyler doğalarına uygun yaşam alanına sahip olamaz⁴⁰. Devletlerin uyguladığı pozitif yasalar meşruiyetlerini toplum sözleşmesinden alırlar. Devletler doğal hakları ortadan kaldırmak yerine bireylerin güvenliklerini sağlayarak toplumsal yaşamı düzenlerler⁴¹. Ancak önemle vurgulamak gerekir ki bireyler toplum sözleşmesi aracılığıyla haklarının tamamı hakkında inisiyatif alma yetkisini devlete devretmez⁴². Öyle ki hiçbir birey hiçbir devlete kendisini insan olmaktan çıkaracak bir yetki veremez. Bu yaklaşım aynı zamanda Bluntschli’nin Spinoza’yı ifade özgürlüğü ve modern temel hakların ilk savunucularından birisi olarak görmesinin de temelini oluşturur⁴³. Spinoza bu durumu örneklerdirken bireylerin duygusal reaksiyonlarından vazgeçmelerinin mümkün olmadığına atıf yapar. Örneğin, hiçbir devlet, kendi vatandaşlarına, kendilerine yapılan haksızlıklara karşı gelinmemesini, kendilerine edilen hakaretten etkilenmemelerini ya da yaşamlarının tamamında korkularıyla yaşamaya devam etmelerini

³⁵ Gribnau, s. 22-24.

³⁶ Gribnau, s. 22-24.

³⁷ Gribnau, s. 22-24.

³⁸ Spinoza, *Ethica*, Bölüm II, Tanım VII.

³⁹ Gribnau, s.24-27.

⁴⁰ Spinoza, Benedictus de. *Teolojik-Politik İnceleme*. Çev: Cemal Bali Akal ve Reyda Ergün, 3. Baskı, Dost Kitabevi Yayınları, 2016, Bölüm XVI.

⁴¹ Spinoza, “Teolojik-Politik İnceleme,” Bölüm XVI.

⁴² Spinoza, “Teolojik-Politik İnceleme,” Bölüm XVII.

⁴³ Güngören Bulgan, Birden, “Hegel’den Jellinek’e Devlet Teorisinde Spinoza” *Spinoza ile Karşılaşmalar*, ed. Güçlü Ateşoğlu and Eylem Canaslan, (İstanbul: Ayrıntı Yayınları, 2015), s. 142.

buyuramaz⁴⁴.

Örneğin Spinoza'ya göre bireylerin düşüncelerinin sınırlandırılması ve yasaklanması imkânsız olduğu için devletlerin bu bağlamda ifade özgürlüğünü yasaklaması anlamsızdır. Dahası devletin amacı korkutmak değil özgürleştirmektedir. Devletin baskısının şiddetlenmesi devletin zayıflamasına neden olur⁴⁵. Spinoza'ya göre düşünce ve ifade özgürlüğü nihayetinde devletlerin yararına sonuç verir. Zira açık fikirli, eleştirel ortam devletin akılcılığını ve rasyonelitesini arttırarak kötü yönetimi engeller. Öte yandan vatandaşların düşüncelerinin devlet tarafından bastırılması vatandaşların ikiyüzlü bireyler olmalarının önünü açar, dalkavukluğu arttırır ve dürüst vatandaşlar devlete düşman hale gelir⁴⁶. Öte yandan Hobbes'un "insan insanın kurdudur" yaklaşımını "insan, insan için Tanrı'dır" yaklaşımına çeviren Spinoza'ya göre birey için ideal siyasal yaşam savaş, dini baskı ya da batıl inancın olmadığı toplumda yaşamaktır⁴⁷. Dolayısıyla bireyin devletle uyum içinde yaşamasının yolu devletin rasyonelliğini ve bireyi özgürleştirici tutumunu arttırmasıyla ilişkilidir.

Spinoza'nın ifade özgürlüğü konusundaki görüşlerinden hareketle insan haklarına dair görüşlerine dair çıkarım yapmak mümkündür. Spinoza'ya göre ifade özgürlüğü, toplumun güvenliği ve huzuruyla sınırlı olmak kaydıyla demokratik bir haktır⁴⁸. Bu bakımdan nefret söylemleri gibi toplumsal barışı olumsuz etkileyebilecek ifadeler ifade özgürlüğünün kapsamının dışında olmalıdır ve devlet bu durumlar haricinde ifade özgürlüğünü sınırlandırmamalıdır. Bunun yanında ifade özgürlüğü tamamen baskı altına alınamaz⁴⁹. Spinoza'nın ifade özgürlüğü, ifade özgürlüğünün sınırlarına ilişkin tespitlerinin günümüz AİHM içtihatlarıyla uyumlu olduğu belirtilmelidir⁵⁰.

Görüldüğü üzere Spinoza açısından devletlerin kurulması bir süreç işidir ve toplum sözleşmesi ile aniden kurulmaz. Devletlerin yasakçı bir zihniyet tarafından yönetilmesi bireylerin varoluşlarını gerçekleştirmelerini imkânsız kılar. Bu nedenle devletler neredeyse bireylerin bireysel öykülerinde bir araç işlevi görür. Spinoza'nın devlet kurgusu geniş katılımlı, liberal bir yaklaşımla bireylerin kendi var oluşları içinde anlam dünyalarını inşa etmelerine izin veren bir kurumsal yapıdır. Ancak Spinoza'nın modern liberal devlet teorilerinden ayrıştığını ve meşruiyet ideallerinin ötesinde toplumsallığın ve hukukun maddi temellerine ve güç ilişkilerine odaklandığını belirtmek gerekir. Ancak Spinoza için en ideal yönetim biçiminin demokrasi olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Söz konusu yaklaşımını Yahudi devletinin yönetim pratiklerini örneklendirerek desteklemektedir⁵¹.

Spinoza'da hak ve devlet kavramları arasında kurulan ilişki büyük oranda politik gerçekçiliğin erken bir örneğini teşkil eder. Spinoza'ya göre devletin yaptığı gücünün sınırı, bireylerin güçlerinin bir sınırını teşkil eder. Spinoza'nın devlet kurgusu bireylerin anlam dünyalarını inşa etmelerini mümkün kılan bir kurumsal yapıdır. Hatta haklar devlet tarafından tanınmasa bile zaten mevcuttur ve güç odaklı hak anlayışının bir sonucu olarak bireylerin haklarının korunması hukuki

⁴⁴ Spinoza, "Teolojik-Politik İnceleme," Bölüm XVII.

⁴⁵ Baruch Spinoza, "Teolojik-Politik İnceleme," Bölüm XX.

⁴⁶ Baruch Spinoza, "Teolojik-Politik İnceleme," Bölüm XX.

⁴⁷ Tatian, Diego, *Spinoza. Bir Başlangıç*, Çev: Ali Dokuzlu, Ankara: Dost Kitabevi Yayınları, 2019, s. 66.

⁴⁸ Durmaz, s. 125-136.

⁴⁹ Durmaz, s. 125-136.

⁵⁰ Durmaz, s. 125-136.

⁵¹ Balanuye, Çetin, *Spinoza: Bir Hakikat İfadesi*, İstanbul: Say Yayınları, 2012, s. 238-249.

bir meseleden ziyade politik bir mesele olarak da algılanabilir⁵².

Devletler yargı yetkisi altındaki kişiler ve diğer uluslararası hukuk kişileri ile etkileşime girme kapasitesine sahip büyük bir kurumsal yapıdır. Spinoza'nın devlet kurgusu, uluslararası hukuk yaklaşımının anlaşılabilmesi adına kritik bir öneme sahiptir. Zira devletler uluslararası hukukun asıl kişileridir. Bu bağlamda Spinoza'nın uluslararası hukuk ile ilgili görüşleri değerlendirilecektir.

III. SPİNOZA'NIN ULUSLARARASI HUKUKA BAKIŞI

Hersch Lauterpacht 1927 yılında yayımladığı bir makalesinde Spinoza'nın uluslararası hukuka ilişkin görüşlerinin 1500 kelimeyi geçmeyecek kadar kısa olduğunu belirtmiştir⁵³. Lauterpacht'a göre Spinoza'nın teoloji, felsefe gibi konulardaki görüşleri nedeniyle uluslararası hukuka ilişkin görüşleri gölgede kalmıştır. Ancak Spinoza'nın görüşleri sıradışıdır. Lauterpacht Spinoza'nın görüşlerini üç ana başlık altında toplar: Devletlerin doğa durumunda olması, uluslararası antlaşmalara uyma zorunluluğunun bulunmaması ve devlet aklı fikirlerinin formülasyonu⁵⁴. Spinoza, uluslararası antlaşmaların, antlaşmayı ortaya çıkaran koşullar ortadan kalkıncaya dek geçerli olacağını savunur. Lauterpacht'a göre Spinoza'nın örneğin antlaşmalara uyma zorunluluğunun olmadığı argümanı⁵⁵ ne hukuki ne de ahlaki olarak savunulabilir niteliktedir. Zira uluslararası antlaşmalar uluslararası hukukun en temel uzlaşma araçlarından biridir. Spinoza'nın bireyler için öngördüğü yaklaşımlarının devletlerarası sorunların çözümüne uygulamaması onu uluslararası hukukta başarısız kılar. Devletlerin doğa durumunda kaldığı tespitine bağlı kalması ise kaotik bir uluslararası hukuk öngörüsüne zemin hazırlamaktadır⁵⁶. Zira doğa durumu herhangi bir hukuki zorunluluğun olmadığı bir hal olarak betimlenir⁵⁷.

Esasen Spinoza'nın kurgusu, en fazla devlet düzeyinde bir merkezi otorite öngörüsünden ibarettir. Spinoza, devletlerin bireylere karşı özgürlükçü olmasına büyük önem verse de devletlerin birbirleri arasındaki ilişkide aynı bakış açısını savunmamaktadır. Literatürde Spinoza'nın görüşleri birbiriyle uzlaşmaz iki farklı yaklaşım şeklinde yorumlanmaktadır. Kimi yazarlara göre Spinoza uluslararası hukuku Makyavelist bir bakış açısıyla kimi yazarlara göre ise Kant'tan önce Kant idealizmiyle ele alır⁵⁸. Spinoza'nın yaklaşımlarına dair fikir ayrılıkları, onun, savaş ve barışa ilişkin argümanlarında gözlemlenebilir. Spinoza savaşın barış amacıyla yapılabileceğini söyler⁵⁹. Ona göre barış nihai hedeftir ancak bazı durumlarda düşmanın şehirlerinin yok edilmesi ve sakinlerinin sürgün edilmesi mümkün olabilir⁶⁰. Spinoza'ya göre devletlerarası ilişkilerdeki çözümlerde gözlemlenen

⁵² Ergün, s.132-136.

⁵³ Lauterpacht, Hersch. "Spinoza and International Law." *British Yearbook of International Law*, C.8, 1927, s. 89-107.

⁵⁴ Lauterpacht, s. 92-93.

⁵⁵ Bu konuda farklı görüşlerin olduğunu belirtmek gerekir. Örneğin Güneysu'ya göre Spinoza'nın uluslararası antlaşmalara sadık kalınmayabileceğine dair görüşleri, genel olarak "doğa durumu"nda olan devletler açısından izin verilen bir durumdur. Güneysu, Gökhan. "Spinoza and International Law: Bleak Take on Self-Help or a Strong Belief in Humanity." *Kaygı. Bursa Uludağ Üniversitesi Fen-Edebiyat Fakültesi Felsefe Dergisi*, S. 28, 2017, s. 178-179.

⁵⁶ Lauterpacht, s. 102-107.

⁵⁷ Munro, André. "State of nature". *Encyclopedia Britannica*, 30 Oct. 2024, <https://www.britannica.com/topic/state-of-nature-political-theory>. 28 Kasım 2024.

⁵⁸ Angeli, Oliviero. "Il Timore della Guerra Giusta le Vie della Pace nella Filosofia Politica di Baruch Spinoza." *Ethic@*, C. 4, S. 2, 2005, s. 97-98.

⁵⁹ Spinoza, *Political Treatise*, VI.35.

⁶⁰ Spinoza, *Political Treatise*, VI.35.

keyfilik Machiavelli'nin yaklaşımlarını hatırlatır⁶¹. Görüldüğü üzere Spinoza devletlerarası ilişkilerde ahlaki bakışı reddeder. Bu yaklaşım, Hegel'in de uluslararası hukuk söz konusu olduğunda özellikle etkilendiği noktadır ve her iki yazarın benzeştiği noktalar göz önüne alınırsa uluslararası hukuk açısından Hegel Spinoza'nın takipçisi olarak değerlendirilebilir⁶². Ancak önemle vurgulamak gerekir ki Spinoza'nın devletlerarası ilişkilerde ahlaki değerleri dışlaması, onun tamamen çatışmacı bir bakışa sahip olduğu anlamına gelmez. Spinoza'ya göre aristokrasilerde ve monarşilerde yönetici sınıfta bulunan kimselerin devletin gücünü ölçülü kullanması gerekir⁶³.

Spinoza, devletlerarası çıkar çatışmalarının sert, gerçekçi ve acımasız yapısına vurgu yaparak felsefî ve ahlaki referansların faydasız olduğu kanaatine sahip olduğunu ortaya koymaktadır. Ona göre ahlaki vurgular devletlerin uygulamalarında anlamlı bir değişikliğe neden olmaz. Hatta bir adım daha öteye giderek uluslararası ilişkiler söz konusu olduğunda “hukuk” ifadesinin kullanılması ancak “ad nominale (ismen)” bir anlam taşımaktadır. Gerçekte tatbik edilen somut uygulamaların yanında hukuk ya da ahlak vurgusu son derece yüzeysel bir soyutluktur⁶⁴.

Esasen uluslararası hukukta uluslararası hukuk kişileri arasındaki uzlaşısı son derece kritik bir öneme sahiptir. Uluslararası hukukun seyri, uluslararası hukukun asıl kişileri olarak devletlerin iradelerinden önemli ölçüde etkilenir. Bu bağlamda uluslararası hukuk, devletlerin birbirleriyle çelişen çıkarlarının iradelerinin uyuşması sonucu uzlaşısı noktasında belirlenmesini mümkün kılar. Ancak Spinoza'ya göre devletlerarası uzlaşısı inandırıcı bir kavram değildir. Devletler “kayıp” ve “kazanç” bağlamında sürekli olarak yeni çıkar gruplarına dahil olabilir ve söz konusu yaklaşım nedeniyle diğer uzlaşılardan kolaylıkla vazgeçebilir⁶⁵. Hatta bir devlet diğer bir devletin çıkarları gereği bir önceki uzlaşısından vazgeçtiğinde yakınma hakkına sahip değildir. İlgili devlet sorunu kendi “akılsızlığında” aramalıdır⁶⁶.

Görüldüğü üzere Spinoza gerek uluslararası insancıl hukuk kurallarına gerek uluslararası antlaşmalar hukukunun genel yapısına yönelik ciddi eleştirilerde bulunmaktadır. Esasen Spinoza'nın yaklaşımının tam olarak nasıl yorumlanması gerektiği de tartışmalıdır. Bu duruma yönelik literatürde üç temel yaklaşımın bulunduğunu belirtmek gerekir.

Kimi yazarlar Spinoza'nın yaklaşımını yorumlamak için “devlet akli (raison d'etat)” kavramına ihtiyaç duyar. Spinoza'nın dünya algısında devletler yalnızca kendi çıkarlarını ön planda tutarlar ve bu nedenle uluslararası hukuk gibi çıkarlarını kısıtlayıcı kurallar içeren yapılara uyma eğilimi göstermezler. İkinci yorum Spinoza'nın ideal bir sistem önerisinde bulunmak yerine yalnızca mevcut sistem ile ilgili eleştirilerini dile getirdiğine dikkat çeker. Spinoza yalnızca realist bir bakış açısıyla idealizmle arasına mesafe koymaktadır ve adeta yaşananların fotoğrafını çekmektedir. Son yorum, Spinoza'nın Hollanda'nın çıkarlarını korumak amacıyla yürüttüğü faaliyetleri göz önünde bulundurarak uluslararası hukukun kaotik bir yapıya sahip olduğuna ikna olduğunu belirtmektedir⁶⁷.

⁶¹ Angeli, s. 98-101.

⁶² Bulgan, s. 140.

⁶³ Bulgan, s. 142.

⁶⁴ Angeli, s. 98-101.

⁶⁵ Spinoza, Political Treatise, III, XIV.

⁶⁶ Spinoza, Political Treatise, III, XIV.

⁶⁷ Angeli, s. 101-103.

Esasen Spinoza'nın özel olarak uluslararası hukuka dair bir teorisi yoktur⁶⁸. Ancak genel olarak politik kuramından uluslararası hukuka dair görüşlerine ilişkin çıkarımlar yapılabilir. Bu tespitten hareketle Spinoza'nın yaklaşımı, egemenliğe ilişkin düşüncelerinin netleştirilmesi ile mümkün olabilir. Spinoza egemenliği, bir başka deyişle, bireylerin aynı hukuka tabi olmalarını “sanki tek bir zihin” gibi yönetilmeleri olarak adlandırmaktadır⁶⁹. Bu bağlamda egemen devlet sadece fiziksel güce (potestas) değil aynı zamanda bireylerin zihin dünyalarını etkileme gücüne (potentia) de sahip olmalıdır. Bu bağlamda egemenlik, bireylerin güçlerinin egemene devriyle ortaya çıkar ve bu süreç devletlerin birbirleriyle kurdukları ittifaklara benzetilebilir. Ancak her iki süreç içinde önemli bir fark vardır⁷⁰. Devletler uluslararası ilişkilerinde kurdukları ittifaklarında bireylerin yaptığı nispette bir güç devri yapmazlar ve egemenliklerinden vazgeçmezler⁷¹. Egemenlik “sui iuris” (kendisinin efendisi olmak) kavramı ile ilişkilidir ve devletler bireylerin aksine bir başka kuruma böyle bir devir gerçekleştirmez. Bu bağlamda egemenlik devletin bünyesinde kalmaya devam eder⁷².

Sonuç olarak Spinoza'nın uluslararası hukuk yaklaşımı pozitivist değil natüralisttir ve devletler rasyonel değil, irrasyonel motivasyonlarla hareket eden yapılardır. Devletler arasında doğal bir düşmanlık olduğu için birbirleriyle yapacakları iş birlikleri geçici ve yüzeyseldir. Buna bağlı olarak uluslararası alanda ahlaki değerler ya da evrensel kamuoyu gibi kavramlar reddedilir. Devletler kendi güvenliklerini ve çıkarlarının maksimizasyonunu her zaman ön planda tutmaya devam eden yapılar olarak görülmektedir⁷³.

SONUÇ

Spinoza'nın insan haklarına bakışının modern insan hakları paradigması çerçevesinde değerlendirilmesi anakronik bir hata olarak görünebilir. Zira insan hakları hukuku son derece genç bir alandır. Ancak filozofun genel olarak evren algısı ve politik yaklaşımlarından hareketle insan hakları ve uluslararası hukuk arasındaki ilişkinin yapısal sorunlarına dair kimi çıkarımlar yapılabilir.

Öncelikle insan hakları düşüncesi, bireyin devlet karşısındaki konumunun güçlenmesi ile paralel olarak gelişmiştir. Bireylerin yalnızca bir sayıdan ibaret olduğu ve ancak devletin nesnesi olabildikleri konumda herhangi bir hakka sahip olamayacakları açıktır. Böyle bir düzlemde devletler haricinde başka herhangi bir uluslararası hukuk kişisine yer yoktur. Ancak bireyler devletlere karşı güç kazanarak uluslararası hukukun içinde yer almakta ve hak taleplerini yine devletlere karşı ileri sürmektedir. Günümüzde uluslararası hukukun içinde yer alan insan hakları mekanizmalarının etki ve yaptırım güçlerinin devletlerin egemenlikleri ile sınırlı olduğu vurgulanmalıdır. Bu bağlamda herhangi bir devlet egemenliği gereği iradesini farklı bir yönde kullanarak insan hakları mekanizmalarını yok sayabilir.

⁶⁸ Dahlbeck, Moa De Lucia. *Spinoza, Ecology and International Law*. 1st ed. Taylor and Francis, 2018. Web. 14 Oct. 2022, s. 118-140.

⁶⁹ Spinoza, Benedictus. *Political Treatise*, II, XVI.

⁷⁰ Dahlbeck, s. 126-128.

⁷¹ Spinoza. *Theological-Political Treatise*. ed. Jonathan Israel, Cambridge University Press, 2007, para. 16, s. 203

⁷² Dahlbeck, s. 118-140.

⁷³ Altwicker, Tilmann. “The International Legal Argument in Spinoza.” *System, Order, and International Law: The Early History of International Legal Thought from Machiavelli to Hegel*, ed. Stefan Kadelbach vd., Oxford University Press, Oxford, 2017, s. 183-198.

Söz konusu bağlam içinde Spinoza'nın insan haklarını birey ve devlet arasında tatbik edilen bir yapı olarak gördüğü sonucuna ulaşılabilir. Zira ifade özgürlüğü örneğinden hareketle hakların yalnızca ilgili devlete karşı ileri sürülebileceği argümanı önemlidir. Bu bağlamda insan haklarının uluslararası ilişkiler ile herhangi bir münasebeti yoktur.

Zira Spinoza'nın uluslararası hukuk yaklaşımı idealizmden uzak bir realizm ile bezenmiştir. Devletlerin birbirleriyle yaptıkları antlaşmalar geçici ve çıkar odaklıdır. Söz konusu antlaşmaların insan haklarını esas almasının herhangi bir önemi yoktur, zira uluslararası antlaşmalar geçicidir.

Uluslararası insancıl hukuk perspektifinden değerlendirildiğinde, silahlı çatışmaların barışın tesisi amacıyla sonlandırılması, bireysel hakların ikincil konuma itilmesine meşruiyet kazandırabilmektedir. Bu yaklaşım, ilk bakışta insancıl hukukun temel ilkelerine karşı bir tavır olarak algılanabilse de aslında söz konusu argüman, uluslararası ilişkiler düzleminde bireysel hakların sistematik olarak ihmal edildiği gerçeğini belirgin biçimde gözler önüne sermektedir.

Spinoza devlet egemenliğini önceleyen yaklaşımıyla evrensel herhangi bir söylemin devlet egemenliğini aşındırmasına izin vermez⁷⁴. Bu bakımdan insan hakları söyleminin uluslararası hukuk üzerinde herhangi bir yansıması olamaz. İnsan hakları devletlerin mümkün kıldığı ölçüde ve biçimde tatbik edilebilen unsurlar olarak devletlerin sınırları içinde hapsolmaktadır. Ne başka bir devlet ne de başka bir evrensel unsur devletlerin fiziki sınırlarından içeri, egemenliğini kısıtlayacak biçimde sızamaz. Bu bakımdan Spinoza'nın insan hakları ve uluslararası hukuk yaklaşımı modern dönem literatürü göz önüne alındığında pozitivizme yakındır ve insan hakları uluslararası hukukun bir parçası değildir.

KAYNAKÇA

- Akal, Cemal Bâli. "Spinoza ve Teolojik-Politik İnceleme: Hukukun Neresindeler?" *Kimlik Bedenin Hapishanesidir: Spinoza Üzerine Yazılar ve Söyleşiler*, Editör Reyda Ergün ve Cemal Bâli Akal, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2011.
- Altwick, Tilmann. "The International Legal Argument in Spinoza." *System, Order, and International Law: The Early History of International Legal Thought from Machiavelli to Hegel*, Editör Stefan Kadelbach ve diğerleri, Oxford UP, Oxford, 2017, s. 183-198.
- Angeli, Oliviero. "Il Timore della Guerra Giusta le Vie della Pace nella Filosofia Politica di Baruch Spinoza." *Ethic@*, C. 4, S. 2, 2005, s. 97-109.

⁷⁴ Esasen bu konuda farklı yaklaşımlar olduğunu belirtmek gerekir. Akal'a göre iki farklı Spinoza okuması mevcuttur. Birincisi devlet egemenliğine önem veren ve modernizme sıkı sıkıya bağlı Spinoza, ikincisi devletlerden ziyade haklara önem veren ve din, dil, ırktan bağımsız evrensel söylemler üreten Spinoza'dır. Daha detaylı bilgi için bkz. Yücel Kayıran, "Spinoza'da Tekilden Çoğula Geçilmez: Tekil, Tekillikler İçinde Düşünülür, Cemal Bâli Akal ile Söyleşi," *Kimlik Bedenin Hapishanesidir: Spinoza Üzerine Yazılar ve Söyleşiler*, editör Reyda Ergün ve Cemal Bâli Akal, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2011, s. 133-143.

- Ateşoğlu, Güçlü ve Eylem Canaslan, ed. *Spinoza ile Karşılaşmalar*. Felsefe Dizisi 7. İstanbul: Ayrıntı Yayınları, 2015.
- Balanuye, Çetin. *Spinoza: Bir Hakikat İfadesi*. İstanbul: Say Yayınları, 2012.
- Cartwright, Mark. "Baruch Spinoza." Çev. Nizamettin Karaben, World History Encyclopedia, 29 Ocak 2024, www.worldhistory.org/Baruch_Spinoza/.
- D'Amato, Anthony "Human Rights as Part of Customary International Law: A Plea for Change of Paradigms." *Georgia Journal of International and Comparative Law*, C. 47, 2001, s. 47-98.
- Dahlbeck, Moa De Lucia. *Spinoza, Ecology and International Law*. Taylor and Francis, 2018.
- Deleuze, Gilles. *Spinoza: İfade Problemi*. Çev. Alber Nahum. İstanbul: Norgunk Yayıncılık, 2013.
- Durmaz, Evrim. *Spinoza'da Hak Düşüncesi ve Bunun Temeli Olarak İfade Özgürlüğü*. Galatasaray Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi, 2014.
- Förster, Eckart ve Melamed, Yitzhak Y. *Spinoza and German Idealism*. Cambridge University Press, Cambridge 2015.
- Gianelli, Alessandra. "Origins and Challenges of a Positivist Approach to International Law." Gaetano Morelli Lectures Series, C. 3, 2020, ss. 39-64.
- Gribnau, Hans. "The Power of Law: Spinoza's Contribution to Legal Theory." *Spinoza and Law*, Editör A. Santos Campos, Routledge, New York, 2015.
- Güneysu, Gökhan. "Spinoza and International Law: Bleak Take on Self-Help or a Strong Belief in Humanity?" *Kaygı Uludağ Üniversitesi Fen-Edebiyat Fakültesi Felsefe Dergisi*, sayı 28, 2017, ss. 173-180.
- Hafner, Gerhard. "The Emancipation of the Individual from the State under International Law." *Recueil des cours*, cilt 358, Brill, 2011.
- Hegel, Georg Wilhelm Friedrich. *Lectures on The History of Philosophy Vol III*. Editör Robert Brown, çev. Robert Brown ve J. M. Steward, University of California Press, Berkeley, 1990.
- Hernández, Gleider. "Legal Positivism and the Individual in International Law." *The Individual in International Law*, Editör Anne Peters and Tom Sparks. *The History and Theory of International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2024. Online edition, Oxford Academic, April 30, 2024. <https://doi.org/10.1093/oso/9780198898917.003.0008>.
- Lauterpacht, Hersch. "Spinoza and International Law." *British Year Book of International Law*, cilt 8, 1927, ss. 89-107.
- Moreau, Pierre-François. *Spinoza ve Spinozacılık*. Çev. Kağan Kahveci. İstanbul: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2024.

- Manner, George. "The Object Theory of the Individual in International Law." *The American Journal of International Law* C. 46, S. 3, 1952, 428–449. <https://doi.org/10.2307/2194499>.
- Munro, André. "State of Nature." Encyclopedia Britannica, 30 Ekim 2024, www.britannica.com/topic/state-of-nature-political-theory.
- Öktem, Niyazi ve Ahmet Ulvi Türkbağ. *Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet*. 7. baskı, Der Yayınları, İstanbul, 2017.
- Parlett, Kate. *The Individual in the International Legal System*. Cambridge University Press, Cambridge, 2011.
- Schabas, William A. *The Customary International Law of Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2021.
- Schutter, Olivier De. *International Human Rights Law*. Cambridge University Press, Cambridge, 2019.
- Sellers, Kirsten. "Imperfect Justice at Nuremberg and Tokyo." *European Journal of International Law* C. 21, S. 4, 2011, 1085-1102. <https://doi.org/10.1093/ejil/chq070>.
- Spinoza, Benedictus. *Ethica*. Çev. Çiğdem Dürüşken, Editör Çiğdem Dürüşken, Alfa Basım, İstanbul, 2018.
- Spinoza, Benedictus. *Political Treatise*. Cambridge University Press, Cambridge, 2000.
- Spinoza, Benedictus. Teolojik-Politik İnceleme. Çev. Cemal Bali Akal ve Reyda Ergün, Dost Kitabevi, Ankara, 2016.
- Spinoza, Benedictus. *Theological-Political Treatise*. Editör Jonathan Israel, Cambridge University Press, 2007.
- United Nations Human Rights Office of the High Commissioner. "Ratification of 18 International Human Rights Treaties." 22 Kasım 2024, indicators.ohchr.org/.
- Tatian, Diego. *Spinoza. Bir Başlangıç*. Çev. Ali Dokuzlu. Ankara: Dost Kitabevi Yayınları, 2019. Mahkeme Kararları:
- International Court of Justice. Barcelona Traction (Belgium v. Spain). 1970 I.C.J. 3, 5 Şubat 1970.
- International Court of Justice. La Grand Case (Germany v. United States). 2001 I.C.J. 466, 27 Haziran 2001.
- Permanent Court of International Justice. Jurisdiction of the Courts of Danzig. PCIJ Series B, No. 15, 3 Mart 1928.

The Proliferation of Armed Drones and Its Reflections on International Law: New Challenges to the Paradigm of the Use of Force during the US Drone Era

Muhammed Beheşti AYDOĞAN^{1*} 

¹Boğaziçi Üniversitesi, Türkiye

Makale Bilgisi

Makale Geçmişi

Geliş: 28.12.2024

Kabul: 27.06.2025

Yayın: 30.06.2025

Anahtar Kelimeleri:

Armed Drones, Armed Non-State Actors, Riskless Resort to Force, Self-Defense, US Drone Era.

ABSTRACT

Over the past decades, armed drones have begun to form an important part of the extraterritorial use of force as well as the use of force in internal affairs. The increasing use and proliferation of armed drones have created a new discussion/problem in the legal scholarship, especially in international law. For international law, its scholars mostly focused on the international human rights law and the law of armed conflict issues, as the most visible effect of the use of armed drones until now has been civilian casualties/losses. However, the slightly growing interest in the literature on the relation between the use of armed drones in international relations and jus ad bellum indicates the importance of the use of armed drones for jus ad bellum. At this point the question of this research arises, which is, whether the availability of armed drones changed the use of force paradigm and will strengthen the permissive views, especially in the context of the US drone era.

Silahlı Dronların Yaygınlaşması ve Bunun Uluslararası Hukuka Yansımaları: ABD SİHA Döneminde Kuvvet Kullanma Paradigmasına Yeni Meydan Okumalar

Article Info

Article History

Received: 28.12.2024

Accepted: 27.06.2025

Published: 30.06.2025

Keywords:

Silahlı Devlet Dışı Aktörler, Risksiz Kuvvet Kullanımı, ABD SİHA Dönemi, Silahlı İnsansız Hava Araçları, Meşru Müdafaa.

ÖZET

Son yıllarda silahlı dronlar (silahlı insansız hava araçları) sınır ötesinde ve sınır içindeki kuvvet kullanımlarının önemli bir parçasını oluşturmaya başladı. Silahlı dronların (SİHAların) gittikçe artan kullanımı ve yaygınlaşması, hukuk literatüründe -özellikle de uluslararası hukuk literatüründe- yeni bir tartışmalar ve problemler yarattı. Bu zamana kadar silahlı dronların (SİHAların) kullanımının en görünür etkisi sivil kayıpları olduğundan dolayı, uluslararası hukuk hocaları çoğunlukla uluslararası insan hakları hukukuna ve silahlı çatışma hukukuna dair meselelere odaklandı. Literatürde uluslararası ilişkilerde silahlı dron (SİHA) kullanımı ve jus ad bellum arasındaki ilişkiye dair az da olsa artan ilgi silahlı dron (SİHA) kullanımının jus ad bellum için önemine işaret ediyor. Bu noktada, bu araştırmanın sorusu ortaya çıkıyor: ABD SİHA dönemi bağlamında incelendiğinde, silahlı dronların (SİHAların) mevcudiyeti kuvvet kullanım paradigmasında bir değişiklik yaptı mı ve bu durum müsamahakar görüşleri güçlendirecek mi?

To cite this article:

Aydoğan, M. B. (2025). "The Proliferation of Armed Drones and Its Reflections on International Law: New Challenges to the Paradigm of the Use of Force during the US Drone Era", *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 8(1), s. 327-368. <https://doi.org/10.51120/NEUHFD.2025.156>

*Sorumlu Yazar: Muhammed Beheşti Aydoğan, Behesti.aydogan@bogazici.edu.tr.



This article is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License (CC BY-NC 4.0)

INTRODUCTION

During Obama's presidency, armed drones began to form an important part of the extraterritorial use of force as well as the use of force in internal affairs. The increasing use and proliferation of armed drones created a new discussion/problem in the legal scholarship, especially in international law. For international law, its scholars mostly focused on the international human rights law¹ and the law of armed conflict² issues, as the most visible effect of the use of armed drones until 2017 was civilian casualties/losses.³ However, a group of scholars pointed out the need to analyse the effects of the use of armed drones on the other fields of international law.⁴ As one piece of research says, the use of armed drones can be considered as 'a fresh challenge'⁵ to *jus ad bellum*. Kolb, although he does not go further, notes that 'the pace is set for a race to automated warfare'.⁶ However, unlike other means of possible automated warfare, like killer robots, armed drones are unlikely to be a part of the discussion about prohibition as neither states are willing⁷ to abandon them nor do their characteristics require such a conclusion though a prominent legal scholar suggested that drones should be banned^{8,9}.

There has been a growing interest¹⁰ in the literature on the relation between the use of drones

¹ See Heyns Christof et al. "The International Law Framework Regulating the Use of Armed Drones." *International & Comparative Law Quarterly*, Vol. 65, No.4, 2016, p. 791ff; Melzer, Nils. *Human Rights Implications of the Usage of Drones and Unmanned Robots in Warfare*. European Parliament Directorate General for External Policies, Policy Department Study, 2013, [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2013/410220/EXPO-DROI_ET\(2013\)410220_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2013/410220/EXPO-DROI_ET(2013)410220_EN.pdf); Ramsden, Michael. "Targeted Killings and International Human Rights Law: The Case of Anwar Al-Awlaki." *Journal of Conflict & Security Law*, Vol. 16, 2011, p. 385ff.

² See Barnidge, Robert. "A Qualified Defense of American Drone Attacks in Northwest Pakistan under International Humanitarian Law." *Boston University International Law Journal*, Vol. 30, 2012, p. 410ff; Martin, Craig. "A Means-Methods Paradox and the Legality of Drone Strikes in Armed Conflict." *International Journal of Human Rights*, Vol.19, 2015, p. 142ff.

³ Tams, Christian J., and Devaney, James G. "Jus ad Bellum: Crossing Borders to Wage War against Individuals." in *Legitimacy and Drones: Investigating the Legality, Morality and Efficacy of UCAVs*, edited by Steven J. Barela, Routledge, 2017, p. 46.

⁴ Doswald-Beck, Louise. "Confronting Complexity and New Technologies: A Need to Return to First Principles of International Law." *American Society of International Law Proceedings*, Vol. 107, 2012, p. 109.

⁵ Tams and Devaney, p. 26, 29.

⁶ Kolb, Robert. "Systemic Efficacy: Potentially Shattering Consequences for International Law." in *Legitimacy and Drones: Investigating the Legality, Morality and Efficacy of UCAVs*, edited by Steven J. Barela, Routledge, 2017, p. 305.

⁷ Cf de Groof, Melanie. "Death from the Sky: International Legal and Practical Issues on the Use of Armed Drones." in *Drones and Unmanned Aerial Systems: Legal and Social Implications for Security and Surveillance*, edited by Aleš Završnik, Springer, 2016, p. 138.

⁸ See Wardrop, Murray. "Unmanned Drones Could Be Banned Says Senior Judge." *The Telegraph*, July 6, 2009, www.telegraph.co.uk/news/uknews/defence/5755446/Unmanned-drones-could-be-banned-says-senior-judge.html.

⁹ Cf Doswald-Beck, p. 116; de Groof, p. 152; Schulzke, Marcus. *The Morality of Drone Warfare and the Politics of Regulation*. Palgrave Macmillan, 2017, p. 194.

¹⁰ See Aronsson, Marie. "Remote Law Making: American Drone Strikes and the Development of Jus Ad Bellum." *Journal on the Use of Force and International Law*, Vol. 1, 2014, p. 273ff; Paust, Jordan J. "Remotely Piloted Warfare as a Challenge to the Jus ad Bellum." in *The Oxford Handbook of the Use of Force in International Law*, edited by Mark Weller, Alexia Solomou, and Jake William Rylatt, Oxford University Press, 2015, pp. 1095ff; Tams and Devaney;

in international relations and *jus ad bellum*. This interest indicates the importance of the use of armed drones for *jus ad bellum*. At this point the question of this research arises, which is, whether the availability of armed drones changed the use of force paradigm and will strengthen the permissive views. This research focuses on the period when the US Government was the prominent actor in the use of armed drones and other actors were merely catching up. Türkiye's recent rise in the field of armed drones has offered an alternative practice on this. However, the recent prominence of Turkish drones is out of the scope of this article given the limitations of space.

This research acknowledges the claim that drones are not as revolutionary as nuclear weapons. However, it argues that their features, especially their unmanned nature, allow states to use them in a quasi-revolutionary way and the way they are used facilitates changes in the use of force paradigm. As the state practice is the main changing factor in international law, by effecting the way states think of the use of force, armed drones affect the way through which the rules of international law are understood and interpreted. As the use of force against armed non-state actors is the priority for states today and states consider armed drones as the tool needed in struggle against non-state actors, armed drones strengthen the state practice in this regard. From that perspective, armed drones facilitate a less restricted approach to the use of force in the present author's view.

The problematic part of researching the use of armed drones is that the deficiency and generality of the information about drone strikes does not allow one to draw clear conclusions regarding states' attitudes towards them. Some states either deny the existence of a drone strike that they have carried out or only mention 'air strike' without making clear whether a drone was the aircraft that carried out the strike in question. Additionally, the secrecy surrounding them prevents proper legal evaluations.¹¹

This research first examines the terminological issues about drones, gives a brief history of the use of armed drones and then talks of the proliferation trend. Then it moves into an examination of the paradigm of the use of force in the existing UN Charter system and the effects of technology on this paradigm focusing in particular on armed drones. The rest of the research delves into the consequences of the increasing use of armed drones as per the international law of self-defense, specifically focusing on the self-defense against armed non-state actors. In the last part, concluding remarks will be given.

I. WHAT ARE DRONES?

This section will give a terminological background for drones and then will move to give a brief history of the invention of drones and the use of armed drones. The characteristics of armed drones will be touched upon in the next section in conjunction with their effect on the resort to force.

Chehtman, Alejandro. "The ad Bellum Challenge of Drones: Recalibrating Permissible Use of Force." *European Journal of International Law*, Vol. 28, 2017, p.173ff.

¹¹ Schulzke, p. 80.

A. Terminology Issues

Drones represent the first form of unmanned vehicles and seem to have spread all over the world for now. The original meaning of the word is ‘male drone’¹² whose only purpose is to fertilise the eggs of the queen bee¹³ and this nomenclature arguably comes from the sound that these vehicles make when they operate¹⁴. The term ‘drone’ is generally used as a brief expression for ‘unmanned aerial vehicles (UAVs)’. However, different usages exist in the academic literature on drones and within military circles. For instance, the US Air Force uses both ‘remotely piloted aircraft’¹⁵ and ‘unmanned aerial vehicles’.¹⁶ Also, a number of scholars and military studies prefer to use ‘unmanned aerial/aircraft systems’.¹⁷ The latter usage relies on the argument that the terms ‘unmanned aerial vehicles’ or ‘remotely piloted vehicles’ do not cover all aspects of this technology because they also include ‘control stations’ and ‘communication links’ and therefore should be called ‘systems’ rather than just ‘vehicles’.¹⁸ This approach considers this new technology as part of a more complex system. According to the definition of the US Army, whose choice is to use the term ‘unmanned aerial systems’, an unmanned aerial system ‘is comprised of the unmanned aircraft, payload, human element, control element, weapons systems platform, display, communication architecture, life cycle logistics, and includes the supported soldiers’.¹⁹

The problem with considering it as a system, as Anderson indicates²⁰, is that the unmanned nature of the system becomes questionable as human controller/pilots are part of the system. Although referring to this technology as ‘vehicles’ may not be sufficient to express its complexity, it more adequately reflects this technology’s unmanned nature.

Additionally, some national legal documents use the term ‘system’ but they also keep the term

¹² Berkowitz, Roger. “Drones and the Question of the Human.” *Ethics & International Affairs*, Vol. 28, 2014, p. 160.

¹³ Franke, Ulrike. “U.S. Drones Are From Mars, Euro Drones Are From Venus.” *War on the Rocks*, May 19, 2014, <https://warontherocks.com/2014/05/u-s-drones-are-from-mars-euro-drones-are-from-venus/>.

¹⁴ Leander, Anna. “Technological Agency in the Co-Constitution of Legal Expertise and the US Drone Program.” *Leiden Journal of International Law*, Vol. 26, 2013, p. 812.

¹⁵ International Civil Aviation Organization defines remotely piloted aircraft as ‘an aircraft where the flying pilot is not on board the aircraft’. See International Civil Aviation Organization. *Unmanned Aircraft Systems (UAS) CIR 328 AN/190*, p. x (2011), https://www.icao.int/Meetings/UAS/Documents/Circular%20328_en.pdf.

¹⁶ U.S. Air Force. *The U.S. Air Force Remotely Piloted Aircraft and Unmanned Aerial Vehicle Strategic Vision* (2005), <http://digitalcommons.unl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1000&context=usafresearch>.

¹⁷ McBride, Paul. “Beyond Orwell: The Application of Unmanned Aircraft Systems in Domestic Surveillance Operations.” *Journal of Air Law and Commerce*, Vol. 74, 2009, p. 628; Buchanan, David R. “Joint Doctrine for Unmanned Aircraft Systems: The Air Force and the Army Hold the Key to Success,” p. 2 (May 3, 2010), <http://www.dtic.mil/dtic/tr/fulltext/u2/a525266.pdf>.

¹⁸ United States Government Accountability Office. *Report to Congressional Requesters: Unmanned Aircraft Systems Federal Actions Needed to Ensure Safety and Expand Their Potential Uses Within the National Airspace System*, 2008, p. 6, <http://www.gao.gov/new.items/d08511.pdf>.

¹⁹ U.S. Army UAS Center of Excellence. *Eyes of the Army: U.S. Army Roadmap for Unmanned Aircraft Systems 2010-2035*, p. 8, <https://fas.org/irp/program/collect/uas-army.pdf>.

²⁰ *Rise of the Drones: Unmanned Systems and the Future of War: Hearing Before the Subcommittee on National Security and Foreign Affairs*, 111th Cong. 2 (2010) (written statement of Kenneth Anderson), available at http://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1002&context=pub_disc_cong.

‘vehicle’: Unmanned Aerial Vehicle Systems.²¹ Yet, a quick glance at the media and literature indicates that the most common expression for this new technology is ‘drone’.²² It seems legal documents tend to use the expression ‘unmanned aerial vehicle (or/and) systems’²³, probably, in order to avoid any confusion which may arise from the metaphorical side of the term ‘drone’.

Another issue regarding the terminology is whether the term ‘drone’ covers only ‘aerial’ vehicles or it also includes unmanned ground and underwater vehicles and, thereby, can be used as an acronym of all ‘unmanned vehicles/systems’. The US Navy prefers to refer to unmanned vehicles in the sea as ‘unmanned undersea vehicle’.²⁴ However, it is possible to encounter in the media a title like ‘underwater drone’.²⁵ Despite this current vagueness regarding to the terminology, it can be expected that in conjunction with the proliferation of the new forms of this technology some of these terminologies will come to the forefront.

Relying on this fact, this research will use the word ‘drones’ interchangeably with ‘unmanned aerial vehicles’ which are the most relevant version of this technology for international law for now.²⁶ However, this research will generally use ‘drones’ as it leaves the door open for the terminological developments in this regard.

Different classifications of drones exist in the literature. They are classified as ‘civil’ and ‘combat’ drones²⁷ or ‘commercial’ and ‘military’ drones. Some separate the combat/military drones into two parts: armed and surveillance/reconnaissance.²⁸ Although these classifications are helpful to an extent, they can be evaded by the nature of drones as all drones can be armed or could be used for the military purposes. With the trend started by Daesh, the armed non-state actors in the conflict zones began to rely, to the extent possible for them, on the arming of small civil/commercial drones or using

²¹ Turkish Directorate General of Civil Aviation. “İnsansız Hava Aracı Sistemleri Talimatı [The Instruction of Unmanned Aerial Vehicle Systems]”, Feb. 22, 2016, http://web.shgm.gov.tr/documents/sivilhavacilik/files/mevzuat/sektorel/talimatlar/SHT-IHA_12062017.pdf.

²² Kaag, John, and Kreps, Sarah. *Drone Warfare*. Polity, 2014, p. 21.

²³ See also *FAA Modernization and Reform Act of 2012*, Pub. L. No. 112-95, §§ 331-336.

²⁴ The US Navy. *The Navy Unmanned Undersea Vehicle (UUV) Master Plan* (2004), <http://www.navy.mil/navydata/technology/uuvmp.pdf>.

²⁵ Franz-Stephan. “Russia Tests Nuclear-Capable Underwater Drone.” *The Diplomat*, Dec. 14, 2016, <http://thediplomat.com/2016/12/russia-tests-nuclear-capable-underwater-drone/>; Popper, Ben. “What Exactly Is an Underwater Drone?”, Dec. 16, 2016, <https://www.theverge.com/2016/12/16/13984666/what-is-underwater-drone-china-us-navy>.

²⁶ It is still very common in the literature to use drones and UAVs interchangeably. See for instance; Horowitz, Michael, Kreps, Sarah E., and Fuhrmann, Matthew. “Separating Fact from Fiction in the Debate over Drone Proliferation.” *International Security*, Vol. 41, 2016, p. 7, n. 1; Gogarty, Brendan, and Hagger, Meredith. “The Laws of Man over Vehicles Unmanned: The Legal Response to Robotic Revolution on Sea, Land and Air.” *Journal of Law, Information and Science*, Vol. 19, 2008, p. 74.; Anderson, “Rise of the Drones”, para 2; Leander, p. 812. Also, some authors use the term ‘drone’ because of its popularity. See Sterio, Milena. “The United States’ Use of Drones in the War on Terror: The (Il)legality of Targeted Killings Under International Law.” *Case Western Reserve Journal of International Law*, Vol. 45, 2012, p. 198, n. 1. Paust says that the most studied version in the literature of the remotely piloted vehicles are aerial ones and he considers drones as aerial vehicles as well. See Paust, “Remotely Piloted Warfare”, p. 1095, n 1.

²⁷ de Groof, p. 134.

²⁸ de Groof, p. 134.

them for surveillance purposes.²⁹ Another problem with this distinction is that a drone ‘can both spy and strike’³⁰ and therefore saying *armed drone* does not rule out the possibility of using it for surveillance or reconnaissance purposes. Therefore, the present writer differentiates drones as ‘armed’ and ‘unarmed’ as it makes more sense in terms of self-defense issues and avoids using ‘combat drone’ or ‘military drone’ for the purposes of the research.

The next part provides a historical background for the development and use of drones.

B. A Brief History of Drones

The history of drones has been traced back to the ancient times in the literature. Valavanis attributes the first unmanned aircraft to Archytas who most probably lived in 4th century BC..³¹ Archytas’ mechanical bird was getting energy from its stomach and arguably it was the first flying machine.³² Yet, Kingsley attributes this to ancient Chinese inventors who made a flying wooden bird which was used for military purposes and sounded more close to the idea of drone.³³ In the modern era, the idea of a flying craft developed at the beginnings of the 20th century and accelerated during and after the World War I.³⁴ The development of manned aircrafts evolved into unmanned aircrafts after the World War II.³⁵ With the shootdown of its spying manned aircraft in Soviet Russia and Cuba in 1960, the US accelerated its drone program.³⁶ A drone called ‘Fire Fly’ was used in Vietnam for reconnaissance and, however, according to Singer the first unmanned experience was not a big success for the US.³⁷ After this program, the second important drone program bore fruits in the 1980s with the US and Israel partnership.³⁸ In 1990s, the US made drones were used in NATO operations in Bosna & Herzegovina and Kosovo for reconnaissance purposes³⁹ as well as in the first Gulf War by the US⁴⁰. Unarmed drones were also used in Afghanistan against Al Qaeda in 1990s by the US.⁴¹

²⁹ Balkan, Serkan. *DAESH’s Drone Strategy: Technology and the Rise of Innovative Terrorism*, SETA, 2017, pp. 34-38, <http://setav.org/en/assets/uploads/2017/08/Report88.pdf>.

³⁰ Zenko, Micah. “10 Things You Didn’t Know About Drones.” *Foreign Policy*, Feb. 27, 2012, <http://foreignpolicy.com/2012/02/27/10-things-you-didnt-know-about-drones/>.

³¹ Valavanis, K. P., and Kontitsis, M. “A Historical Perspective on Unmanned Aerial Vehicles.” *Advances in Unmanned Aerial Vehicles: State of the Art and the Road to Autonomy*, ed. Kimon P. Valavanis, Springer, 2007, p. 15.

³² Valavanis and Kontitsis, “A Historical Perspective”, p. 15.

³³ Kingsley, Peter. *A Story Waiting to Pierce You*, Point Reyes, CA: Golden Sufi Center, 2010, pp. 155-159 noted in Archytas, *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Aug. 23, 2016, <https://plato.stanford.edu/entries/archytas/>; Cf Gogarty and Hagger, p. 76, n 6.

³⁴ Valavanis and Kontitsis, “A Historical Perspective”, p. 20.

³⁵ Madej, Marek. “Tactical Efficacy: Notorious UCAVs and Lawfare.” in *Legitimacy and Drones: Investigating the Legality, Morality and Efficacy of UCAVs*, ed. Steven J. Barela, 2017, p. 244.

³⁶ Schwing, Richard P. *Unmanned Aerial Vehicles – Revolutionary Tools in War and Peace*, U.S. Army War College, 2007, p. 5, <http://oai.dtic.mil/oai/oai?verb=getRecord&metadataPrefix=html&identifier=ADA469608>.

³⁷ Singer, Peter Warren. *Wired for War: The Robotics Revolution and Conflict in the 21st Century*, Penguin Publishing Group, 2009, p. 55.

³⁸ Schwing, p. 7.

³⁹ Madej, p. 245.

⁴⁰ Schwing, p. 7.

⁴¹ Bergen, Peter, and Catherine Tiedemann. “Washington’s Phantom War: The Effects of the U.S. Drone Program in Pakistan.” *Foreign Affairs*, July-Aug. 2011, p. 12.

The first use of an armed drone was recorded in 2001 in Afghanistan where the US Air Force killed a senior Al Qaeda member.⁴² Another attack was recorded in 2002⁴³, on November the 4th, 2002 a CIA armed drone killed an American citizen in Yemen who is claimed to be responsible for an attack to the U.S.S. Cole in 2000.⁴⁴ Additionally, the US also confirmed the claim that it has been carrying drone strikes in Southern Iraq.⁴⁵ The use of armed drones which was started by the Bush Administration after the 9/11 attack, accelerated by the Obama administration.⁴⁶ The Trump Administration continued to carry out drone strikes.⁴⁷

C. Proliferation of Armed Drones

Although the main user of armed drones was the US Government during the US drone era, other countries did have recourse to armed drones. The countries that are known to have resorted to the operational use of armed drones are a small fraction of countries. The UK used armed drones in Iraq and Afghanistan.⁴⁸ It, also, has been using American-made armed drones to carry out targeted strikes invoking the self-defense argument in Syria against Daesh's British members.⁴⁹ On the 7th of September 2015, Pakistan carried out its first drone strike with its indigenous armed drones in North

⁴² Fox News. "U.S. Kills Al Qaeda Leaders by Remote Control." Nov. 19, 2001, <http://www.foxnews.com/story/2001/11/19/us-kills-al-qaeda-leaders-by-remote-control.html>; O'Connell, Mary Ellen. "Remarks: The Resort to Drones Under International Law." *Denver Journal of International Law & Policy*, Vol. 39, 2011, p. 587.

⁴³ Gogarty and Hagger, p. 84.

⁴⁴ Johnston, David, and David E. Sanger. "Threats and Responses: Hunt for Suspects Fatal Strike in Yemen Was Based on Rules Set Out by Bush." *The New York Times*, Nov. 6, 2002, <http://www.nytimes.com/2002/11/06/world/threats-responses-hunt-for-suspects-fatal-strike-yemen-was-based-rules-set-bush.html>; See also Lotrionte, Catherine. "Targeted Killings by Drones: A Domestic And International Legal Framework." *Journal of International & Comparative Law*, Vol. 3, 2012, p. 23. This attack was considered as the beginning of the tactical change in the war against terror and acknowledgement of assassination as a method in the war against terror See Karon, Tony. "Yemen Strike Opens New Chapter in War on Terror." *Time*, Nov. 5, 2002, <http://content.time.com/time/world/article/0,8599,387571,00.html>.

⁴⁵ Somerville, Keith. "US Drones Take Combat Role." *BBC*, Nov. 5, 2002, <http://news.bbc.co.uk/1/hi/2404425.stm>.

⁴⁶ According to the Bureau of Investigative Journalism the number of drones strikes carried out by the Obama Administration is around 560 whereas the Bush Administration carried 57 strikes. See Purkiss, Jessica, and Jack Serle. "Obama's Covert Drone War in Numbers: Ten Times More Strikes Than Bush." *The Bureau of Investigative Journalism*, Jan. 17, 2017, <https://www.thebureauinvestigates.com/stories/2017-01-17/obamas-covert-drone-war-in-numbers-ten-times-more-strikes-than-bush>.

⁴⁷ Gibbons-Neff, Thomas. "The First Drone Strikes of The Trump Administration Happened Over The Weekend." *Washington Post*, Jan. 23, 2017, https://www.washingtonpost.com/news/checkpoint/wp/2017/01/23/the-first-drone-strikes-of-the-trump-administration-happened-over-the-weekend/?utm_term=.90da15aea6d2.

⁴⁸ Joint Committee on Human Rights. *The Government's Policy on the Use of Drones for Targeted Killing (Second Report)* HL Paper 141 HC 574, 2016, p. 15, <https://publications.parliament.uk/pa/jt201516/jtselect/jtrights/574/574.pdf>. [Hereinafter The Joint Committee Report]

⁴⁹ BBC News. "Islamic State Conflict: Two Britons Killed in RAF Syria Strike", Sep. 7, 2015, <http://www.bbc.co.uk/news/uk-34178998>.

Waziristan.⁵⁰ Türkiye used armed drones against PKK terrorists, especially in Northern Iraq.^{51,52} Türkiye's reliance on armed drones continued as the threats from non-state actors around its territory continued to exist, especially from PKK and the Syrian Crisis. Also, Iran reportedly used armed drones in Syria against former Syrian opposition groups.⁵³ Israel used armed drones in its continued attacks against Palestine, especially in Gaza⁵⁴ and also used them in Sinai, Egypt⁵⁵. Iraq relied on Chinese-made armed drones in its internal struggle against Daesh.⁵⁶ Similarly, a drone strike was recorded against Boko Haram by Nigerian Air Forces in 2016, however, no further record of another drone strike has been made after this attack or, probably, publicised.⁵⁷ There was no official report of China's resort to armed drones during the US drone era.

In addition to states using armed drones operationally, ten countries acquired armed drones during the US drone era: South Africa, Algeria, UAE, Kazakhstan, Egypt, Myanmar, Saudi Arabia, Turkmenistan, Jordan, Syria, India.⁵⁸ Also, there were countries which were likely⁵⁹ to resort them if

⁵⁰ Ansari, Usman. "Pakistan Surprises Many With First Use of Armed Drone", Defense News, Sep. 8, 2015, <http://www.defensenews.com/air/2015/09/08/pakistan-surprises-many-with-first-use-of-armed-drone/>.

⁵¹ Toprakci, Haydar. "PKK Terrorists Who Martyred Teacher Killed in Airstrike", Anadolu Agency, July 20, 2017, <http://aa.com.tr/en/turkey/pkk-terrorists-who-martyred-teacher-killed-in-airstrike/865756>.

⁵² Anadolu Ajansı. "Silahlı İHA ile Irak'ın kuzeyinde 2 terörist etkisiz hale getirildi [Armed UAVs neutralise 2 terrorists in Northern Iraq]", June 17, 2017, <http://aa.com.tr/tr/dunya/silahlı-ihā-ile-irakın-kuzeyinde-2-terörist-etkisiz-hale-getirildi/843545>; Anadolu Agency. "17 PKK Terrorists Killed in N. Iraq, SE Turkey, June 17, 2017, <http://aa.com.tr/en/turkey/17-pkk-terrorists-killed-in-n-iraq-se-turkey/843652>.

⁵³ Though the strikes have not been confirmed by Iran. See Mcleary, Paul. "Iranian drones now hitting rebel targets in Syria", Foreign Policy, Feb. 29, 2016, <http://foreignpolicy.com/2016/02/29/iranian-drones-now-hitting-rebel-targets-in-syria/>.

⁵⁴ See Human Rights Watch. Precisely wrong: Gaza civilians killed by Israeli drone-launched missiles, June 30, 2009, <https://www.hrw.org/report/2009/06/30/precisely-wrong/gaza-civilians-killed-israeli-drone-launched-missiles>.

⁵⁵ See Jewish Telegraphic Agency. "Israeli Drone Strike Kills 5 Militants in Sinai", August 9, 2013, <http://www.jta.org/2013/08/09/news-opinion/israel-middle-east/report-israeli-drone-strike-kills-5-militants-in-sinai>; The Guardian. "Israeli Drone Strike Kills Suspected Islamic Militants in Egypt", August 9, 2013, <https://www.theguardian.com/world/2013/aug/09/israeli-drone-strike-suspected-militants-egypt>; Khoury, Jack. "ISIS Says Israel Killed Four of its Members in Sinai Strike", Haaretz, February 20, 2017, <http://www.haaretz.com/israel-news/1.772729>; Ahronheim, Anna. "Drone Strike Kills One in Sinai After Rocket Claimed by ISIS Hits Israel", The Jerusalem Post, April 10, 2017, <http://www.jpost.com/Arab-Israeli-Conflict/Report-Drone-strike-kills-one-in-Egypt-Sinai-486696>; Middle East Monitor. "Israeli Drone Strikes Sinai Kills One", April 12, 2017, <https://www.middleeastmonitor.com/20170412-israeli-drone-strikes-sinai-kills-one/>.

⁵⁶ Rawnsley, Adam. "Meet China's Killer Drones", Foreign Policy, January 14, 2016, <http://foreignpolicy.com/2016/01/14/meet-chinas-killer-drones/>.

⁵⁷ The Nation, "Air Force Drone Hits Boko Haram's Base in Sambisa", Feb. 3, 2016, <http://thenationonlineng.net/air-force-drone-hits-boko-harams-base-in-sambisa/>.

⁵⁸ Karaagac, Cengiz. "Silahlı İHA Üreten ve Kullanan Ülkeler [Countries That Manufacture and Those That Use Armed Drones]", My Drone Land, Feb. 2, 2017, www.mydroneland.com/bilgi/sistem/ihā/509-silahlı.

⁵⁹ Except Germany.

available and seeking to acquire 'larger' armed drones from either the US (Italy⁶⁰, France⁶¹, Canada⁶²) or Israel (India⁶³, Russia⁶⁴, Germany⁶⁵). Also, among those countries Italy, Germany and France signed, as sign to join the armed drone proliferation, an agreement on an armed drone project which was aimed at developing an indigenous armed drone.⁶⁶

A crucial point which deserves to be mentioned regarding armed drones is that recognising the changes that this technology been through, saves us from misleading understandings, like thinking of only Predator or its equivalents when armed drones are recalled. Their size and the arms that they carry differ as this technology develops. The small drones which function as kamikaze systems are already developed⁶⁷ and small attack drones which can act as a swarm are under development nowadays⁶⁸. As Singer indicates, the drone systems should not be seen as just a replacement of manned aircrafts.⁶⁹ They offer states a series of new opportunities in pursuing a more offensive understanding of international relations. All these new developments in armed drones can affect the evaluation of proportionality of self-defense and issues regarding gravity threshold as they can do the work previously done by much larger armed drones.

New social, legal, military, ethical discussions emerged with the increasing use of armed drones by the US government and few other states. The next section aims to provide a discussion on

⁶⁰ The approval of arming US-made Italian drones came in 2015 but till now no information appeared about the implementation of the approval. See Di Salvo, Philip. Armed Drones: The European Countries' Interest at Stake, CILD, May 30, 2017, <https://cild.eu/en/2017/05/30/armed-drones-the-european-countries-interests-at-stake/>.

⁶¹ Jeangène Vilmer, Jean-Baptiste. Proliferated Drones: A Perspective on France, Center for a New American Security, <http://drones.cnas.org/wp-content/uploads/2016/05/A-Perspective-on-France-Proliferated-Drones.pdf>.

⁶² Brewster, Murray and Zimonjic, Peter. "Armed Drones Are the Future, but Discussion Needed on How We Use Them, Trudeau Says", CBC News, June 8, 2017, <http://www.cbc.ca/news/politics/trudeau-drone-vance-armed-1.4152342>.

⁶³ Pubby, Manu. India All Set to Get Missile Armed Drones from Israel, The Economic Times, April 3, 2017, <http://economictimes.indiatimes.com/news/defence/india-all-set-to-get-missile-armed-drones-from-israel/articleshow/57980098.cms>.

⁶⁴ Russia manufactured a small armed drone first in 2017. See Khodarenok, Mikhail. "First Russian-Made Combat Drone Being Tested, Russia Beyond the Headlines", March 31, 2017, https://www.rbth.com/defence/2017/03/31/first-russian-made-combat-drone-being-tested_731956.

⁶⁵ Sprenger, Sebastian. "German MoD Rests Its Case on Armed Drones for Now", Defense News, July 5, 2017, <http://www.defensenews.com/air/2017/07/05/german-mod-rests-its-case-on-armed-drones-for-now/>.

⁶⁶ Reuters. "Italy, France, Germany Sign European Drone Project", May 18, 2015, <http://www.reuters.com/article/eu-drones-idUSL5N0Y928920150518>.

⁶⁷ Hurriyet Daily News. "Turkey's New Indigenous 'Kamikaze' Drones Set To Be Used In Anti-Terror Ops, To Defend Borders", May 7, 2017, <http://www.hurriyetdailynews.com/turkeys-new-indigenous-kamikaze-drones-set-to-be-used-in-anti-terror-ops-to-defend-borders.aspx?PageID=238&NID=112812&NewsCatID=345>.

⁶⁸ Atherton, Kelsey D. "The Pentagon's New Drone Swarm Heralds A Future Of Autonomous War Machines", Popular Science, Jan. 10, 2017, <http://www.popsci.com/pentagon-drone-swarm-autonomous-war-machines>; Lee, Nathaniel. Watch "The Navy's LOCUST Launcher Fire A Swarm Of Drones", Business Insider, April 6, 2017, <http://uk.businessinsider.com/watch-navy-locust-launcher-fire-drones-2017-4>; Hambling, David. "The Next Era Of Drones Will Be Defined By Swarms", BBC, April 27, 2017, <http://www.bbc.com/future/story/20170425-were-entering-the-next-era-of-drones>.

⁶⁹ Singer, Peter Warren. "The Global Swarm", Foreign Policy, March 11, 2011, <http://foreignpolicy.com/2013/03/11/the-global-swarm/>.

the impacts of the use of armed drones on the prohibition of the use of force paradigm.

II. TECHNOLOGY AND ITS IMPACTS ON THE DUTY TO REFRAIN FROM THE USE OF FORCE IN INTERNATIONAL RELATIONS

A. Duty to Refrain from the Use of Force

During the last century, international law witnessed two major wars. These two wars have led states to introduce a legal/institutional framework in order to maintain order in the world and to keep the peace as much as possible. The establishment of the League of Nations was an attempt to institutionalise this approach though it failed to prevent the second major war and could not gain complete global support as the US and Russia never became parties⁷⁰. Also, it was intended to be a non-universal institution⁷¹. However, all these approaches were also aimed to protect the status-quo in international politics. Therefore, not all states were convinced about the necessity to maintain this situation. The need for stabilisation in international order has also reflected in Kellogg-Briand Pact in 1928 which prohibited the resort to war ‘as a solution to international controversies’ and as ‘an instrument of national policy’ between the parties of the Pact.⁷² Although the Pact gained a broad acceptance reaching to 49 parties with Venezuela on the 24th of October 1929, it was not sufficient to prevent WWII.

The UN Charter came after the second major war in the 20th century and categorically ruled out not just resorting to war in international relations but also any resort to force.⁷³ The tragedies and disorder during the first half of the 20th century have created a need for institutionalisation which may prevent a state from disturbing the order in the international society.⁷⁴ The Preamble of the UN Charter indicates this reason by saying ‘*to save succeeding generations from the scourge of war, which twice in our lifetime has brought untold sorrow to mankind*’.⁷⁵ According to this understanding, any attempt to violate this rule would therefore imperil the interest of the international community.

Some authors link the prohibition on the use of force with just war theory’s idea that prescribes war as a ‘wrong’.⁷⁶ However, the powers and discretion concerning the use of force that have been given to the UNSC in order to keep the Big Three within the UN⁷⁷ show that just war was not the leading reason behind the UN system of the use of force.

Also, the prohibition of the use and threat of force articulated in the UN Charter is a dimension of the system which was established to maintain peace and security.⁷⁸ Therefore the prohibition

⁷⁰ Office of the Historian. The League of Nations 1920, <https://history.state.gov/milestones/1914-1920/league>.

⁷¹ See Ali, Syed Ameer. “On Islam in the League of Nations.” 5 *Transactions of the Grotius Soc’y*, 1919, pp. 126-144.

⁷² Kellogg-Briand Pact, art. I, 24 Jul 1929, http://avalon.law.yale.edu/20th_century/kbpact.asp.

⁷³ Tams and Devaney, p. 28.

⁷⁴ Kolb, pp 303-4.

⁷⁵ Emphasis added.

⁷⁶ Enemark, Christian. *Armed Drones and the Ethics of War*, Routledge, 2014, p. 23.

⁷⁷ Mazower, Mark. *No Enchanted Palace: The End of Empire and the Ideological Origins of the United Nations*, Princeton University Press, 2009, p. 16

⁷⁸ Tsagourias, Nicholas and White, Nigel D. *Collective Security: Theory, Law and Practice*. Cambridge University Press, 2013, p. 95.

should be seen as a reflection of the broader concern of peace and security in the UN Charter system.⁷⁹

B. Function of Military Technology in International Relations and Armed Drones

1. Technology and its Effects on the Use of Force

With each passing day, the growing effect of technology on human life and its institutions, like law, becomes more visible. As a social institution commissioned to ensure order in the society, the state is in need of having capabilities to prevent others from disturbing of the order in its society. At this point, technology provides the means that will enable states to have the capabilities which in turn will enable them to prevent the disturbance of order in their societies. However, this argument becomes circular when technology also allows states to break the order in other states. The twofold effect of technology, namely the defensive and offensive aspects of it, have created a deadlock situation where a military invention may increase the ability of a state to prevent the disturbance of order in its society by other states although it may increase the risk of disorder for another state and lead the latter state to involve in attempts to catch up with the former state in military technology in order to eliminate the risk which that state poses due to its technological military capacity.

The approaches in the development of military technologies and their relationship with the principle of non-resort to force can be divided into two. The first approach favours the view that they help the revealing of power balances and, thereby, they make the resort to force to solve the disputes less likely.⁸⁰ In its turn, lessening the likelihood of resorting to force bolsters the rules governing the use of force up. The second approach is to view the new weaponry/military technologies as challenges and threats to the rules of international law.

As the methods of warfare changed after WWII, this also forced international law to go beyond the imaginations of the establishers of the UN system.⁸¹ Yet, it is not always easy for international law to tackle the challenges of new weapons. A telling example is nuclear weapons. Although the efforts of non-nuclear states to create a solution continue⁸², the existing regime of nuclear deterrence and nuclear states do not allow⁸³ the creation of a proper response in international law and attempts to tackle the problem may challenge the equality of states under international law rather than promoting the principles of international law as the Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons does by allowing a group of states to acquire a weapon and prohibiting it for others.

As is mentioned above, two contrary views exist in the literature as per technology's effect on the use of force paradigm. The first view embraces the argument which relies on the assumption that

⁷⁹ Tsagourias and White, p. 96.

⁸⁰ Yoo, John. "Embracing the Machines: Rationalist War and New Weapons Technologies." *Cal. L. Rev.*, Vol. 105, 2017, pp. 494, 499.

⁸¹ McNab, Molly, and Megan Matthews. "Clarifying the Law Relating to Unmanned Drones and the Use of Force: The Relationships Between Human Rights, Self-Defense, Armed Conflict, and International Humanitarian Law." *Denver Journal of International Law & Policy*, Vol. 39, 2011, p. 664.

⁸² See Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons, July 7, 2017, entered into force on 22 January 2021.

⁸³ The United States Mission to the United Nations, Joint Press Statement from the Permanent Representatives to the United Nations of the United States, United Kingdom, and France Following the Adoption of a Treaty Banning Nuclear Weapons, July 7, 2017, <https://usun.state.gov/remarks/7892>.

states have realism-centric decision-making processes concerning the use of force and new technologies help states to make more a precise analysis whether or not to use force. According to this argument, states as rational beings make a cost-benefit analysis before waging war and calculate each other's chances to 'prevail in a conflict'.⁸⁴ Considering the war as 'a bargaining failure'⁸⁵, they argue that new technologies increase the bargaining power of a state and, also, provide more perfect, accurate, suitable and specific information for the analysis.⁸⁶ Therefore, although new technologies create new opportunities and means which may facilitate the resort to force, they also increase a state's effective signalling of its capacities which in turn will deter other states from engaging in a conflict with the state that has those new technologies.⁸⁷

The second approach argues that new technologies increase the risk of going war and facilitates the resort to force.⁸⁸ As a state's ability to use force increases, this creates a change in 'state behaviour' and results in more aggressive policies. Accordingly, new technologies expand the use of force⁸⁹. Additionally, new technologies create new dimensions for the use of force and spread the use of force into different platforms like cyber and space domain. These new domains of warfare question the understandings of classic terms like 'force' and 'armed attack' and indicate the deficiency of international law in regulating the new technologies.⁹⁰ This approach may sometimes prefer the 'ban approach' toward new technologies.

The approach toward the use of armed drones in the literature can be positioned somewhere between the latter view and arguing the non-uniqueness of armed drones. This research will examine the armed drones' position within the relation between military technology and the use of force paradigm in the next parts of this section.

2. Legal Equalisation Issue

The debate on the legal status of armed drones in the literature is more restricted on the law of armed conflict and it is generally argued that within the boundaries of the battlefield 'drones' are not legally different than manned aerial vehicles.⁹¹ As per the broader context in international law, a Human Rights Watch Report claimed that 'the use of drones rather than manned aircraft does not directly affect the legal analysis of a particular attack.'⁹² However, in the present author's opinion

⁸⁴ Yoo, p. 491.

⁸⁵ Yoo, pp. 489, 499.

⁸⁶ Yoo, pp. 494, 495.

⁸⁷ Yoo, pp. 494.

⁸⁸ Brooks, Rosa. "Be Careful What You Wish For: Changing Doctrines, Changing Technologies, and the Lower Cost of War." *American Society of International Law Proceedings*, Vol. 106, 2012, p. 35.

⁸⁹ Doswald-Beck, p. 114.

⁹⁰ Maogoto, Jackson. *Technology and the Use of Force: New Security Challenges in the Twenty-First Century*. Routledge 2015, p. 17.

⁹¹ Lewis, Michael W. "Drones and Boundaries of the Battlefield." *Texas International Law Journal*, Vol. 47, 2011, p. 294; Anderson, *Rise of Drones*, para 6.

⁹² See Human Rights Watch. "Between a Drone and Al-Qaeda: The Civilian Cost of US Targeted Killings in Yemen." 2013, <https://www.hrw.org/report/2013/10/22/between-drone-and-al-qaeda/civilian-cost-us-targeted-killings-yemen>;

See also Doswald-Beck, p. 112; Saura, Jaume. "On the Implications of the Use of Drones in International Law." *Journal of International Law and International Relations*, Vol. 12, 2016, p. 123.

this is a misleading argument because it misses the point that drones affect the decision-making process that goes into the use of force by removing the human element from battlefield or in using force. Also, a strike's evaluation should be put in the broader context of the decision-making process.

Additionally, another problem with this approach is that it presupposes the relevant legal platform for the assessment of drone strikes as the law of armed conflict which seems to be the result of the US's global war on terror narrative. In this regard, it is worth recalling that the central issue of the arms control regime discussion for drones is not just assessment of proportionality in *jus in bello* but also, mostly, broader security and stability concerns at an international level.⁹³ For instance, the US-initiated 'Joint Declaration for the Export and Subsequent Use of Armed or Strike Enabled Unmanned Aerial Vehicles' lays emphasises on 'building confidence as to peaceful intention of states' which reminds the prohibition of the use of force in international relations.⁹⁴ Therefore, increasing of states' incentives to use force bears relevance to the prohibition on the use of force because the practice and prevention of violation have special importance in international law which has a considerably weak enforcement mechanism compared to the other fields of law.

3. How Armed Drones Fit the New Means of Conflict

The technological newness that drones brought into the use of force/waging a war can be summarised in these two sentences: 'There is a war that needs to be fought... But we *cannot afford to fight that war at the expense of our souls*.'⁹⁵

Naqvi uses these words to express his opinion that the war/fight in Pakistan against Al-Qaeda should be fought by Pakistanis and should not have to bear the consequences of indiscriminate use of a weapon by the US. For him, killing people, arguably incidentally or with no due process, to kill someone with whom those people are fighting is unacceptable. However, these words which are expressed against the use of drones can easily fit the language of those who support the use of drones or even consider it necessary. The quotation above ironically reveals the main reason behind the resort to armed drones.

The cost issue is the crux of the discussion in the literature on drones. The generally expressed claim is that drones reduce both 'financial and political' costs of war.⁹⁶ However, as the monopoly of the US and Israel on armed drones was broken by several new drone-producer countries towards the end of the US drone era and the proliferation was still ongoing as mentioned above, the realisation of this claim only began to be seen in the subsequent years. The economic costs of a drone are considerably lesser than a manned aircraft which carries out the same mission⁹⁷ and mid-size and

⁹³ See the reasons motioned by Sparrow for arms control Sparrow, Robert. "Predators or Plowshares: Arms Control for Robotic Weapons." *IEEE Technology and Society Magazine*, Spring, 2009, p. 25ff.

⁹⁴ Joint Declaration for the Export and Subsequent Use of Armed or Strike-Enabled Unmanned Aerial Vehicles (UAVs), Oct. 16, 2016, <https://www.state.gov/t/pm/rls/fs/2017/274817.htm>.

⁹⁵ Naqvi, Feisal. "Even War Has Limits." *Opposing Perspectives on the Drone Debate*, edited by Bradley Jay Strawser, Lisa Hajjar, Steven Levine, Feisal H. Naqvi, and John Fabian Witt, Palgrave MacMillan, 2014, p. 47. (emphasis added)

⁹⁶ See Shah, Sikander Ahmed. *International Law and Drone Strikes in Pakistan: The Legal and Socio-Political Aspects*. Routledge, 2015, p. 53.

⁹⁷ Boyle, Michael J. "The Cost and Consequence of Drone Warfare." *International Affairs*, Vol. 89, 2013, p. 22.

mini drones cost considerably less.

The reduction of political costs of using force bears more relevance in the case of armed drones. The consequences that the US Government faced after the Iraq and Afghanistan Wars due to the loss of soldier affected the US decision to rely on armed drones in counterterrorism and the use of force in general.⁹⁸ The distance that is created by drones between the attacker and attacked protects soldiers from the harm of conflict and the risks of resorting to force. Also, the replacement of soldiers with machines removes the public's sensitiveness to the war/use of force. As the response of the public to the use of force in a particular occasion is one of the most determinative factors in a government's decision⁹⁹, drones help governments to persuade their public. In this sense, drones prevent states being vulnerable to the criticism which may grow out from the deaths of soldiers deployed to another territory or sent as pilots. They may also decrease the restraints at the domestic level as this was the case in the US intervention in Libya.¹⁰⁰

However, as the extraterritorial use of force is also a foreign policy matter, it is arguable that the civilian deaths that caused by US drone strikes have created a bad reputation for the US and this is an external political cost. The problems that arise because of the extraterritorial use of drones in 'towns' may lead to thoughts that its external costs exceed the domestic political costs. However, compared to the troops on the ground armed drones may seem 'less invasive'¹⁰¹ and can be perceived by the territorial state's public as more acceptable as long as strikes do not result in excessive civilian injuries. Yet, in the present writer's view the Pakistani example shows that the attacking state takes its internal restrictions more seriously as the Pakistani public's reaction does not prevent the US from continuing its attacks. Based on a realistic view, the reason is the states' reliance on their own understanding of the threat rather than what the public think.¹⁰² Additionally, as long as a drone strike does not create security concerns at an international level the other states do not want to involve in the relations between two states, especially when one of the parties is the world's declining hegemon. The EU Parliament Resolution in 2014, which is not binding on its member states, does not clearly take a stance against either the US or Israeli drone strikes and seems to have reflected the European public opinion rather than indicating to the European Governments' policy who are either trying to buy armed drones or trying to manufacture them.¹⁰³ Or it may be perceived as a reluctance or an objection to involve in the US drone program as third parties rather than a rejection of the program itself.¹⁰⁴

⁹⁸ Doswald-Beck, p. 115.

⁹⁹ Cf Sonnenberg, Stephan. "Why Drones Are Different?." *Preventive Force: Drones, Targeted Killing, and the Transformation of Contemporary Warfare*, edited by Kerstin Fisk and Jennifer M. Ramos, New York University Press, 2016, p. 123.

¹⁰⁰ See the discussion on humanitarian intervention below.

¹⁰¹ Brunstetter, Daniel and Braun, Megan. "The Implications of Drones on the Just War Tradition." *Ethics & International Affairs*, Vol. 25, 2011, p. 343.

¹⁰² Hazelton, Jacqueline L. "Drone Strikes and Grand Strategy: Toward a Political Understanding of the Uses of Unmanned Aerial Vehicle Attacks in US Security Policy." *Journal of Strategic Studies*, Vol. 40, 2017, p. 83.

¹⁰³ Resolution on the Use of Armed Drones, EUR. PARL. DOC. 2014/2567(RSP).

¹⁰⁴ Cf Plaw, Avery, Fricker, Matthew S. and Colon, Carlos. *The Drone Debate: A Primer on the US Use of Unmanned Aircraft Outside Conventional Battlefields*. Rowman & Littlefield Publishers 2016, p. 259.

One may argue that drones' weaknesses will make the reliance of states on them less likely. It is true that their need to communicate with the pilot creates a special vulnerability, which may necessitate the autonomy, against jamming, hacking and defense systems of states.¹⁰⁵ In its existing form, this technology may seem vulnerable in 'less asymmetric warfare',¹⁰⁶ however, conflicts or self-defense against non-state actors constitute the most important part of the use of force nowadays. Therefore, armed drones can remain a weapon of choice against the non-state armed groups which lack aerial defense systems.¹⁰⁷ The risk-free nature of drones can facilitate the resort to force against armed non-state actors as the army is not exposed to risk. When considered in parallel with the asymmetric nature of current resorts to force, it will appear that the armed drones will affect the practice of states through which the rules of international law are evaluated, transformed and clarified.¹⁰⁸ Brooks links armed drones with sovereignty limiting doctrines and argues that intersection of doctrines and technologies work for the same purpose: making force less costly.¹⁰⁹ However, the sovereignty limiting nature of the self-defense claim against the non-state actors also rests upon the idea of sovereignty. Therefore, rather than limiting sovereignty as an idea it limits the sovereignty of another state while at the same time expanding the territorial limits of the attacking state's sovereignty. Yet, the present author agrees with the view that armed drones correspond to the needs of the existing doctrines on the use of force.

4. Drones and Escalation of Conflicts

Drone technology may serve to prolong conflicts rather than solve them with peaceful methods as required and anticipated by the UN system.¹¹⁰ States may wish to prolong a conflict with low intensity. The drone incidents in the Abkhaz region constitute examples of this. On the 20th of April 2008, a Georgian drone¹¹¹ was shot down in the region of Abkhazia leading to an escalation of the existing conflict in the region.¹¹² Georgia and the UNOMIG in its report¹¹³ on the incident

¹⁰⁵ See the example in Currier, Cora and Moltke, Henrik. "Spies in the Sky", *The Intercept*, 2016, <https://theintercept.com/2016/01/28/israeli-drone-feeds-hacked-by-british-and-american-intelligence/>; Freedman, Lawrence D. "The Drone Revolution: Less Than Meets the Eye." *Foreign Affairs*, Nov.-Dec. 2016, p. 158.; Lewis, pp. 298-9.

¹⁰⁶ Freedman, p. 158.

¹⁰⁷ Cf Davis, Lynn E. et al. *Armed and Dangerous: UAVs and U.S. Security*, RAND, 2014, p. 14, https://www.rand.org/content/dam/rand/pubs/research_reports/RR400/RR449/RAND_RR449.pdf.

¹⁰⁸ Cf Ben Emmerson (Special Rapporteur on the Promotion and Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms While Countering Terrorism), *Third Rep. on the Promotion and Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms While Countering Terrorism*, Sep. 18, 2013, para 22, U.N. Doc. A/68/389.

¹⁰⁹ Brooks, *Be Careful*, p. 35.

¹¹⁰ See Schulzke, p. 80.

¹¹¹ An Israeli made Hermes 450.

¹¹² The New York Times. "Russian-Georgian Dispute Grows Over Downing of Spy Drone." 22 Apr. 2008, <http://www.nytimes.com/2008/04/22/world/europe/22iht-georgia.4.12237532.html>.

¹¹³ UNOMIG. "Report on the Incident of 20 April Involving the Downing of a Georgian Unmanned Aerial Vehicle Over the Zone of Conflict." 2008, <http://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7B65BF9B-6D27-4E9C-8CD3-CF6E4FF96FF9%7D/Georgia%20UNOMIG%20Report%20on%20Drone.pdf>.

argued¹¹⁴ that the drone in question was shot down by ‘a Russian warplane’ in violation of the UN Charter.¹¹⁵ Yet, the Russian side denied this and claimed that the drone was shot down by the separatist forces in the region.¹¹⁶ This may seem like a single incident which has no precedent. However, the report of the UN Secretary-General shows that similar drone downing incidents happened in the region prior to this incident.¹¹⁷ After the incident, the Georgian side, who had denied the existence of the use of drones¹¹⁸ prior to the April 20th incident, indistinctly admitted¹¹⁹ its drone flights over the conflict zone and, also, asserted its right to use them on ‘its own territory’¹²⁰. Also, from the Abkhaz side there were continual claims that it shot Georgian drones several times.¹²¹ The flights and downing incidents led the UN Secretary-General to recommend in 2009 the UNSC to ban the presence of UAVs in the Abkhaz conflict zone.¹²² At this point, one may argue that the availability of drones paves the way for further escalations. The risk-free nature and relative cheapness of the use of drones compared to the other means of warfare encourages the state in question to use them where it cannot rely on its troops and warplanes may seem too aggressive.

Another drone downing incident was seen in the Karabakh conflict between Azerbaijan and Armenia and has paved the way for the escalation of the conflict. On the 22nd of June 2017 Azerbaijan shot down an Armenian drone flying over Azerbaijan’s Armed Force in the Karabakh conflict zone.¹²³ In this instance, drones allow a state to continue its presence while the other side perceives this action as a threat and reacts immediately. In this sense, drones provide states the means that are needed to maintain conflict with low intensity of force and less engagement.

In the next part, the possible effects of drones on the interventionist policy of the use of force, especially humanitarian intervention, will be discussed.

¹¹⁴ CBS News. “U.N.: Russian Jet Shot Down Georgian Drone.” May 26, 2008, <http://www.cbsnews.com/news/un-russian-jet-shot-down-georgian-drone/>.

¹¹⁵ Permanent Rep. of Georgia to the U.N., Annex to the letter dated 10 August 2009 from the Permanent Representative of Georgia to the United Nations addressed to the Secretary-General: Report by the Government of Georgia on the aggression by the Russian Federation against Georgia August 2009, Aug. 27, 2009, U.N. Doc. A/63/953, p. 27.

¹¹⁶ The New York Times, *Russian-Georgian Dispute Grows*, p. 112.

¹¹⁷ U.N. Secretary-General, Report of the Secretary-General on the situation in Abkhazia Georgia, Apr. 2, 2008, para 23, U.N. Doc. S/2008/219.

¹¹⁸ CBS News, *U.N.: Russian Jet*, p. 114.

¹¹⁹ Annex to the identical letters dated 5 May 2008 from the Permanent Representative of Georgia to the United Nations addressed to the Secretary-General and the President of the Security Council, May 6, 2008, U.N. Doc. A/62/830–S/2008/299, p. 2.

¹²⁰ Annex to the identical letters, U.N. Doc.

¹²¹ Like the incident on the 18th of March 2008, See *Report of the Secretary-General .. on the situation in Abkhazia Georgia*, para 23.

¹²² U.N. Secretary-General, Report of the Secretary-General pursuant to Security Council resolutions 1808 (2008), 1839 (2008) and 1866 (2009), May 18, 2009, U.N. Doc. S/2009/254.

¹²³ TASS. “Azerbaijan’s Forces Destroy Armenian Drone Defense Ministry Says.” June 22, 2017, <http://tass.com/world/952749>; See also TASS. “Azerbaijani Servicemen Down Another Armenian Drone in Karabakh Conflict Zone.” Dec. 13, 2016, <http://tass.com/world/918851>.

5. Armed Drones and the Interventionist Approach to the Use of Force

In the ensuing discussion on drones' effects on the use of force, an argument can be made that armed drones strengthen the practice/argument on new 'just' exceptions on the prohibition of the use of force. In his recently published book, Schulzke argues that because drones diminish the costs of waging war it is very likely that they will lead to *both just and unjust* wars.¹²⁴ His opinion seems inclined towards the view that drones do not have intrinsically 'bad characters' which create only bad results in the international society.¹²⁵ The argument goes on to say that drones are not just available in aggressive wars.¹²⁶ If the word 'war' is changed with 'the use of force' to adapt this theory into the UN system, then drones may push the limits of the UN Charter system in both situations. First, it should be noted that the existing UN Charter system does not completely fit with just war theory. The UN Charter creates a procedural exception to the ban on the use of force: the UNSC authorisation. This exception's relationship with justness is a pragmatic one rather than being a principal stance against the unjust. However, the use of force in self-defense can be linked with the idea of just war. The main idea behind this system is to categorically prevent the use of force. Therefore, if armed drones loosen the prohibition or help the creation of a new exception to it then they change the paradigm of the use of force enshrined in the UN Charter.

Based on the possibility of waging just wars with the new options provided by drones, the first thing that comes to the mind is humanitarian intervention. Under the current system of international law, humanitarian intervention does not seem to have gained a broad acceptance in the literature. Also, international politics does not always allow humanitarian interventions as was seen in the case of Aleppo.¹²⁷ Arguing that lowering the threshold to the resort to force by drones can create positive outcomes¹²⁸, Beauchamp and Savulescu claimed that drones can help states in prevailing over the reluctance to humanitarian intervention.¹²⁹ In arguing that humanitarian intervention is a just war, they focus on the outcomes, like preventing genocide.¹³⁰ For them, humanitarian intervention is the most possible type of war/use of force to be facilitated by drones.¹³¹ Because humanitarian intervention requires states to risk their soldiers *for the sake of others*, 'casualty

¹²⁴ Schulzke, pp. 79, 84; Brooks, Rosa. "Drones and the International Rule of Law." *Ethics & International Affairs*, Vol. 28, 2014, p. 88.

¹²⁵ Schulzke, pp. 79, 84.

¹²⁶ Schulzke, p. 84.

¹²⁷ There was a call for intervention in Aleppo by various sections of the international society. See Ismail, Abdalrhman. "Gulf Arab States Call on U.N. to Intervene to Stop Aleppo Assault." *Reuters*, Oct. 1, 2016, <http://www.reuters.com/article/us-mideast-crisis-syria-gulf-idUSKCN1213N4?il=0>. The international community's military inaction was based on the idea which prefers to avoid direct encounter of Russia and the US. See Krauthammer, Charles. "Aleppo and American Decline." *Washington Post*, Dec. 22, 2016, https://www.washingtonpost.com/opinions/global-opinions/aleppo-and-american-decline/2016/12/22/1c025a5a-c877-11e6-85b5-76616a33048d_story.html?utm_term=.5d008606e793.

¹²⁸ Beauchamp, Zack/ Savulescu, Julian. "Robot Guardians: Teleoperated Combat Vehicles in Humanitarian Military Intervention." *Killing by Remote Control: The Ethics of an Unmanned Military*, ed. Bradley Jay Strawser, Oxford University Press, 2013, p. 114.

¹²⁹ Beauchamp and Savulescu, p. 106.

¹³⁰ Plaw et al, p. 198.

¹³¹ Beauchamp and Savulescu, pp. 119, 122.

aversion' becomes a unique obstacle to it and makes states more vulnerable from this point.¹³² Therefore, states try to avoid casualties. At this point, armed drones provide an option where the risk on the soldiers is removed and therefore will affect the states in overcoming the unique obstacle in humanitarian interventions.¹³³ For Beauchamp and Savulescu, Kosovo and NATO's premise to zero casualties represent the best example in proving the direct link between casualties and the decision to intervene on a humanitarian basis.¹³⁴ This casualties concern of the interveners is mostly related to their soldiers rather than civilian casualties, therefore, Beauchamp and Savulescu put forward also an argument claiming that removing the risk from soldiers will open a new space for generals to focus on avoiding the civilian casualties in an operation which is intended to protect civilians and, thereby, drones will strengthen the moral basis for the humanitarian interventions.¹³⁵ They also claim that the intervention in Libya in 2011 also demonstrated the effectiveness of drones in humanitarian interventions.¹³⁶ However, Beauchamp and Savulescu do not restrict the argument on drones to the UAVs, they also consider unmanned ground vehicles.¹³⁷ As most of the casualties are from ground soldiers, expanding drones to the ground will also affect the decision to intervene and lower the threshold to use force significantly.¹³⁸ This side of the argument can be considered as a response to the critics saying that the air force would not be sufficient to achieve the objectives of war/using force completely and help from the ground is needed. The possibility of using unmanned ground vehicles in humanitarian intervention was brought into question by a Project called 'Pax Robotica'.¹³⁹ This idea is in accord with the strategy of 'no troops on ground' as well.

Yet, the present writer is of the opinion that there exist other political prerequisites of humanitarian intervention alongside the casualty aversion. The Aleppo example showed that in cases where there is a strong opposition by other powers towards the use of force on a humanitarian basis by a group of powerful states, including the world's declining hegemon, drones may not be enough to facilitate intervention. The theoretical conclusion, here, would be that in situations where a territorial state has not been isolated enough politically, humanitarian intervention is not a possible option. However, in cases where there is an agreement reached within the UNSC, then drones can facilitate or even bring humanitarian intervention forward as an option to solve the conflict as their role in the intervention in Libya with the authorisation of the UNSC in 2011 indicated. Even though the UNSC does not need to generally mention a particular weapon,¹⁴⁰ discussions can reveal the effect of drones on the decision-making process as this observed in the Kosovo intervention. In the resolution 1973 regarding the humanitarian intervention in Libya, the UNSC ruled out the option of using troops on the ground by the intervening states by saying '*while excluding a foreign occupation*

¹³² Beauchamp and Savulescu, pp. 115, 117.

¹³³ Beauchamp and Savulescu, p. 118.

¹³⁴ Beauchamp and Savulescu, p. 118.

¹³⁵ Beauchamp and Savulescu, p. 122; Cf de Groof, p. 133.

¹³⁶ Beauchamp and Savulescu, p. 119.

¹³⁷ Beauchamp and Savulescu, p. 120.

¹³⁸ Beauchamp and Savulescu, p. 120.

¹³⁹ Project on National Security Reform, *Strategic Studies Institute*, Sheila R. Ronis ed., 2010, <http://indianstrategicknowledgeonline.com/web/VISION%20WORKING%20GROUP%20REPORT.pdf>, p. 54-58.

¹⁴⁰ De Groof, p. 142.

force of any form on any part of Libyan territory'.¹⁴¹ As Enemark notes¹⁴², the US choice was to deploy armed drones in Libya in order to help the NATO intervention.¹⁴³ The intervention in Libya appears to be the only example during the US drone era of the use of force where the availability of armed drones solely led to the US involvement in an intervention.¹⁴⁴ Also, armed drones removed¹⁴⁵ the domestic restrictions on the extraterritorial use of force by the Obama Administration and in articulating justification for bypassing the US Congress the Obama Administration indicated the US understanding of drones:

‘U.S. operations do not involve sustained fighting or active exchanges of fire with hostile forces, nor do they involve the presence of U.S. ground troops, U.S. casualties or a serious threat thereof, or any significant chance of escalation into a conflict characterized by those factors.’¹⁴⁶

In contrast, as Enemark notes¹⁴⁷, the then American President Bill Clinton asked prayers from the US citizens during the intervention in Kosovo mentioning and stressing that the operation is not free of risk: ‘Now, I want to be clear with you, there are risks in this military action, risks to our pilots and the people on the ground. ... Our thoughts and prayers tonight must be with the men and women of our Armed Forces...’¹⁴⁸ These quotes, which are taken from two different humanitarian intervention examples, indicate the difference in the approach towards the resort to force throughout two humanitarian interventions.

The inclination towards air limited interventions is a response on the legitimacy problem of the UNSC authorisations which are aimed at overthrowing an existing regime. However, the political prerequisites of humanitarian intervention exist alongside with the casualty aversion as co-unique obstacles of humanitarian intervention. Therefore, before the intervening states overcome the political objections at the international level, armed drones will not have a facilitating effect on humanitarian intervention.

Here, the willingness of the UN Peace-keeping forces to use unarmed drones deserves to be mentioned. Although, the attempts of using them were halted due to the crashing and downing

¹⁴¹ SC Res 1973, Mar. 17, 2011. (emphasis added)

¹⁴² Enemark, *Armed Drones*, p. 25.

¹⁴³ Aljazeera, “US Deploys Armed Drones in Libya”, Apr. 22, 2011, <http://www.aljazeera.com/news/africa/2011/04/2011421223027558915.html>; See also Obama’s letter to the Congress, *Letter from the President on the War Powers Resolution*, June 15, 2011, <https://obamawhitehouse.archives.gov/the-press-office/2011/06/15/letter-president-war-powers-resolution>.

¹⁴⁴ Shanker, Thom. “Obama Sends Armed Drones to Help NATO in Libya War.” *The New York Times*, Apr. 21, 2011, <http://www.nytimes.com/2011/04/22/world/africa/22military.html>.

¹⁴⁵ Saletan, William. “Koh is My God Pilot.” *Slate*, June 30, 2011, http://www.slate.com/articles/health_and_science/human_nature/2011/06/koh_is_my_god_pilot.html.

¹⁴⁶ The Washington Post. *United States Activities in Libya*, <http://www.washingtonpost.com/wp-srv/politics/documents/united-states-activities-libya.html>, p. 25.

¹⁴⁷ Enemark, Christian. “Drones, Risk, and Perpetual Force.” *International Affairs*, Vol. 28, 2014, p. 376.

¹⁴⁸ Statement By President Clinton On Kosovo, Mar. 24, 1999, <https://millercenter.org/the-presidency/presidential-speeches/march-24-1999-statement-kosovo>.

incidents in Congo in 2006¹⁴⁹, the UNSC Resolution 2098 in 2013 authorised MONUSCO to use drones to observe the arms embargo.¹⁵⁰ Also, other UN mandates requested the UN to authorise them to use drones in implementing their mandates citing the risk-free and versatile nature of drones.¹⁵¹ The adaptation of drone technology for surveillance purposes may spread to the missions including the use of force. However, problems like who will use the data obtained by drones¹⁵² during surveillance missions will constitute a bar to moving to the next stage.

6. Use Force All Around the Globe with No Risk

Another aspect of drones is that they enable states to militarily have a ‘dynamic global presence’ with no risk to soldiers¹⁵³ and this seems to cost less strategically¹⁵⁴. The world’s declining hegemon, ie the US Government, had already established fourteen drone-bases until 2017.¹⁵⁵ Based on the global presence argument, it could be said that armed drones will increase the reacting capacity of a state to threats and this increase in the reacting capacity serves to diminish the gravity requirement of the right to self-defense. With this global presence, states can respond immediately to security concerns. The high loitering capacity of drones solves the problems faced due to the needs of manned aircraft pilots. This loitering capacity enables a drone state to have a ‘permanent armed presence’ near boundaries of another sovereign state.¹⁵⁶ Based on this situation it can be said that armed drones take the defense to the enemy. However, this can blur the difference between defensive and aggressive uses of force. As the attitudes of states indicate that they perceive the presence of drones close to their borders as a threat and express that they will take a harsh stance against drones.¹⁵⁷ The use of the loitering capacity of armed drones, even arguably for reconnaissance purposes, can constitute a threat of the use of force or be perceived as such and lead to a reaction.

¹⁴⁹ Apuuli, Kasaija Phillip. “The Use of Unmanned Aerial Vehicles (Drones) in United Nations Peacekeeping: The Case of the Democratic Republic of Congo.” *American Society of International Law Insights*, Vol. t18, 2014, <https://www.asil.org/insights/volume/18/issue/13/use-unmanned-aerial-vehicles-drones-united-nations-peacekeeping-case>.

¹⁵⁰ SC Res 2098, Mar. 28, 2013.

¹⁵¹ U.N. Secretary-General, Report of the Secretary-General on the situation in Abkhazia, Georgia, Jan. 23, 2008, para 41 U.N. Doc. S/2008/38 .

¹⁵² Nichols, Michelle. “Russia Voices Concern About U.N. Sanctions, Spy Drones in South Sudan.” *Reuters*, Oct. 9, 2015, <http://www.reuters.com/article/us-southsudan-security-un-idUSKCN0S32EG20151009>.

¹⁵³ Washburne, Samuel B. *Willingness to Intervene: A Study on Drones, Public Opinion and the Use of Lethal Action*. Bilkent University, Master Thesis, 2015, p. 58, (unpublished master thesis, Bilkent University) (on file with the Turkish Council of Higher Education Thesis Center).

¹⁵⁴ Hazelton, p. 85.

¹⁵⁵ See Rinehart, Christine Sixta. “Sharing Security in an Era of International Cooperation: Unmanned Aerial Vehicles and the United States’ Air Force.” *Defense and Security Analysis*, Vol. 33, 2017, p. 46.

¹⁵⁶ Sparrow, p. 27.

¹⁵⁷ See The Japan Times, “Japan to Shoot Down Foreign Drones That Invade its Airspace.” Oct. 20, 2013, <https://www.japantimes.co.jp/news/2013/10/20/national/politics-diplomacy/japan-to-shoot-down-foreign-drones-that-invade-its-airspace/#.WZNzSHeZNR0>.

III. TOWARDS A LESS RESTRICTED PARADIGM OF THE USE OF FORCE

As armed drones enable states to resort to force with almost no-risk, this situation corresponds to the needs of states to respond to security concerns growing out of armed non-state actors and perfectly fits the existing asymmetry of today's conflicts and the trends in the use of force. Due to their existing vulnerabilities to defense systems, the role armed drones will play in inter-state relations seems to be limited in regard to self-defense issues. Relying on these claims, this section aims to examine the effect of drones strikes on the practice of a more permissive self-defense argument in relation to armed non-state actors.

A. Drone Strikes, Consent and 'Unwilling or Unable' Test

The legal uncertainty, or in other words, the absence of the clear legal argument of the drone using states during the US drone era, made the consent issue more relevant in the context of most of the drone strikes as it is thought to be removing the tension between sovereignty and self-defense. However, considering consent as a sole basis for the extraterritorial use of force is a challenging situation for the prohibition of the use of force in international relations as it creates a new exception or puts the use of force in question outside the scope of *jus ad bellum*. Also, the way by which the consent is given is another question that gained importance within the context of drone strikes. Based on these problems, this part analyses the approaches towards consent in the context of drone strikes and emphasises that taken together with the asymmetry between the territorial state and the state using extraterritorial force the idea that drones are less invasive reveals tacit consent issues.

The first approach treats consent as a separate basis for the use of force and argues that the 'consent removes [... the] use of force from the *jus ad bellum* framework'¹⁵⁸ and provides states an option 'to bypass the prohibition on the use of force'¹⁵⁹.¹⁶⁰ This approach seems to consider that the decision to consent is an absolute political decision which is an expression of the consenting state's 'political independence'.¹⁶¹ In that sense, they argue that the use of force in question is no longer a coercive one, rather it is a consensual use of force and Article 2(4) only prohibits the coercive resorts to force.¹⁶²

Accordingly, as Byrne notes¹⁶³, this approach makes a distinction between existing exceptions of the prohibition of the use of force and the use of force through consent.¹⁶⁴ According to this distinction, consent precludes the violation of sovereignty and no violation exists from the

¹⁵⁸ Byrne, Max. "Consent and the Use of Force: An Examination of 'Intervention by Invitation' as a Basis for US Drone Strikes in Pakistan, Somalia and Yemen." *Journal on the Use of Force and International Law*, Vol. 3, 2016, p. 99.

¹⁵⁹ Byrne, p. 103

¹⁶⁰ Byrne, p. 124. See also Mahmood, Amna, Sadaf Farooq, and Asia Karim. "US Drone Attacks in Pakistan: An International Law Perspective." *International Journal of Business and Social Science*, Vol. 6, 2015, p. 170.

¹⁶¹ Byrne, p. 99.

¹⁶² Tams and Devaney, p. 28.

¹⁶³ Byrne, p. 100.

¹⁶⁴ International Law Association Committee on the Use of Force. Washington Conference Draft Report on Aggression and the Use of Force, 2014, <https://goo.gl/1TmK2P>.

beginning.¹⁶⁵ The other approach acknowledges the legalising effect of consent, while arguing that the consenting state is restricted in the sense that it cannot consent if it ‘has no right to use ... force’¹⁶⁶. Therefore, it is argued that in situations where it is unlawful for the consenting state to use force in its territory, the territorial state *cannot* consent to the use of force on its territory.¹⁶⁷

In the present author’s view, the strong argument concerning Article 2(4) of the UN Charter is that the use of force in question lacks the character of coerciveness and thereby does not fall within the scope of the ban. Arguing that the prohibition is inapplicable if the territorial state consented, also seems to be an answer to the question as to what makes the resort to force lawful if neither consenting state has a right to use force nor the attacking state. However, the problem arises when a state provides self-defense as a secondary justification as the US did¹⁶⁸ concerning drone strikes. Does this bring the use of force in question back into the framework of *jus ad bellum* or does the consent argument take precedence? Also, the prohibition of the use of force, as is mentioned above, should be read within the wider context of global security. The circumvention of international obligations by consent should be avoided while the respect for state sovereignty of both sides is maintained. Therefore, to trigger the effect of consent either consenting or the state using force extraterritorially needs to have a right to use force.

The drone strikes that have occurred until 2017, also put into question the requirements about how the consent should be expressed, especially the existence of tacit consent. In cases where a state is unable or does not want for its own reasons to object to the use of force in its territory by a certain state the consenting state simply opts to remain silent on the issue. The Israeli drone strikes in Sinai, Egypt can be taken as examples of this claim or, in other words, can be taken as extreme implementations of the tacit consent argument. The reason why the Israeli drone strikes in Sinai can be labelled as an extreme version of tacit consent is that neither the Israeli side commented on the existence of drone strikes¹⁶⁹ nor the Egyptian side on the issue of consent.¹⁷⁰ The lack of official

¹⁶⁵ Advisory Committee on Issues of Public International Law. Advisory Report on Armed Drones (English Translation), p. 10, 2013, [http://cms.webbeat.net/ContentSuite/upload/cav/doc/CAVV_advisory_report_on_armed_drones_\(English_translation_-_final\)_2\).pdf](http://cms.webbeat.net/ContentSuite/upload/cav/doc/CAVV_advisory_report_on_armed_drones_(English_translation_-_final)_2).pdf).

¹⁶⁶ O’Connell, Mary. *Drones Under International Law*. Washington University Law Whitney R. Harris World Law Institute International Debate Series, 2010, p. 6, <https://law.washu.edu/wp-content/uploads/2018/10/OConnellFullRemarksNov23.pdf>.

¹⁶⁷ Deeks considers this argument as *lex ferenda* although she supports it. See Deeks, Ashley S. “Consent to the Use of Force and International Law Supremacy.” *Harvard International Law Journal*, Vol. 54, 2013, p. 33; Schmitt, Michael N. “Drone Attacks under the Jus ad Bellum and Jus in Bello: Clearing the ‘Fog of Law’.” in *Yearbook of International Humanitarian Law*, Vol. 13, 2010, p. 315; O’Connell, Mary Ellen. “International Law and Drone Attacks Beyond Armed Conflict Zones.” in *Drones and the Future of Armed Conflict: Ethical, Legal, and Strategic Implications*, edited by David Cortright, Rachel Fairhurst, and Kristen Wall, University of Chicago Press, 2015, p. 73.

¹⁶⁸ See Harold Hongju Koh, *The Obama Administration and International Law*, p. 15 (Keynote Speech at the Annual Meeting of the American Society of International Law), 2010. [Hereinafter Koh’s speech]

¹⁶⁹ Ahronheim.

¹⁷⁰ al-Rajhi, Islam. “Amaliyya Israilliyya Murakkaba wa Qasf Jawwi wa Qatla Yatasaqatun fi Sina ...wa Misr Samita [An Israeli Complex Operation, Aerial Bombing and Several Killed in Sinai... And Egypt is Silent]”. *The New Khalij*, Feb. 22, 2017, <http://thenewkhalij.org/node/60139>; See also a report claiming that Egypt approves the Israeli airstrikes, including drone strikes, in Sinai. Kirkpatrick, David D. “Secret Alliance: Israel Carries Out Airstrikes in Egypt, With

statements indicates either inability or unwillingness of the two states to publicise the legal relationship between them in relation to the issue. The ambiguity that was created by this situation is contrary to what the commentary on the Article 20 of the Draft Articles on State Responsibility depicts as clear establishment of the consent.¹⁷¹ At this point, Aronsson's argument about the role of silence in state practice¹⁷² seems useful. Based on her argument one can say, 'a qualified claim' of the state using force extraterritorially is necessary to consider the territorial state's 'silence' as 'acquiescence'.¹⁷³ However, if neither state is willing to clarify the consent issue this criterion would not work in practice.

The importance of such a tacit consent system is that, based on the first approach, it removes the need of the state using force extraterritorially to rely on self-defense or another basis. The separation of the consent and self-defense as different bases for the use of force, accelerates the acceptance of the 'unwilling or unable' doctrine in state practice and literature.¹⁷⁴ It also renders obsolete the importance of the scope of the consent which is difficult to determine in cases of drone strikes due to the secrecy surrounding them¹⁷⁵. The only way to understand that the boundaries of tacit consent are exceeded by the state using force is presumably the consenting state's expression of its opinion. For instance, arguably Pakistan consented tacitly on the condition that the CIA should 'get the right people'¹⁷⁶ but was compelled to express its denial and disapproval of drone strikes with the increasing civilian deaths that followed them. As Shah says, the political realities of the context where drone strikes occur make the form through which consent is expressed or denied irrelevant,¹⁷⁷ and therefore, the present author believes that the state using extraterritorial force should have its own basis under international law.

B. Gap, Imminence and Drone Strikes

As a legal matter, interpretation of the literal meanings of texts is always needed. The meanings given to *force* in Article 2(4) of the UN Charter and *armed attack* in Article 51 seem to have created a gap within the framework of the use of force. The International Court of Justice's [hereinafter ICJ] continuous interpretation acknowledges the gap and requires the armed attack which may trigger the right of self-defense to be a certain gravity.¹⁷⁸ However, there are interpretations of

Cairo's O.K.", The New York Times, Feb. 3, 2018, <https://www.nytimes.com/2018/02/03/world/middleeast/israel-airstrikes-sinai-egypt.html>.

¹⁷¹ Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries, International Law Commission, in Rep. on the Int'l Law Comm'n, 53rd Sess., Supp. No. 10, U.N. Doc. A/56/10 (2001), p. 175.

¹⁷² Aronsson, p. 289.

¹⁷³ See and Cf Aronsson, p. 289.

¹⁷⁴ See for instance Philip Alston (Special Rapporteur on Extrajudicial, Summary or Arbitrary Executions), *Study on Targeted Killings*, para 35, U.N. Doc. A/HRC/14/24/Add.6 (May 28, 2010).

¹⁷⁵ Brooks, *Be Careful*, p. 33 n 7.

¹⁷⁶ The Guardian, "US Embassy Cables: Pakistan Backs US Drone Attacks on Tribal Areas", Nov. 30, 2010, <https://www.theguardian.com/world/us-embassy-cables-documents/167125>.

¹⁷⁷ Shah, p. 104.

¹⁷⁸ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicar. V. U.S.)*, Merits, 1986 I.C.J. Rep. 14, para 191 (June 27); *Oil Platforms (Iran v. U.S.)*, Judgment, 2003 I.C.J. Rep. 161, paras 51, 62 (Nov. 6); *Armed Activities on the Territory of the Congo (D.R.C. v. Uganda)*, Judgment, 2005 I.C.J. Rep. 168, para 147 (Dec. 19).

‘armed attack’ in a way that it includes all uses of force and even *threats*.¹⁷⁹ Also, some argue that the use of minor force against the minor use of force is possible as countermeasures.¹⁸⁰

Armed drones raise the question as to whether they can be used as a ‘minor use of force in self-defense against minor threats’¹⁸¹ or should they be understood to fall into the gap between self-defense and the prohibition of the use of force.

The question that this issue raises is can such a drone strike fit into the framework of self-defense. The importance of this question arises with the increasing terror attacks around the world. Describing the gravity requirement as unrealistic¹⁸², some argue that such attacks need to be responded to immediately and in a precise manner, and drones can provide this option.¹⁸³ The practicality and instant response capacity, which drones provide by their high loitering capacity and attack features, may well lead states to resort to them in stopping cross border less-grave forms of attacks by armed non-state actors. This feature of armed drones has been paid attention to by other states. For instance, the then Turkish Under-secretary of Defense Industries Demir argued that armed drones are the most meaningful way to stop Daesh attacks which had killed 25 people in Kilis, Türkiye throughout 2016 and ceased after the Euphrates Shield Operation.¹⁸⁴ Although Türkiye used armed drones during the operation after September 2016 as part of a large scale use of force¹⁸⁵, it did not seem to have resorted to them as proving practice of the aforementioned argument in that instance. However, these types of minor uses of force occur only when there is a non-state actor on the border of a state, therefore it could be said that it has limited application.

The other question regarding the relation between drone strikes and *armed attack* is whether a drone strike amounts to an armed attack or not. This question has been answered in the affirmative and negative in the literature of this field. White, emphasising on the ‘surgical nature’ and ‘limited impact’ of drone strikes, argued that a drone strike does not constitute an armed attack.¹⁸⁶ However, this argument redundantly focuses on the targeted killing approach to drones. Additionally, states do consider whether the circumstances are appropriate when they resort to drones against non-state actors extraterritorially as Koh indicated in his speech.¹⁸⁷ Therefore, drone strikes would not give rise to invocation of the right to self-defense by hosting states and this argument would not have practical

¹⁷⁹ Wilmschurst, Elizabeth. *Principles of International Law on the Use of Force by States in Self-Defence*. 2005, <https://www.chathamhouse.org/publications/papers/view/108106>.

¹⁸⁰ O’Connell, Mary Ellen. “*The True Meaning of Force*.” *AJIL Unbound*, Vol. 108, 2014, p. 141; But see Lubell, Noam. *Extraterritorial Use of Force Against Non-State Actors*. Oxford University Press, 2010, p. 82.

¹⁸¹ Enemark, *Armed Drones*, p. 36.

¹⁸² Paust, Jordan J. “Operationalizing Use of Drones Against Non-State Terrorists Under the International Law of Self-Defense.” *Albany Government Law Review*, Vol. 8, 2015, p. 189.

¹⁸³ Paust, *Remotely Piloted Warfare*, p. 1106.

¹⁸⁴ Zeyrek, Deniz. “Kilis’e Çözüm Silahlı İHA [The Solution in Kilis is Armed UAVs]”, *Hürriyet*, (Apr. 25, 2016), <http://www.hurriyet.com.tr/insan-yapisiysa-daha-iyisini-yapariz-40093931>.

¹⁸⁵ Aksam, “Türkiye’nin İnsansız Hava Aracı Kapasitesi [Türkiye’s UAV Capacity]”, (Sep. 7, 2016), <http://www.aksam.com.tr/guncel/turkiyenin-insansiz-hava-araci-kapasitesi/haber-547627>.

¹⁸⁶ White, Nigel D. “The Joint Committee, Drone Strikes and Self-Defence: Caught in No Man’s Land?.” *Journal on the Use of Force and International Law*, Vol. 3, 2016, 214.

¹⁸⁷ Koh’s Speech, p. 14.

implications in the present author's view in such contexts. However, in the inter-state context, the technological developments in small armed drones, which can carry out less grave but equivalent attacks in terms of effectiveness, will probably lead states to a loosened understanding of armed attack.

The extraterritorial attacks by armed non-state actors occur in short-durations and instantaneously. It is therefore important for states to respond to an attack at the beginning or even before it begins. At this point, the practicality and instant response (loitering for long periods and attacking when needed) capacity of drones can lead states to rely on them while using the self-defense argument against so-called imminent attacks/threats. The US and UK practice seem to have relied on such an argument as Boyle points out¹⁸⁸ and their killing list practices, which are disconnected from threats, make the imminence requirement problematic¹⁸⁹. The reported Israeli drone strikes in Sudan, one of which in 2009 killed around fifty smugglers who were allegedly carrying long-range rockets¹⁹⁰ do not fit the imminence argument as well.

C. The Secrecy Surrounding Drone Strikes and the Duty to Report Measures Taken in Self-Defense to the UNSC

Article 51 of the UN Charter imposes a duty on member states to report the measures taken in self-defense to the UNSC. The ICJ in the Nicaragua case considered the report to the UNSC as one of the conditions of self-defense. Due to the fact that the Charter was excluded by the US from the jurisdiction of the ICJ for that case¹⁹¹, the ICJ had to consider the duty mainly under customary law of self-defense and reached the conclusion that no such a duty exists under customary international law although the absence of a report may imply that the state in question was not convinced with the strength of the self-defense argument for that situation¹⁹². The ICJ believes that the duty is a procedural condition under the Charter system of self-defense alongside the UNSC's role in determining the legality of measures taken in self-defense.¹⁹³

Although the language of the article seems to be a strict one, the effects of the so-called duty to report are controversial. It is arguable that the duty to report positively contributes to the assessment of a state's conduct pertaining to self-defense and states mostly comply. However, it could also be argued that the abstract form of reports concerning self-defense actions prevents the positive

¹⁸⁸ Boyle, Michael J. "The Legal and Ethical Implications of Drone Warfare." *International Journal of Human Rights*, Vol. 19, 2015, 122.

¹⁸⁹ Cavallaro, James, Sonnenberg, Stephan, and Knuckey, Sarah. *Living Under Drones: Death, Injury and Trauma to Civilians from Us Drone Practices in Pakistan*. International Human Rights and Conflict Resolution Clinic, Stanford Law School; New York: NYU School of Law, Global Justice Clinic, 2012, https://law.stanford.edu/wp-content/uploads/sites/default/files/publication/313671/doc/slspublic/Stanford_NYU_LIVING_UNDER_DRONES.pdf, p. 108.

¹⁹⁰ Mahnaimi, Uzi. "Israeli Drones Destroy Rocket Smuggling Convoys in Sudan", *The Times*, (Mar. 29, 2009), <https://www.thetimes.co.uk/article/israeli-drones-destroy-rocket-smuggling-convoys-in-sudan-rp5sgvbp5jt>.

¹⁹¹ Nicaragua Case, para. 228.

¹⁹² Nicaragua Case, para. 200.

¹⁹³ Nicaragua Case, para. 200.

contribution to be meaningful.¹⁹⁴ Additionally, as the Judge Schwebel argued, the claim that invoking the inherent right of self-defense would be illegal if the victim state does not notify the UNSC seems to go contrary to the inherent nature of the right of self-defense.¹⁹⁵ Similarly, to argue that the absence of a report removes the legality of the measures, does not seem to be applicable in state practice though it is arguable relying on the text.

In his article in Foreign Policy Zenko argued that states resorting to armed drones, including the US, should notify the UNSC for *each country* where they have been carrying out drone strikes.¹⁹⁶ However, he apparently assumes that every act of self-defense is followed by a complementary conflict as he considers the requirement territorial. In this sense, one may argue that in the event of a conflict following the first action taken in self-defense, reporting several times would no longer serve the purpose the requirement intended for. For instance, Gray argues that states may aim to prevent the application of international humanitarian law through reporting that an action has been taken in self-defense which suggests that the rules concerning self-defense applies.¹⁹⁷ Yet, the requirement concerns a series of temporary acts. Therefore, if the situation does not evolve into a subsequent conflict, the notification should be made for each time a state invokes the right of self-defense.

A glance at the state practice concerning drone strikes shows that except the report at the outset of its intervention in Syria,¹⁹⁸ no US report to the UNSC was made in the context of drone strikes. However, as a response to the pressures and requests to disclose the legal reasoning behind the drone strike program¹⁹⁹, the US Government leaked the White Paper in 2013²⁰⁰. As a leaked report can only be counted as an unofficial statement of the position of a country in regards to a situation, the White Paper does not enable us to understand the certain legal position of the US Government concerning drone strikes. Apart from the problem concerning the general legal approach, the absence of reliable information concerning individual US drone strikes created debates in the literature on the secrecy surrounding them. The secrecy surrounding drone strikes of the US, allowed it to defend its acts under numerous categories and to create a legal vagueness around the act in question.²⁰¹ In this regard, critics argued that this created a bad reputation for the US and they also questioned whether

¹⁹⁴ See for instance Green, James A. "The Article 51 Reporting Requirement for Self-Defense Actions." *Virginia Journal of International Law*, Vol. 55, 2015, pp. 604, 606.

¹⁹⁵ Nicaragua Case, Dissenting Opinion of Judge Schwebel, p. 363, para. 222.

¹⁹⁶ Zenko, Micah. "The Great Drone Contradiction." *Foreign Policy*, (Feb. 19, 2015), <http://foreignpolicy.com/2015/02/19/the-great-drone-contradiction-unmanned-aircraft-systems/>.

¹⁹⁷ See Gray, Christina. *International Law and the Use of Force*. Oxford University Press, 2008, p. 123.

¹⁹⁸ Permanent Rep. of the United States of America to the U.N., Letter dated 23 September 2014 from the Permanent Representative of the United States of America to the United Nations addressed to the Secretary-General, Sep. 23, 2014, U.N. Doc. S/2014/695.

¹⁹⁹ The Request of ACLU, Jan. 13, 2009, <https://www.aclu.org/files/assets/2010-1-13-PredatorDroneFOIARequest.pdf>; ACLU V. CIA - FOIA Case For Records Relating To Drone Killings, Jan. 13, 2010, <https://www.aclu.org/cases/aclu-v-cia-foia-case-records-relating-drone-killings>.

²⁰⁰ NBC News, *Justice Department Memo Reveals Legal Case for Drone Strikes on Americans*, (Feb. 4, 2013), http://investigations.nbcnews.com/_news/2013/02/04/16843014-justice-department-memo-reveals-legal-case-for-drone-strikes-on-americans?lite.

²⁰¹ McNab and Matthews, p. 693.

the US randomly targeted people in the areas that it carried out drone strikes.²⁰² Unlike the US, The UK Government reported a particular drone strike in 2015 which killed two British Daesh members, based on the self-defense argument.²⁰³ However, the UK did not continue to report other drone strikes and does not reveal the details of drones strikes conducted in cooperation with the US in Syria.²⁰⁴ Despite this, the Joint Committee Report on Drones describes the drone attack as ‘merely a conventional use of force abroad by the UK in an armed conflict in which the UK was already involved’²⁰⁵ but White criticises the Report because of disregarding the UK Government’s policy on the use of force outside the conventional battlefields²⁰⁶. However, as is seen above, the UK’s position towards the use of armed drones was vague due to the intense use of armed drones in Syria.²⁰⁷ At this point, there was also an unwillingness shown by states regarding clarification of the legal reasoning behind the drone strikes as the UK refused the Rights Watch’s request to explain the legal reasoning behind the strikes.²⁰⁸ There was also no information about Israel’s report to the UNSC of its drone strikes in Sinai. Türkiye’s initial attitude towards drone strikes was rather to publicise the strikes though it did not report them to the UNSC.

Relying on Brennan’s claim that the US can ‘take action ...without doing a separate self-defense analysis each time’²⁰⁹, one may argue that it can be deduced from the absence of further reports that the state in question acts under the armed conflict argument. However, in the present author’s view this would not prevent the state in question from arguing in a legal platform that it only acted under the self-defense argument and there was no conflict between it and the non-state actor that it attacked, because the duty to report originally is not considered as effecting the legality of the right of self-defense.

The importance of the duty to report is that it allows other members of the international community to know the legal basis of an act which is otherwise illegal under the UN Charter system. Yet, the UN Charter talks of a posteriori and procedural one, therefore, it is hard to argue that lack of

²⁰² Naqvi, p. 42; Cf Witt, John Fabian. *A Duty To Capture?*. Eds Bradley Jay Strawser et al, *Opposing Perspectives on the Drone Debate*, Palgrave Macmillan, 2014, p. 142; Strawser, Bradley Jay. *Reply to Critics: No Easy Answers*, Eds Strawser et al, *Opposing Perspectives on the Drone Debate*. Palgrave Macmillan, 2014, p. 73.

²⁰³ Permanent Rep. of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland to the U.N., Letter dated 7 September 2015 from the Permanent Representative of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland to the United Nations addressed to the President of the Security Council, Sep. 8, 2015, U.N. Doc. S/2015/688.

²⁰⁴ See Cole, Chris. “PM Must Publish Intelligence Committee Report on UK Drone Killings”, Drone Wars UK, (Apr. 18, 2017), <https://dronewars.net/2017/04/18/pm-must-publish-intelligence-committee-report-on-uk-drone-killings/>.

²⁰⁵ *The Joint Committee Report*, p. 5.

²⁰⁶ White, p. 214.

²⁰⁷ ‘The Joint Committee Report’ in 2015 also claimed that the UK’s legal argument is not clear. See The Joint Committee Report, pp. 13, 15.

²⁰⁸ See Jones, Adriana Edmeades. “Hidden from the Public: The United Kingdom’s Drone Warfare”, Just Security, (July 10, 2017), <https://www.justsecurity.org/42935/hidden-public-united-kingdoms-drone-warfare/>; Bowcott, Owen. “UK’s Refusal To Reveal Legal Advice On Drone Killings Faces Challenge”, The Guardian, (July 20, 2017), https://www.theguardian.com/uk-news/2017/jul/20/uk-refusal-reveal-legal-advice-drone-killings-challenge?CMP=Share_AndroidApp_Tweet.

²⁰⁹ Brennan, John O. *Remarks Of John O. Brennan: Strengthening Our Security By Adhering To Our Values And Laws* (2011), <https://obamawhitehouse.archives.gov/the-press-office/2011/09/16/remarks-john-o-brennan-strengthening-our-security-adhering-our-values-an>.

compliance will make a particular act of self-defense illegal. The literature also supports this view.²¹⁰ However, the legal uncertainty that non-compliance with the duty to report creates is undeniable. Although Gray claims that new practice of states indicates that they tend to ‘over-report’ acts of self-defense²¹¹, this was not the case for drone strikes during the US drone era.

CONCLUSION

As international law struggles always with the enforcement question, the realities on the ground should be taken into account seriously when it is interpreted. This does not mean that the rules need to be changed for the sake of violations. However, the unique characteristic of international law, which is the importance of state practice and states’ implementation of law, forces us to think again about how we understand the rules.

Armed drones have brought the notion of riskless resort to force into international law. However, the existing deficits of armed drones restrict their role in inter-state uses of force and, therefore, they are unable to create deterrence or asymmetry. Nevertheless, states can use them to create a low-intensity and short duration conflict in inter-state relations while not putting soldiers into jeopardy. Additionally, the riskless nature of armed drones can encourage states to intervene on a humanitarian basis against an isolated state, yet it seems ineffective in the face of a strong political opposition from a group of states as was seen in the Aleppo example.

Although the role of armed drones in inter-state relations is restricted, armed drones perfectly fit the theory of the use of force against armed non-state actors and help states in developing the practice in this regard. While relying on a more permissive approach to the use of force, the secrecy surrounding armed drones and non-compliance with the duty to report create an ambiguity and uncertainty as to the legal justification of the practice. Here, taken together with the tacit consent idea, the argument that consent makes *jus ad bellum* inapplicable helps states in continuation of this legal ambiguity. Therefore, the research argued that the extraterritorial use of force should rely on the self-defense argument in order to avoid circumvention of the rules of international law. With regards to resorting to armed drones in responding to less-grave forms of armed attacks, states seem to consider this possibility. Yet, the importance of this idea appears when considered in parallel with self-defense against imminent threats. As the research indicated, the practicality and instant strike capacity of drones, also, accelerate the practice and arguments on self-defense against imminent threats.

This article argued that although armed drones may not change the rules governing the resort to force, they did strengthen the permissive understandings of the use of force and pave the way for the practice of such understandings, specifically in regard to armed non-state actors.

²¹⁰ Greig, D. W. “Self-Defence and The Security Council: What Does Article 51 Require?.” 40 *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 40, 1991, p. 387; Gray, p. 122; Green, p. 592.

²¹¹ Gray, p. 123.

REFERENCES

- ACLU V. CIA - FOIA Case For Records Relating To Drone Killings, Jan. 13, 2010, <https://www.aclu.org/cases/aclu-v-cia-foia-case-records-relating-drone-killings>.
- Advisory Committee on Issues of Public International Law. "Advisory Report on Armed Drones" (English Translation), 2013, [http://cms.webbeat.net/ContentSuite/upload/cav/doc/CAVV_advisory_report_on_armed_drones_\(English_translation_-_final\)_2\).pdf](http://cms.webbeat.net/ContentSuite/upload/cav/doc/CAVV_advisory_report_on_armed_drones_(English_translation_-_final)_2).pdf).
- Ahronheim, Anna. "Drone Strike Kills One in Sinai After Rocket Claimed by ISIS Hits Israel", The Jerusalem Post, April 10, 2017, <http://www.jpost.com/Arab-Israeli-Conflict/Report-Drone-strike-kills-one-in-Egypt-Sinai-486696>;
- Aksam, "Türkiye'nin İnsansız Hava Aracı Kapasitesi [Türkiye's UAV Capacity]", (Sep. 7, 2016), <http://www.aksam.com.tr/guncel/turkiyenin-insansiz-hava-araci-kapasitesi/haber-547627>.
- al-Rajhi, Islam. "Amaliyya Israilliyya Murakkaba wa Qasf Jawwi wa Qatla Yatasaqatun fi Sina ...wa Misr Samita [An Israeli Complex Operation, Aerial Bombing and Several Killed in Sinai... And Egypt is Silent]", The New Khalij, (Feb. 22, 2017), <http://thenewkhalij.org/node/60139>.
- Ali, Syed Ameer. "On Islam in the League of Nations." *5 Transactions of the Grotius Soc'y*, 1919, pp. 126-144.
- Aljazeera, "US Deploys Armed Drones in Libya", Apr. 22, 2011, <http://www.aljazeera.com/news/africa/2011/04/2011421223027558915.html>.
- Anadolu Agency. "17 PKK terrorists killed in N. Iraq, SE Turkey", June 17, 2017, <http://aa.com.tr/en/turkey/17-pkk-terrorists-killed-in-n-iraq-se-turkey/843652>.
- Anadolu Ajansı. "Silahlı İHA ile Irak'ın kuzeyinde 2 terörist etkisiz hale getirildi [Armed UAVs neutralise 2 terrorists in Northern Iraq]", June 17, 2017, <http://aa.com.tr/tr/dunya/silahlı-ihā-ile-irakın-kuzeyinde-2-terörist-etkisiz-hale-getirildi/843545>
- Annex to the identical letters dated 5 May 2008 from the Permanent Representative of Georgia to the United Nations addressed to the Secretary-General and the President of the Security Council, May 6, 2008, U.N. Doc. A/62/830-S/2008/299.
- Ansari, Usman. "Pakistan Surprises Many With First Use of Armed Drone", Defense News, Sep. 8, 2015, <http://www.defensenews.com/air/2015/09/08/pakistan-surprises-many-with-first-use-of-armed-drone/>.
- Apuuli, Kasaija Phillip. "The Use of Unmanned Aerial Vehicles (Drones) in United Nations Peacekeeping: The Case of the Democratic Republic of Congo." *American Society of International Law Insights*, Vol.18, 2014, <https://www.asil.org/insights/volume/18/issue/13/use-unmanned-aerial-vehicles-drones-united-nations-peacekeeping-case>.

- Armed Activities on the Territory of the Congo* (D.R.C. v. Uganda), Judgment, 2005 I.C.J. Rep. 168 (Dec. 19).
- Aronsson, Marie. "Remote Law Making: American Drone Strikes and the Development of Jus Ad Bellum." *Journal on the Use of Force and International Law*, Vol. 1, 2014, pp. 273-298.
- Atherton, Kelsey D. "The Pentagon's New Drone Swarm Heralds A Future Of Autonomous War Machines", Popular Science, Jan. 10, 2017, <http://www.popsoci.com/pentagon-drone-swarm-autonomous-war-machines>.
- Balkan, Serkan. *DAESH's Drone Strategy: Technology and the Rise of Innovative Terrorism*, SETA, 2017, <http://setav.org/en/assets/uploads/2017/08/Report88.pdf>.
- Barnidge, Robert. "A Qualified Defense of American Drone Attacks in Northwest Pakistan under International Humanitarian Law." *Boston University International Law Journal*, Vol. 30, 2012, pp. 409-447.
- BBC News. "Islamic State conflict: Two Britons killed in RAF Syria Strike", Sep. 7, 2015, <http://www.bbc.co.uk/news/uk-34178998>.
- Beauchamp, Zack and Julian Savulescu. "Robot Guardians: Teleoperated Combat Vehicles in Humanitarian Military Intervention." *Killing by Remote Control: The Ethics of an Unmanned Military*, ed. Bradley Jay Strawser, Oxford University Press, 2013.
- Ben Emmerson (Special Rapporteur on the Promotion and Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms While Countering Terrorism), *Third Rep. on the Promotion and Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms While Countering Terrorism*, Sep. 18, 2013, para 22, U.N. Doc. A/68/389.
- Bergen, Peter, and Catherine Tiedemann. "Washington's Phantom War: The Effects of the U.S. Drone Program in Pakistan." *Foreign Affairs*, July-Aug. 2011.
- Berkowitz, Roger. "Drones and the Question of the Human." *Ethics & International Affairs*, Vol. 28, 2014, pp. 159-169.
- Bowcott, Owen. *UK's Refusal To Reveal Legal Advice On Drone Killings Faces Challenge*, The Guardian, (July 20, 2017), https://www.theguardian.com/uk-news/2017/jul/20/uk-refusal-reveal-legal-advice-drone-killings-challenge?CMP=Share_AndroidApp_Tweet.
- Boyle, Michael J. "The Cost and Consequence of Drone Warfare." *International Affairs*, Vol. 89, 2013, pp. 1-29.
- Boyle, Michael J. "The Legal and Ethical Implications of Drone Warfare", *International Journal of Human Rights*, Vol. 19, 2015, pp. 105-126.
- Brennan, John O. *Remarks Of John O. Brennan: Strengthening Our Security By Adhering To Our Values And Laws* (2011), <https://obamawhitehouse.archives.gov/the-press-office/2011/09/16/remarks-john-o-brennan-strengthening-our-security-adhering-our-values>

[an.](#)

- Brewster, Murray and Zimonjic, Peter. Armed Drones Are the Future, but Discussion Needed on How We Use Them, Trudeau Says, CBC News, June 8, 2017, <http://www.cbc.ca/news/politics/trudeau-drone-vance-armed-1.4152342>.
- Brooks, Rosa. "Be Careful What You Wish For: Changing Doctrines, Changing Technologies, and the Lower Cost of War." *American Society of International Law Proceedings*, Vol. 106, 2012, pp. 31-35.
- Brooks, Rosa. "Drones and the International Rule of Law." *Ethics & International Affairs*, Vol. 28, 2014, pp. 83-103.
- Brunstetter, Daniel and Braun, Megan. "The Implications of Drones on the Just War Tradition", *Ethics & International Affairs*, Vol. 25, 2011, pp. 337-358.
- Buchanan, David R. "Joint Doctrine for Unmanned Aircraft Systems: The Air Force and the Army Hold the Key to Success.", May 3, 2010, <http://www.dtic.mil/dtic/tr/fulltext/u2/a525266.pdf>.
- Byrne, Max. "Consent and the Use of Force: An Examination of 'Intervention by Invitation' as a Basis for US Drone Strikes in Pakistan, Somalia and Yemen." *Journal on the Use of Force and International Law*, Vol. 3, 2016, pp. 97-125.
- Cavallaro, James, Sonnenberg, Stephan, and Knuckey, Sarah. *Living Under Drones: Death, Injury And Trauma To Civilians From Us Drone Practices In Pakistan*, 2012, https://law.stanford.edu/wp-content/uploads/sites/default/files/publication/313671/doc/slspublic/Stanford_NYU_LIVING_UNDER_DRONES.pdf.
- CBS News. "U.N.: Russian Jet Shot Down Georgian Drone." May 26, 2008, <http://www.cbsnews.com/news/un-russian-jet-shot-down-georgian-drone/>.
- Chehtman, Alejandro. "The ad Bellum Challenge of Drones: Recalibrating Permissible Use of Force." *European Journal of International Law*, Vol. 28, 2017, pp. 173-197.
- Cole, Chris. "PM Must Publish Intelligence Committee Report on UK Drone Killings", *Drone Wars UK*, Apr. 18, 2017, <https://dronewars.net/2017/04/18/pm-must-publish-intelligence-committee-report-on-uk-drone-killings/>.
- Currier, Cora and Moltke, Henrik. "Spies in the Sky", *The Intercept*, 2016, <https://theintercept.com/2016/01/28/israeli-drone-feeds-hacked-by-british-and-american-intelligence/>.
- Davis, Lynn E., Michael J. McNerney, James Chow, Thomas Hamilton, Sarah Harting & Daniel Byman. *Armed and Dangerous: UAVs and U.S. Security*, RAND, 2014, https://www.rand.org/content/dam/rand/pubs/research_reports/RR400/RR449/RAND_RR449.pdf.

- de Groof, Melanie. "Death from the Sky: International Legal and Practical Issues on the Use of Armed Drones." *Drones and Unmanned Aerial Systems: Legal and Social Implications for Security and Surveillance*, edited by Aleš Završnik, Springer, 2016.
- Di Salvo, Philip. Armed Drones: 'The European Countries' Interest at Stake, CILD, May 30, 2017, <https://cild.eu/en/2017/05/30/armed-drones-the-european-countries-interests-at-stake/>.
- Doswald-Beck, Louise. "Confronting Complexity and New Technologies: A Need to Return to First Principles of International Law." *American Society of International Law Proceedings*, Vol. 107, 2012, pp. 107-116.
- Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries, International Law Commission, in Rep. on the Int'l Law Comm'n, 53rd Sess., Supp. No. 10, U.N. Doc. A/56/10 (2001).
- Enemark, Christian. "Drones, Risk, and Perpetual Force." *International Affairs*, Vol. 28, 2014, pp. 365-381.
- Enemark, Christian. *Armed Drones and the Ethics of War*, Routledge, 2014.
- FAA Modernization and Reform Act of 2012*, Pub. L. No. 112-95, §§ 331-336.
- Fox News. "U.S. Kills Al Qaeda Leaders by Remote Control." Nov. 19, 2001, <http://www.foxnews.com/story/2001/11/19/us-kills-al-qaeda-leaders-by-remote-control.html>.
- Franke, Ulrike. "U.S. Drones Are From Mars, Euro Drones Are From Venus." *War on the Rocks*, May 19, 2014, <https://warontherocks.com/2014/05/u-s-drones-are-from-mars-euro-drones-are-from-venus/>.
- Franz-Stephan. "Russia Tests Nuclear-Capable Underwater Drone." *The Diplomat*, Dec. 14, 2016, <http://thediplomat.com/2016/12/russia-tests-nuclear-capable-underwater-drone/>.
- Freedman, Lawrence D. "The Drone Revolution: Less Than Meets the Eye", *Foreign Affairs*, Nov.-Dec. 2016.
- Gibbons-Neff, Thomas. "The First Drone Strikes of The Trump Administration Happened Over The Weekend." *Washington Post*, Jan. 23, 2017, https://www.washingtonpost.com/news/checkpoint/wp/2017/01/23/the-first-drone-strikes-of-the-trump-administration-happened-over-the-weekend/?utm_term=.90da15aea6d2.
- Gogarty, Brendan, and Hagger, Meredith. "The Laws of Man over Vehicles Unmanned: The Legal Response to Robotic Revolution on Sea, Land and Air." *Journal of Law, Information and Science*, Vol. 19, 2008.
- Gray, Christina. *International Law and the Use of Force*, Oxford University Press, 2008.

- Green, James A. “The Article 51 Reporting Requirement for Self-Defense Actions”, *Virginia Journal of International Law*, Vol. 55, 2015, pp. 563-624.
- Greig, D. W. “Self-Defence and The Security Council: What Does Article 51 Require?.” *40 International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 40, 1991, pp. 366 - 402.
- Hambling, David. The Next Era Of Drones Will Be Defined By Swarms, BBC, April 27, 2017, <http://www.bbc.com/future/story/20170425-were-entering-the-next-era-of-drones>.
- Harold Hongju Koh, *The Obama Administration and International Law*, (Keynote Speech at the Annual Meeting of the American Society of International Law), 2010, pp. 207-221.
- Hazelton, Jacqueline L. “Drone Strikes and Grand Strategy: Toward a Political Understanding of the Uses of Unmanned Aerial Vehicle Attacks in US Security Policy”, *Journal of Strategic Studies*, Vol. 40, 2017, pp. 68-91.
- Heyns, Christof, Akande, Dapo, Hill-Cawthorne, Lawrence, and Chengeta, Thompson. “The International Law Framework Regulating the Use of Armed Drones.” *International & Comparative Law Quarterly*, Vol. 65, 2016, pp. 791-827.
- Horowitz, Michael, Kreps, Sarah E., and Fuhrmann, Matthew. “Separating Fact from Fiction in the Debate over Drone Proliferation.” *International Security*, Vol. 41, 2016, pp. 7-42.
- Human Rights Watch. “Between a Drone and Al-Qaeda: The Civilian Cost of US Targeted Killings in Yemen.” 2013, <https://www.hrw.org/report/2013/10/22/between-drone-and-al-qaeda/civilian-cost-us-targeted-killings-yemen>.
- Human Rights Watch. Precisely wrong: Gaza civilians killed by Israeli drone-launched missiles, June 30, 2009, <https://www.hrw.org/report/2009/06/30/precisely-wrong/gaza-civilians-killed-israeli-drone-launched-missiles>.
- Hurriyet Daily News. “Turkey’s New Indigenous ‘Kamikaze’ Drones Set To Be Used In Anti-Terror Ops, To Defend Borders”, May 7, 2017, <http://www.hurriyetdailynews.com/turkeys-new-indigenous-kamikaze-drones-set-to-be-used-in-anti-terror-ops-to-defend-borders.aspx?PageID=238&NID=112812&NewsCatID=345>.
- International Civil Aviation Organization defines remotely piloted aircraft as ‘an aircraft where the flying pilot is not on board the aircraft’. International Civil Aviation Organization. *Unmanned Aircraft Systems (UAS) CIR 328 AN/190*, at x (2011), https://www.icao.int/Meetings/UAS/Documents/Circular%20328_en.pdf.
- International Law Association Committee on the Use of Force. Washington Conference Draft Report on Aggression and the Use of Force, 2014, <https://goo.gl/1TmK2P>.
- Ismail, Abdalrhman. “Gulf Arab States Call on U.N. to Intervene to Stop Aleppo Assault.” *Reuters*, Oct. 1, 2016, <http://www.reuters.com/article/us-mideast-crisis-syria-gulf-idUSKCN1213N4?il=0>.

- Jeangène Vilmer, Jean-Baptiste. “Proliferated Drones: A Perspective on France”, Center for a New American Security, <http://drones.cnas.org/wp-content/uploads/2016/05/A-Perspective-on-France-Proliferated-Drones.pdf>.
- Jerusalem Post, “Isis Claims Responsibility For Rocket Attack On Southern Israel”, Apr. 10, 2017, <http://www.jpost.com/Arab-Israeli-Conflict/Rocket-alert-sirens-sound-in-southern-Israel-near-Gaza-border-486671>.
- Jewish Telegraphic Agency. “Israeli drone strike kills 5 militants in Sinai”, August 9, 2013, <http://www.jta.org/2013/08/09/news-opinion/israel-middle-east/report-israeli-drone-strike-kills-5-militants-in-sinai>;
- Johnston, David, and David E. Sanger. “Threats and Responses: Hunt for Suspects Fatal Strike in Yemen Was Based on Rules Set Out by Bush.” *The New York Times*, Nov. 6, 2002, <http://www.nytimes.com/2002/11/06/world/threats-responses-hunt-for-suspects-fatal-strike-yemen-was-based-rules-set-bush.html>;
- Joint Committee on Human Rights. *The Government’s Policy on the Use of Drones for Targeted Killing (Second Report)* HL Paper 141 HC 574, 2016, <https://publications.parliament.uk/pa/jt201516/jtselect/jtrights/574/574.pdf>.
- Joint Declaration for the Export and Subsequent Use of Armed or Strike-Enabled Unmanned Aerial Vehicles (UAVs), Oct. 16, 2016, <https://www.state.gov/t/pm/rls/fs/2017/274817.htm>.
- Jones, Adriana Edmeades. “Hidden from the Public: The United Kingdom’s Drone Warfare”, Just Security, July 10, 2017, <https://www.justsecurity.org/42935/hidden-public-united-kingdoms-drone-warfare/>.
- Kaag, John, and Kreps, Sarah. *Drone Warfare*. Polity, 2014.
- Karaagac, Cengiz. “Silahlı İHA Üreten ve Kullanan Ülkeler [Countries That Manufacture and Those That Use Armed Drones], My Drone Land”, Feb. 2, 2017, www.mydroneland.com/bilgi/sistem/ih/509-silahli.
- Karon, Tony. “Yemen Strike Opens New Chapter in War on Terror.” *Time*, Nov. 5, 2002, <http://content.time.com/time/world/article/0,8599,387571,00.html>.
- Kellogg-Briand Pact, art. I, 24 Jul 1929, http://avalon.law.yale.edu/20th_century/kbpact.asp.
- Khodarenok, Mikhail. “First Russian-Made Combat Drone Being Tested, Russia Beyond the Headlines”, March 31, 2017, https://www.rbth.com/defence/2017/03/31/first-russian-made-combat-drone-being-tested_731956.
- Khoury, Jack. “ISIS Says Israel Killed four of its Members in Sinai Strike”, Haaretz, February 20, 2017, <http://www.haaretz.com/israel-news/1.772729>.
- Kingsley, Peter. *A Story Waiting to Pierce You*, Point Reyes, CA: Golden Sufi Center, 2010, pp. 155-159, noted in Archytas, *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Aug. 23,

2016, <https://plato.stanford.edu/entries/archytas/>.

- Kirkpatrick, David D. "Secret Alliance: Israel Carries Out Airstrikes in Egypt, With Cairo's O.K.," *The New York Times*, Feb. 3, 2018, <https://www.nytimes.com/2018/02/03/world/middleeast/israel-airstrikes-sinai-egypt.html>.
- Kolb, Robert. "Systemic Efficacy: Potentially Shattering Consequences for International Law." in *Legitimacy and Drones: Investigating the Legality, Morality and Efficacy of UCAVs*, edited by Steven J. Barela, Routledge, 2017.
- Krauthammer, Charles. "Aleppo and American Decline." *Washington Post*, Dec. 22, 2016, https://www.washingtonpost.com/opinions/global-opinions/aleppo-and-american-decline/2016/12/22/1c025a5a-c877-11e6-85b5-76616a33048d_story.html?utm_term=.5d008606e793.
- Leander, Anna. "Technological Agency in the Co-Constitution of Legal Expertise and the US Drone Program." *Leiden Journal of International Law*, Vol. 26, 2013, pp. 811-831.
- Lee, Nathaniel. Watch The Navy's LOCUST Launcher Fire A Swarm Of Drones, *Business Insider*, April 6, 2017, <http://uk.businessinsider.com/watch-navy-locust-launcher-fire-drones-2017-4>.
- Lewis, Michael W. "Drones and Boundaries of the Battlefield." *Texas International Law Journal*, Vol. 47, 2011, pp. 293-314.
- Lotrionte, Catherine. "Targeted Killings by Drones: A Domestic and International Legal Framework." *Journal of International & Comparative Law*, Vol. 3, 2012, pp. 19-70.
- Lubell, Noam. *Extraterritorial Use of Force Against Non-State Actors*. Oxford University Press, 2010.
- Madej, Marek. "Tactical Efficacy: Notorious UCAVs and Lawfare." in *Legitimacy and Drones: Investigating the Legality, Morality and Efficacy of UCAVs*. ed. Steven J. Barela, Journal of Policing, Intelligence and Counter Terrorism, 2017.
- Mahmood, Amna, Sadaf Farooq, and Asia Karim. "US Drone Attacks in Pakistan: An International Law Perspective." *International Journal of Business and Social Science*, Vol. 6, 2015, pp. 165-176.
- Mahnaimi, Uzi. *Israeli Drones Destroy Rocket Smuggling Convoys in Sudan*, THE TIMES, (Mar. 29, 2009), <https://www.thetimes.co.uk/article/israeli-drones-destroy-rocket-smuggling-convoys-in-sudan-rp5sgvbp5jt>.
- Maogoto, Jackson. *Technology and the Use of Force: New Security Challenges in the Twenty-First Century*. Routledge, 2015.
- Martin, Craig. "A Means-Methods Paradox and the Legality of Drone Strikes in Armed Conflict." *International Journal of Human Rights*, Vol. 19, 2015, pp. 142-175.

- Mazower, Mark. *No Enchanted Palace: The End of Empire and the Ideological Origins of the United Nations*. Princeton University Press, 2009.
- McBride, Paul. “Beyond Orwell: The Application of Unmanned Aircraft Systems in Domestic Surveillance Operations.” *Journal of Air Law and Commerce*, Vol. 74, 2009, pp. 627-662.
- Mcleary, Paul. Iranian drones now hitting rebel targets in Syria, *Foreign Policy*, Feb. 29, 2016, <http://foreignpolicy.com/2016/02/29/iranian-drones-now-hitting-rebel-targets-in-syria/>.
- McNab, Molly, and Megan Matthews. “Clarifying the Law Relating to Unmanned Drones and the Use of Force: The Relationships Between Human Rights, Self-Defense, Armed Conflict, and International Humanitarian Law.” *Denver Journal of International Law & Policy*, Vol. 39, 2011, pp. 661-694.
- Melzer, Nils. *Human Rights Implications of the Usage of Drones and Unmanned Robots in Warfare*, European Parliament Directorate General for External Policies, Policy Department Study, 2013, [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2013/410220/EXPO-DROI_ET\(2013\)410220_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2013/410220/EXPO-DROI_ET(2013)410220_EN.pdf)
- Middle East Monitor. Israeli Drone Strikes Sinai Kills One, April 12, 2017, <https://www.middleeastmonitor.com/20170412-israeli-drone-strikes-sinai-kills-one/>.
- Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicar. v. U.S.), Merits, 1986 I.C.J. Rep. 14 (June 27).
- Naqvi, Feisal. “Even War Has Limits.” *Opposing Perspectives on the Drone Debate*, edited by Bradley Jay Strawser, Lisa Hajjar, Steven Levine, Feisal H. Naqvi, and John Fabian Witt, Palgrave MacMillan, 2014.
- NBC News, “Justice Department Memo Reveals Legal Case for Drone Strikes on Americans”, Feb. 4, 2013, http://investigations.nbcnews.com/_news/2013/02/04/16843014-justice-department-memo-reveals-legal-case-for-drone-strikes-on-americans?lite.
- Nicaragua Case, Dissenting Opinion of Judge Schwebel.
- Nichols, Michelle. “Russia Voices Concern About U.N. Sanctions, Spy Drones in South Sudan.” *Reuters*, Oct. 9, 2015, <http://www.reuters.com/article/us-southsudan-security-un-idUSKCN0S32EG20151009>.
- O’Connell, Mary Ellen. “Remarks: The Resort to Drones Under International Law.” *Denver Journal of International Law & Policy*, Vol. 39, 2011, pp. 585-600.
- O’Connell, Mary Ellen. “*The True Meaning of Force*”, *AJIL Unbound*, Vol. 108, 2014, pp. 141-144.
- O’Connell, Mary. Drones Under International Law, Washington University Law Whitney R. Harris World Law Institute International Debate Series, 2010, <https://law.washu.edu/wp-content/uploads/2018/10/OConnellFullRemarksNov23.pdf>.

- Obama's letter to the Congress, *Letter from the President on the War Powers Resolution*, June 15, 2011, <https://obamawhitehouse.archives.gov/the-press-office/2011/06/15/letter-president-war-powers-resolution>.
- Office of the Historian. The League of Nations 1920, <https://history.state.gov/milestones/1914-1920/league>.
- Oil Platforms* (Iran v. U.S.), Judgment, 2003 I.C.J. Rep. 161 (Nov. 6).
- Paust, Jordan J. "Operationalizing Use of Drones Against Non-State Terrorists Under the International Law of Self-Defense", *Albany Government Law Review*, Vol. 8, 2015, pp. 166-203.
- Paust, Jordan J. "Remotely Piloted Warfare as a Challenge to the Jus ad Bellum." *The Oxford Handbook of the Use of Force in International Law*, edited by Mark Weller, Alexia Solomou, and Jake William Rylatt, Oxford University Press, 2015.
- Permanent Rep. of Georgia to the U.N., Annex to the letter dated 10 August 2009 from the Permanent Representative of Georgia to the United Nations addressed to the Secretary-General: Report by the Government of Georgia on the aggression by the Russian Federation against Georgia August 2009, Aug. 27, 2009, U.N. Doc. A/63/953.
- Permanent Rep. of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland to the U.N., Letter dated 7 September 2015 from the Permanent Representative of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland to the United Nations addressed to the President of the Security Council, Sep. 8, 2015, U.N. Doc. S/2015/688.
- Permanent Rep. of the United States of America to the U.N., Letter dated 23 September 2014 from the Permanent Representative of the United States of America to the United Nations addressed to the Secretary-General, Sep. 23, 2014, U.N. Doc. S/2014/695.
- Philip Alston (Special Rapporteur on Extrajudicial, Summary or Arbitrary Executions), *Study on Targeted Killings*, para 35, May 28, 2010, U.N. Doc. A/HRC/14/24/Add.6.
- Plaw, Avery, Fricker, Matthew S. and Colon, Carlos. *The Drone Debate: A Primer on the US Use of Unmanned Aircraft Outside Conventional Battlefields*, Rowman & Littlefield Publishers, 2016.
- Popper, Ben. "What Exactly Is an Underwater Drone?" Dec. 16, 2016, <https://www.theverge.com/2016/12/16/13984666/what-is-underwater-drone-china-us-navy>.
- Project on National Security Reform, *Strategic Studies Institute*, Sheila R. Ronis ed., 2010, <http://indianstrategicknowledgeonline.com/web/VISION%20WORKING%20GROUP%20REPORT.pdf>,
- Pubby, Manu. "India All Set to Get Missile Armed Drones from Israel", *The Economic Times*, April

3, 2017, <http://economictimes.indiatimes.com/news/defence/india-all-set-to-get-missile-armed-drones-from-israel/articleshow/57980098.cms..>

Purkiss, Jessica, and Jack Serle. "Obama's Covert Drone War in Numbers: Ten Times More Strikes Than Bush." *The Bureau of Investigative Journalism*, Jan. 17, 2017, <https://www.thebureauinvestigates.com/stories/2017-01-17/obamas-covert-drone-war-in-numbers-ten-times-more-strikes-than-bush>

Ramsden, Michael. "Targeted Killings and International Human Rights Law: The Case of Anwar Al-Awlaki." *Journal of Conflict & Security Law*, Vol. 16, 2011, pp. 385–406.

Rawnsley, Adam. "Meet China's Killer Drones", *Foreign Policy*, January 14, 2016, <http://foreignpolicy.com/2016/01/14/meet-chinas-killer-drones/>.

Resolution on the Use of Armed Drones, EUR. PARL. DOC. 2014/2567(RSP).

Reuters. Italy, France, Germany Sign European Drone Project, May 18, 2015, <http://www.reuters.com/article/eu-drones-idUSL5N0Y928920150518>.

Rinehart, Christine Sixta. "Sharing Security in an Era of International Cooperation: Unmanned Aerial Vehicles and the United States' Air Force." *Defense and Security Analysis*, Vol. 33, 2017, pp. 45-56.

Rise of the Drones: Unmanned Systems and the Future of War: Hearing Before the Subcommittee on National Security and Foreign Affairs, 111th Cong. 2 (2010) (written statement of Kenneth Anderson), available at http://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1002&context=pub_disc_cong.

Saletan, William. "Koh is My God Pilot." *Slate*, June 30, 2011, http://www.slate.com/articles/health_and_science/human_nature/2011/06/koh_is_my_god_pilot.html.

Samuel B Washburne, *Willingness to Intervene: A Study on Drones, Public Opinion and the Use of Lethal Action*, Bilkent University, Master Thesis, Apr. 2015, (unpublished master thesis, Bilkent University) (on file with the Turkish Council of Higher Education Thesis Center).

Saura, Jaume. "On the Implications of the Use of Drones in International Law." *Journal of International Law and International Relations*, Vol. 12, 2016.

SC Res 1973, Mar. 17, 2011.

SC Res 2098, Mar. 28, 2013.

Schmitt, Michael N. "Drone Attacks under the Jus ad Bellum and Jus in Bello: Clearing the 'Fog of Law'." *Yearbook of International Humanitarian Law*, Vol. 13, 2010, pp. 311-326.

Schulzke, Marcus. *The Morality of Drone Warfare and the Politics of Regulation*, Palgrave

Macmillan, 2017.

- Schwing, Richard P. *Unmanned Aerial Vehicles – Revolutionary Tools in War and Peace*, U.S. Army War College, 2007, <http://oai.dtic.mil/oai/oai?verb=getRecord&metadataPrefix=html&identifier=ADA469608>.
- Shah, Sikander Ahmed. *International Law and Drone Strikes in Pakistan: The Legal and Socio-Political Aspects*, Routledge, 2015.
- Shanker, Thom. “Obama Sends Armed Drones to Help NATO in Libya War.” *The New York Times*, Apr. 21, 2011, <http://www.nytimes.com/2011/04/22/world/africa/22military.html>.
- Singer, Peter Warren. The Global Swarm, Foreign Policy, March 11, 2011, <http://foreignpolicy.com/2013/03/11/the-global-swarm/>.
- Singer, Peter Warren. *Wired for War: The Robotics Revolution and Conflict in the 21st Century*, Penguin Publishing Group, 2009.
- Somerville, Keith. “US Drones Take Combat Role.” *BBC*, Nov. 5, 2002, <http://news.bbc.co.uk/1/hi/2404425.stm>.
- Sonnenberg, Stephan. “Why Drones Are Different?.” *Preventive Force: Drones, Targeted Killing, and the Transformation of Contemporary Warfare*, edited by Kerstin Fisk and Jennifer M. Ramos, New York University Press, 2016.
- Sparrow, Robert. “Predators or Plowshares: Arms Control for Robotic Weapons.” *IEEE Technology and Society Magazine*, Spring, 2009.
- Sprenger, Sebastian. “German MoD Rests Its Case on Armed Drones for Now”, *Defense News*, July 5, 2017, <http://www.defensenews.com/air/2017/07/05/german-mod-rests-its-case-on-armed-drones-for-now/>.
- Statement By President Clinton On Kosovo, Mar. 24, 1999, <https://millercenter.org/the-presidency/presidential-speeches/march-24-1999-statement-kosovo>.
- Sterio, Milena. “The United States’ Use of Drones in the War on Terror: The (Il)legality of Targeted Killings Under International Law.” *Case Western Reserve Journal of International Law*, Vol. 45, 2012, pp. 197-214.
- Strawser, Bradley Jay. *Reply to Critics: No Easy Answers*, Eds Strawser et al, *Opposing Perspectives on the Drone Debate*, Palgrave Macmillan, 2014.
- Tams, Christian J., and Devaney, James G. “Jus ad Bellum: Crossing Borders to Wage War against Individuals.” in *Legitimacy and Drones: Investigating the Legality, Morality and Efficacy of UCAVs*, edited by Steven J. Barela, Routledge, 2017.
- TASS. “Azerbaijan’s Forces Destroy Armenian Drone Defense Ministry Says.” June 22,

- 2017, <http://tass.com/world/952749>.
- TASS. “Azerbaijani Servicemen Down Another Armenian Drone in Karabakh Conflict Zone.” Dec. 13, 2016, <http://tass.com/world/918851>.
- The Guardian, “US Embassy Cables: Pakistan Backs US Drone Attacks on Tribal Areas”, (Nov. 30, 2010), <https://www.theguardian.com/world/us-embassy-cables-documents/167125>.
- The Guardian. “Israeli drone strike kills suspected Islamic militants in Egypt”, August 9, 2013, <https://www.theguardian.com/world/2013/aug/09/israeli-drone-strike-suspected-militants-egypt>;
- The Japan Times, “Japan to Shoot Down Foreign Drones That Invade its Airspace.” Oct. 20, 2013, <https://www.japantimes.co.jp/news/2013/10/20/national/politics-diplomacy/japan-to-shoot-down-foreign-drones-that-invade-its-airspace/#.WZNzSHeZNR0>.
- The Nation, “Air Force drone hits Boko Haram’s base in Sambisa”, Feb. 3, 2016, <http://thenationonlineng.net/air-force-drone-hits-boko-harams-base-in-sambisa/>.
- The New York Times. “Russian-Georgian Dispute Grows Over Downing of Spy Drone.” 22 Apr. 2008, <http://www.nytimes.com/2008/04/22/world/europe/22iht-georgia.4.12237532.html>.
- The Request of ACLU, Jan. 13, 2009, <https://www.aclu.org/files/assets/2010-1-13-PredatorDroneFOIARequest.pdf>.
- The United States Mission to the United Nations, Joint Press Statement from the Permanent Representatives to the United Nations of the United States, United Kingdom, and France Following the Adoption of a Treaty Banning Nuclear Weapons, July 7, 2017, <https://usun.state.gov/remarks/7892>.
- The US Navy. *The Navy Unmanned Undersea Vehicle (UUV) Master Plan*, 2004, <http://www.navy.mil/navydata/technology/uuvmp.pdf>.
- The Washington Post. “United States Activities in Libya”, <http://www.washingtonpost.com/wp-srv/politics/documents/united-states-activities-libya.html>.
- Toprakci, Haydar. “PKK Terrorists Who Martyred Teacher Killed in Airstrike”, Anadolu Agency, July 20, 2017, <http://aa.com.tr/en/turkey/pkk-terrorists-who-martyred-teacher-killed-in-airstrike/865756>.
- Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons, July 7, 2017, entered into force on 22 January 2021.
- Tsagourias, Nicholas and White, Nigel D. *Collective Security: Theory, Law and Practice*, Cambridge University Press, 2013.
- Turkish Directorate General of Civil Aviation. *İnsansız Hava Aracı Sistemleri Talimatı* [The Instruction of Unmanned Aerial Vehicle Systems] Feb. 22, 2016, <http://web.shgm.gov.tr/documents/sivilhavacilik/files/mevzuat/sektorel/talimatlar/SH>

[T-IHA_12062017.pdf](#).

- U.N. Secretary-General, Report of the Secretary-General on the situation in Abkhazia Georgia, Apr. 2, 2008, U.N. Doc. S/2008/219.
- U.N. Secretary-General, Report of the Secretary-General on the situation in Abkhazia, Georgia, Jan. 23, 2008, U.N. Doc. S/2008/38.
- U.N. Secretary-General, Report of the Secretary-General pursuant to Security Council resolutions 1808 (2008), 1839 (2008) and 1866 (2009), May 18, 2009, U.N. Doc. S/2009/254.
- U.S. Air Force. *The U.S. Air Force Remotely Piloted Aircraft and Unmanned Aerial Vehicle Strategic Vision* (2005), <http://digitalcommons.unl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1000&context=usafresearch>.
- U.S. Army UAS Center of Excellence. *Eyes of the Army: U.S. Army Roadmap for Unmanned Aircraft Systems 2010-2035*, <https://fas.org/irp/program/collect/uas-army.pdf>.
- United States Government Accountability Office. *Report to Congressional Requesters: Unmanned Aircraft Systems Federal Actions Needed to Ensure Safety and Expand Their Potential Uses Within the National Airspace System*, 2008, <http://www.gao.gov/new.items/d08511.pdf>.
- UNOMIG. "Report on the Incident of 20 April Involving the Downing of a Georgian Unmanned Aerial Vehicle Over the Zone of Conflict." 2008, <http://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7B65BFCF9B-6D27-4E9C-8CD3-CF6E4FF96FF9%7D/Georgia%20UNOMIG%20Report%20on%20Drone.pdf>.
- Valavanis, K. P., and Kontitsis, M. "A Historical Perspective on Unmanned Aerial Vehicles." In *Advances in Unmanned Aerial Vehicles: State of the Art and the Road to Autonomy*, ed. Kimon P. Valavanis, 2007.
- Wardrop, Murray. "Unmanned Drones Could Be Banned Says Senior Judge." *The Telegraph*, July 6, 2009, www.telegraph.co.uk/news/uknews/defence/5755446/Unmanned-drones-could-be-banned-says-senior-judge.html.
- White, Nigel D. "The Joint Committee, Drone Strikes and Self-Defence: Caught in No Man's Land?" *Journal on the Use of Force and International Law*, Vol. 3, 2016, pp. 210-216.
- Wilmshurst, Elizabeth. *Principles of International Law on the Use of Force by States in Self-Defence*. 2005, <https://www.chathamhouse.org/publications/papers/view/108106>.
- Witt, John Fabian. *A Duty To Capture?*, Eds Bradley Jay Strawser, Lisa Hajjar, Steven Levine, Feisal H Naqvi and John Fabian Witt, *Opposing Perspectives on the Drone Debate*, Palgrave Macmillan, 2014.
- Yoo, John. "Embracing the Machines: Rationalist War and New Weapons Technologies." *Cal. L. Rev.*, Vol. 105, 2017, pp. 443-499.

- Zenko, Micah. “10 Things You Didn’t Know About Drones.” *Foreign Policy*, Feb. 27, 2012, <http://foreignpolicy.com/2012/02/27/10-things-you-didnt-know-about-drones/>.
- Zenko, Micah. “The Great Drone Contradiction”, *Foreign Policy*, Feb. 19, 2015, <http://foreignpolicy.com/2015/02/19/the-great-drone-contradiction-unmanned-aircraft-systems/>.
- Zeyrek, Deniz. “Kilis’e Çözüm Silahlı İHA [The Solution in Kilis is Armed UAVs]”, *Hürriyet*, Apr. 25, 2016, <http://www.hurriyet.com.tr/insan-yapisiysa-daha-iyisini-yapariz-40093931>

Terk Suçunda Tipiklik Unsuru

Ali Şahin KILIÇ^{1*} 

¹Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye

Makale Bilgisi

Makale Geçmişi

Geliş: 19.03.2025

Kabul: 26.06.2025

Yayın: 30.06.2025

Anahtar Kelimeleri:

Terk Suçu, Kişilere Karşı Suçlar, Koruma, Gözetim, Yardım veya Bildirim Yükümlülüğünün İhlali, İhmali Suçlar, Tehlike suçları.

ÖZET

Terk suçu, Türk Ceza Kanunu'nun *Kişilere Karşı Suçlar* başlıklı ikinci kısmının *Koruma, Gözetim, Yardım veya Bildirim Yükümlülüğünün İhlali* başlıklı dördüncü bölümünde 97. maddede düzenlenmiştir. Yaşam ve vücut bütünlüğünü korumayı hedefleyen suç tiplerinden tehlike suçu olmasıyla ayrılan bu suç tipi ile kanun koyucu, kişilerin daha etkili bir şekilde korunmasını hedeflemiştir. Gerek öğretide gerekse de uygulamada terk suçu pek çok farklı nokta ekseninde tartışılmaktadır. Özellikle terk suçunun hukuki niteliği ve bunun yol açtığı sonuçlar itibarıyla terk suçu incelenmeye değer bir suç tipi niteliği göstermektedir. Terk suçunda tipikliğin maddi ve manevi unsurlarının ortaya koyulması, bu suç tipinin diğer suçlardan ayrılması ve bu suçtan fail olanların cezai sorumluluklarının isabetli bir şekilde belirlenmesi bakımından önem taşımaktadır. Bu bağlamda terk suçunun tipiklik unsurlarının ayrıntılı bir şekilde ele alınması ciddi bir gerekliliktir. Bu makalede terk suçu, tartışmalı hususların aydınlatılmasına yönelik olarak tipiklik unsuru kapsamında incelenmiştir.

Typicality Element of the Crime of Abandonment

Article Info

Article History

Received: 19.03.2025

Accepted: 26.06.2025

Published: 30.06.2025

Keywords:

The Crime of Abandonment, Crimes Against Persons, Failure in the Duty of Assistance or Notification, Crimes of Omission, Endangerment Crimes.

ABSTRACT

The crime of abandonment is codified under Article 97 in the fourth section, titled “Violation of the Duty to Protect, Supervise, Assist or Notify”, of the second part of the Turkish Penal Code, which addresses Crimes Against Persons. Distinguished as an endangerment crime, the crime of abandonment aims to protect life and physical health of the victim. It is intended with this crime to ensure more effective protection of individuals. Both in doctrine and practice, the crime of abandonment is debated across many different aspects. Particularly, the legal nature of the crime and the consequences of this nature, make it a subject worthy of academic examination. Identifying the actus reus and mens rea elements of typicality in the crime of abandonment is crucial for distinguishing this type of crime from others and accurately determining the criminal liability of the perpetrators. In this context, a detailed examination of the typicality elements of the crime of abandonment is seriously necessary. This article provides a comprehensive analysis of the legal doctrine of abandonment, critically evaluating its typicality elements, with the aim of clarifying contentious aspects.



This article is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License (CC BY-NC 4.0)

To cite this article:

Kılıç, A. Ş. (2025). “Terk Suçunda Tipiklik Unsuru”, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 8(1), s. 369-397. <https://doi.org/10.51120/NEUHFD.2025.157>.

***Sorumlu Yazar:** Ali Şahin Kılıç, alisahinklc@gmail.com.

GİRİŞ

Türk Ceza Kanunu’nun *Kişilere Karşı Suçlar* başlıklı ikinci kısmının *Koruma, Gözetim, Yardım veya Bildirim Yükümlülüğünün İhlâli* başlıklı dördüncü bölümünde 97. maddede düzenlenen terk suçu, öğreti ve uygulamada tartışmalara konu olan suç tiplerinden biridir. Gerek öğretide gerekse de uygulamada terk suçu farklı yönleriyle tartışma konusu olmaktadır. Bu tartışmalar, genellikle terk suçunun tipiklik unsuru ile bağlantılı hususlara ilişkindir. Bu nedenle terk suçunun tipiklik unsurunun ayrıntılı bir şekilde ele alınması ciddi bir gerekliliktir. Terk suçunun tipikliğinin açıklanması, suç tipi ile bağlantılı olarak gündeme gelen tartışmaların daha isabetli bir zemine oturmasını sağlayacaktır. Özellikle terk suçu ile kasten öldürme suçu arasındaki ayrımın isabetli kriterler çerçevesinde yapılabilmesi terk suçunun tipiklik unsurunun açıklanmasını gerekli kılmaktadır. Bunun yanında öğreti ve uygulamada ciddi sorunlara neden olan terk suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış şekli de incelenmeye değer bir konu olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu makalede, terk suçunun tipikliği, tartışmalı hususlar odağında inceleme konusu yapılacaktır.

I. TERK EYLEMİNİN SUÇ OLARAK DÜZENLENME NEDENİ VE HUKUKİ NİTELİĞİ

A. Kanuni Düzenleme

Terk suçu, Türk Ceza Kanunu’nun *Kişilere Karşı Suçlar* başlıklı ikinci kısmının *Koruma, Gözetim, Yardım veya Bildirim Yükümlülüğünün İhlâli* başlıklı dördüncü bölümünde 97. maddede düzenlenmiştir. Madde hükmüne göre, (1) *Yaşı veya hastalığı dolayısıyla kendini idare edemeyecek durumda olan ve bu nedenle koruma ve gözetim yükümlülüğü altında bulunan bir kimseyi kendi haline terk eden kişi, üç aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.* (2) *Terk dolayısıyla mağdur bir hastalığa yakalanmış, yaralanmış veya ölmüşse, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç hükümlerine göre cezaya hükmolunur.* Kanunun ilgili kısmında terk suçunun yanı sıra 98. maddede *yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi* suçuna da yer verilmiştir. Bu iki suç tipi *Koruma, Gözetim, Yardım veya Bildirim Yükümlülüğünün İhlâli* başlıklı dördüncü bölümdeki yer verilen suç tiplerini oluşturmaktadır. Kanun koyucunun bu tercihi dikkate alındığında koruma ve gözetim yükümlülüğünün ihlalinin terk suçu kapsamında, yardım veya bildirim yükümlülüğünün ihlalinin ise *yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi* suçu kapsamında düzenlendiği anlaşılmaktadır.

B. Suçla Korunan Hukuksal Değer

Terk suçunun kanunda düzenlenme nedenine ilişkin olarak madde gerekçesinde bir açıklama bulunmamaktadır. Öğretide, terk suçu ile korunan hukuksal değer *kendilerini idare edemeyecek*

olan kişilerin vücut bütünlükleri ve yaşam hakları¹, suçun konusunu (ve mağdurunu) oluşturan kişilerin, yaşamlarına, beden bütünlüklerine ve ruh ile beden sağlıklarına yönelik tehlikelere maruz kalmalarını önlemek², insanın yaşama ve vücut bütünlüğü hakkının yanı sıra, koruma ve gözetim yükümlülüğü olan kişilerin bu görevlerini yerine getirmelerinin sağlanması ve bu sayede ortaya çıkacak sosyal fayda düşüncesi³ olduğu ifade edilmektedir. Yargıtay da terk suçuyla korunan hukuki değerlerin insanın yaşama ve vücut bütünlüğü hakkının yanı sıra koruma ve gözetim yükümlülüğü olan kişilerin bu görevlerini yerine getirmelerinin sağlanması ve bu sayede ortaya çıkacak sosyal fayda düşüncesi olduğunu kabul etmektedir⁴.

Terk suçu, hukuksal değerlerin ihlal edilmesi tehlikesini yaptırım altına aldığından suç ile korunan hukuksal değerlerin tespiti tipiklik unsurlarının yorumu bakımından önem taşımaktadır. Bu kapsamda terk suçu ile korunan hukuksal değerlerin yaşam hakkı ve vücut dokunulmazlığı olduğu kabul edilmelidir⁵. Tehlike suçu şeklinde düzenlenmiş bu suç tipinde kanun koyucu özel korumaya muhtaç kişilerin yaşam ve sağlıklarını kendi haline terk edilmeleri dolayısıyla ölüm veya yaralanma riskine karşı korumayı amaçlamaktadır. Bu durum da diğer kişilerin sağlık ve vücut bütünlüklerini korumaya yönelik diğer zarar suçlarına göre daha geniş bir koruma alanını işaret etmektedir. Terk suçunda eylemin risk oluşturduğu durum, mağdurun yaralanması veya hayatını kaybetmesidir; zira mağdur yaşı veya hastalığı dolayısıyla kendisini idare edemeyecek durumdadır. Bununla bağlantılı olarak mağdurun yaralanmış veya hastalanmış olması gibi durumlar da neticesi sebebiyle ağırlaşmış hal olarak düzenlenmiştir. Bu bakımdan terk suçu ile yaşam ve vücut dokunulmazlığı dışında bir hukuksal değer korunduğu fikrine katılmıyoruz. Özellikle *düşünce* gibi soyut nitelikli unsurların hukuksal değer olarak kabul edilmesi suçun unsurlarının yorumunda sorunlara neden olabilir.

C. Soyut ve Somut Tehlike Suçu Ayrımı Çerçevesinde Terk Suçunun Hukuki Niteliği

Hukuki niteliğine gelindiğinde, terk suçunun bir tehlike suçu niteliğinde olduğunun açık olduğu görülmektedir. Bilindiği üzere tipik eylemin gerçekleştirilmesinin tehlikenin gerçekleşmiş sayılması bakımından yeterli olduğu ayrıca somut bir tehlikenin gerçekleşmiş olması şartının aranmadığı suçlar soyut tehlike suçları olarak nitelendirilmektedir⁶. Bunun nedeni kanun koyucunun soyut tehlike suçlarında hareketin yapılması ile tehlikenin gerçekleşeceğini varsaymasıdır⁷. Buna karşılık somut tehlike suçlarında suç tipinde öngörülen eylemin yanı sıra failin cezalandırılabilmesi

¹ Kartal, Pınar Memiş. “Türk Ceza Kanunu’nda Koruma, Gözetim, Yardım veya Bildirim Yükümlülüğünün İhlali Biçimlerinden Terk Suçu: TCK m.97.” *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 1, 2012, s. 199, Özbek, Veli Özer / Doğan, Koray / Bacaksız, Pınar. *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 18. Baskı, Seçkin, Ankara, 2023, s. 303, Heger, Martin. “Die Aussetzung als strafrechtsdogmatischer Mikrokosmos”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* Cilt 119, Sayı 3, 2007, s. 594, Saliger Frank. *NK-StGB, StGB § 221*, 6. Baskı, 2023, Rn. 4, Hardtung Bernhard. *MüKoStGB, StGB § 221*, 4. Baskı, 2021, Rn. 1.

² Önok, Murat. “TCK’da Koruma, Gözetim, Yardım veya Bildirim Yükümlülüğünün İhlali Suretiyle İşlenen Suçlar.” *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 11, Sayı 1, 2012, s. 32.

³ Yenerer Çakmut, Özlem. “Türk Ceza Yasası’nda Terk Suçu (TCK m.97).” *İstanbul Hukuk Mecmuası*, Cilt 65, Sayı 2, 2007, s. 57.

⁴ Yargıtay, 4. CD, 4.11.2009, E 2015/21076, K 2019/17077; Yargıtay, 4. CD, 24.11.2021, E 2019/4766, K 2021/27502; Yargıtay, 4. CD, 11.09.2015, E 2015/1780, K 2015/33630.

⁵ Önok, s. 32, Bock Dennis. *Strafrecht Besonderer Teil 1: Nichtvermögensdelikte*. 1. Baskı, Springer, Heidelberg, 2018, s. 104.

⁶ Özgenç, İzzet. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. 20. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024, s. 224, Ünal, s. 258-259, Ersoy, s. 43.

⁷ Özgenç, *Genel Hükümler*, s. 224.

için bir tehlikenin de gerçekleşmiş olması gerekecektir⁸. Bu durum, somut tehlike suçlarında, suç tipinde tehlike kavramının açık veya örtülü bir şekilde kullanılmasını gerektirmektedir⁹. Suç tipinde tehlikeye ilişkin ifadeye açık bir şekilde yer verilmemiş olması, doğrudan suçun soyut tehlike suçu olarak düzenlendiği anlamına gelmez¹⁰. Soyut ve somut tehlike suçuna ilişkin ayırmda suçun tipiklik unsurlarının somut bir tehlikenin varlığını gerekli kılıp kılmadığı incelenmelidir. Nitekim Alman Öğretisinde terk suçu, § 221 hükmünde yapılan değişiklikle birlikte suç tipinde “ölüm veya sağlığının ağır bir şekilde bozulması tehlikesine maruz bırakırsa” ifadesine yer verilmesinden önceki dönemde de bir somut tehlike suçu olarak nitelendirilmiştir¹¹. Bunun nedeni, suç tipinde kişinin *yardıma muhtaç bir durumda (hilflose Lage)* bırakılmasına yer verilmiş olması ifadesine yer verilmesi ile açıklanmıştır¹². Kanunda yapılan değişiklik ile “ölüm veya sağlığının ağır bir şekilde bozulması tehlikesine maruz bırakırsa” ifadesi öğretideki somut tehlikenin ölüm tehlikesi ile sınırlı olup olmadığına ilişkin tartışmanın çözümü için madde metnine eklenmiştir¹³.

Öğretide çoğunluk görüşü terk suçunun soyut tehlike suçu olduğu yönündedir¹⁴. Terk suçunun Türk Ceza Kanunu’nda soyut tehlike suçu olarak düzenlenmiş olduğunun belirtilmesi gerekir. Nitekim hükmün formülasyonunda mağdurun kendi haline terk edilmesi fiil unsuru olarak kabul edilmiş, bu eylemin mağduru tehlikeye düşürmesi aranmadığı gibi terkin başlı başına tehlikeli olduğuna ilişkin -Alman Ceza Kanunundaki yardıma muhtaç bir duruma terk edilmesi gibi- bir ifadeye de yer verilmemiştir. Buradan kanun koyucunun herhangi bir somut tehlikenin gerçekleşip gerçekleşmediğinin aranmasına gerek görmeden terk suçunu bir soyut tehlike suçu olarak düzenlemeyi tercih ettiği anlaşılmaktadır. Bu tercihin nedeni kanun koyucunun suç tipinde tarif edilen kişinin terk edilmesinin yaşam ve vücut bütünlüğü bakımından meydana getirdiği riskin büyüklüğü karşısında bu riski herhangi bir somut tehlikenin gerçekleşmesi şartını aramadan engellemeye çalışmasıdır.

Terk suçuna ilişkin 97. maddenin 2. fıkrasında terk dolayısıyla mağdurun bir hastalığa yakalanmış, yaralanmış veya ölmüş olması durumunda neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç hükümlerinin uygulanacağını hüküm altına alınmış olması da bu sonucu değiştirmez. Bu düzenleme bir neticesi sebebiyle ağırlaşmış soyut tehlike suçunun varlığına işaret etmektedir. Kanunda somut tehlike suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış haline yer verilebileceği gibi soyut tehlike suçunun da

⁸ Özgenç, *Genel Hükümler*, s. 224-225.

⁹ Keçelioğlu, Elvan. “Sırf Hareket Suçu Soyut Tehlike Suçu Mudur?.” *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 25, Sayı 2, 2021, s. 435.

¹⁰ Ünal, Osman Gazi. *Türk Ceza Hukukunda Tehlike Suçları*. 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 215-216.

¹¹ Küper, Wilfried: “Die Aussetzung (§ 221 Abs. 1 StGB) — ein Lebensgefährdungsdelikt?”, *JuristenZeitung*, 50. Jahrg., Nr. 4, 17. Februar 1995, s. 168.

¹² Küper, Die Aussetzung (§ 221 Abs. 1 StGB), s. 168.

¹³ Heger, s. 594.

¹⁴ Özgenç, s. 224, Ünal, s. 398, Ersoy, Uğur. “Ceza Hukukunun Gri Alanı: Tehlike Suçları.”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Cilt 11, 2020, s. 47, Artuk, Mehmet Emin/ Gökcen, Ahmet / Alşahin, Mehmet Emin / Çakır, Kerim. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. 15. Baskı, Adalet Yayınevi, 2021, s. 387., suçun somut tehlike suçu olduğuna ilişkin bkz. Önok, s. 37, Soyaslan, Doğan. *Ceza Hukuku Özel Hükümler*. 11. Baskı, 2016, s. 220. Alman Ceza Kanunu’nda terk suçu, suç tipinde “ölüm veya sağlığının ağır bir şekilde bozulması tehlikesine maruz bırakırsa” ifadesine yer verilmek suretiyle somut tehlike suçu şeklinde düzenlenmiştir. Saliger, Rn. 3, Bock, s. 108, Alman Ceza Kanunu’ndaki düzenleme için bkz. Yenisey, Feridun / Plagemann, Gottfried. *Alman Ceza Kanunu Strafgesetzbuch (StGB)*. 2. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2015, s. 330.

neticesi sebebiyle ağırlaşmış şekline de yer verilebilir¹⁵. Bu durum, suçun soyut tehlike suçu olarak nitelendirilmesinin önünde engel teşkil etmez¹⁶.

II. TİPİKLİĞİN MADDİ UNSURLARI

A. Fail

Terk suçu, faillik bakımından bir özellik göstermektedir ve sadece koruma ve gözetim yükümlülüğü mevcut bulunan kişilerce işlenebilir¹⁷. Bu yönüyle terk suçu bir özgü suç niteliği göstermektedir¹⁸. Kanunda fail olabilecek kişinin mağdurun yaşı veya hastalığı dolayısıyla kendini idare edemeyecek durumda olması nedeniyle koruma ve gözetim yükümlülüğü altında bulunan kişi olduğu belirtilmesine rağmen, koruma ve gözetim yükümlülüğünün kaynağının ne olduğuna ya da kimlerin bu yükümlülük altında olduğuna ilişkin bir belirleme yapılmamıştır. Öğretide bu yükümlülüğün kasten öldürme suçunun ihmali davranışla işlenmesinde olduğu gibi kanuni düzenlemelerden veya sözleşmeden kaynaklanacağı belirtilmektedir¹⁹. Bunun yanı sıra belirli sosyal ilişkilerin de bu yükümlülüğün dayanağı olabileceği ileri sürülmektedir²⁰. Suç tipinde yaşı veya hastalığı dolayısıyla kendini idare edemeyecek durumda olan ve bu nedenle koruma ve gözetim yükümlülüğü altında olan ifadesine yer verilmiş olması bu yükümlülüğünün doğrudan kanundan veya kişiler arası bir sözleşmeden kaynaklanabileceğine işaret etmektedir. Bu kapsamda gönüllü üstlenmenin de terk suçu bakımından bir garantörlük kaynağı olabileceği ifade edilmektedir²¹.

Terk suçunda failin garantörlüğünün öngelen tehlikeli eylemden kaynaklanıp kaynaklanamayacağının da değerlendirilmesi gerekir. Öğretide terk suçu bakımından garantörlüğünün öngelen tehlikeli eylemden kaynaklanabileceği ifade edilmektedir. Örneğin annesi ile birlikte ıssız bir yerde bulunan çocuğun annesinin öldürülerek yalnız bırakılması durumunda terk suçunun oluşacağı ileri sürülmektedir²². Yine çocuğun kaçırılması durumunda, çocuğu kaçıran kişinin bilahare çocuğu terk etmesi halinde terk suçunun oluşacağı da ileri sürülmektedir²³. Buna karşılık öngelen tehlikeli eylemin terk suçunda mevcut riskin gerçekleştirilmesi şeklinde olmaması gerekir, bunun gibi durumlarda failin eylemi ihmali suretle kasten yaralama ya da taksirle yaralama gibi başka suç tiplerine vücut verecektir.

Terk suçunun özgü suç olma niteliği, başka bir ifade ile failliğin garantörlükle sınırlanması da tartışma konusu olmaktadır. Alman Ceza Kanununda terk suçu kişinin *kendisini idare edemeyecek ve yardıma muhtaç bir duruma getirilmesi* bakımından özgü suç olarak düzenlenmemiştir. Ancak bu durum suç tipinin farklı şekilde formüle edilmesinden kaynaklanmaktadır. Zira Alman sisteminde terk suçu kişinin bakıma muhtaç halde terk edilmesi (*aussetzen*) veya bakmakla yükümlü olunan

¹⁵ Bu konuda örnekler için bkz. Demirtaş, Soner. *Tehlike Suçları*. Adalet Yayınevi, Ankara 2023, s. 339.

¹⁶ Demirtaş, s. 340.

¹⁷ Yenerer Çakmut, s. 58-59, Soyaslan, s. 219.

¹⁸ Özbek, Doğan ve Bacaksız, s. 303, Önok s. 33, Hafizoğulları, Zeki / Özen, Muharrem. *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler: Kişilere Karşı Suçlar*. 5. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2016, s. 121.

¹⁹ Özbek, Doğan ve Bacaksız, s. 303, Önok, s. 33.

²⁰ Önok, s. 33.

²¹ Yenerer Çakmut, s. 59.

²² Özgenç, İzzet. "İhmali Suç Teorisi." *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 25, Sayı 4, 2021, s. 339-340 (61 sayılı dipnot).

²³ Soyaslan, s. 220.

kişinin bırakılması (*verlassen*) şeklinde iki seçimlik hareket çerçevesinde tanımlanmıştır. Bilahare yapılan değişikliklerle yardıma muhtaç hale getirilmesi (*versetzen*) ve terk edilmesi (yüzüstü bırakılması- *im stich lassen*) şeklinde yeniden düzenlenmiştir. Yardıma muhtaç hale getirmenin klasik örneği ile mağdurun yerini hali hazırda bulunduğu yeri daha tehlikeli bir yer ile değiştirme halleri oluşturmaktadır²⁴. Bu kapsamda, ilgi çekici örneklerden bazıları, bir restoran işletmecisinin kendini idare edemeyecek durumdaki müşterisini tehlikeli trafiğin olduğu yol kenarına götürerek orada bırakması, hali hazırda yaralı birisinin bulunduğu yerden alınarak bir bahçeye bırakılması, alkol etkisi altındaki kişinin soğuk kış gününde kendi haline bırakılması gibi olaylardır²⁵. Bunların yanında yeni formülasyonda telefonunun alınarak yalnız bırakılması, dondurucu havada halihazırda alkol etkisi altında olan kişiye alkollü içki verilmesi, kişinin yaşamı bakımından önem taşıyan ilaçlarının alınması gibi durumlar da kişiyi yardıma muhtaç bir hale düşürdüğü sürece terk suçunun tipikliğine uygun eylemler olarak gösterilmektedir²⁶. Bu durumda terk suçunun icrai hareketle işlenmesi söz konusu olmaktadır. Alman ceza kanununun öngördüğü sistemde bu halde terk suçunun işlenmesi için garantörlük sıfatının bulunması gerekli görülmemiştir. Terk suçunun kanunda öngörülen ikinci şeklinde ise bakmakla yükümlü bulunan kişinin yüzüstü bırakılması söz konusudur. Bu durum da genel bir ifade ile suçun ihmali hareketle işlenmesine karşılık gelmektedir. Ceza hukuku sistemimizde ise terk suçu, bakmakla yükümlü olunan kişilerin terkine özgülenmiştir. Bu bağlamda terk suçunun yapısı değişmeden garantörlük sıfatı gerekliliğinin tartışmaya açılmasının pratik bir faydası yoktur.

B. Mağdur

Terk suçunun mağduru, *yaşı veya hastalığı dolayısıyla kendini idare edemeyecek durumda olan* kişidir²⁷. Kanunda mağdurun bu şekilde düzenlenmiş olması çeşitli tartışmalara yol açmaktadır. Başka bir ifade ile kanunda kişinin kendisini idare edemeyecek durumunda olmasının nedeninin yaş ve hastalığa özgülenmesi suçun uygulama alanının belirlenmesinde sorunlara neden olmaktadır²⁸. Öğretide tartışılan hususlardan birisi “yaş” teriminin kapsamına ilişkindir. Öğretide bir görüş yaş kavramının sadece yaş küçüklüğünü kapsadığını, yaşının büyük olması (yaşlılığı) nedeniyle terk edilen kişinin bu kapsama girmediğini ileri sürmektedir²⁹. Benzer şekilde hastalık kavramı da tartışmalara yol açmaktadır. Bu bağlamda kişinin engelli olması gibi hususlar hastalık olarak değerlendirilemediği takdirde suç tipinin uygulama alanı dışında kalmaktadır³⁰. Kişinin sarhoş olması da hastalık kapsamında değerlendirilemez³¹. Kendini idare edemeyecek durumda olma, suçla korunan hukuksal değerle birlikte yorumlanarak, kişinin kendisini yaşamını veya vücut bütünlüğünü meydana gelebilecek tehlikelere karşı koruyamayacak durumda olması şeklinde anlaşılmalıdır³². Bu

²⁴ Hardtung, Rn. 10-11.

²⁵ Hardtung, Rn. 10.

²⁶ Sternberg-Lieben. *Tübinger Kommentar, StGB*, 31. Aufl. 2025, StGB § 221 Rn. 4a.

²⁷ “Somut olayda ise; 01.01.1956 doğumlu olan, katılanın dosyaya yansıyan bilgi ve belgelerden herhangi bir hastalığı veya engeli olmadığı, maaşının olduğu, zaman zaman akrabalarının veya babasından miras kalan evde oturduğu, suç tarihi itibarıyla ileri bir yaşta olmadığı anlaşılmakla; katılan yönünden “kendi haline terk edilme” olgusunun ne şekilde gerçekleştiği açıklanmadan yetersiz ve yerinde olmayan gerekçe ile TCK’nın 97. maddesinde düzenlenen terk suçundan yazılı şekilde hüküm kurulması (bozmayı gerektirmiştir)”, Yargıtay, 4. CD, 09.04.2019, E 2015/951, K 2019/6397.

²⁸ Yenerer Çakmut, s. 61, Önok, s. 36.

²⁹ Önok, s. 34.

³⁰ Önok, s. 35.

³¹ Yenerer Çakmut, s. 61.

³² Krüger, Matthias. “§ 221: Aussetzung.” *Leipziger Kommentar StGB Online*, Ed. Gabriele Cirener, Heinrich Wilhelm

bağlamda kendini idare edemeyecek durumdaki kişi, meydana gelmesi muhtemel tehlikelere diğer bir kişinin yardımı olmadan karşı koyamayacak bir kişiyi ifade eder³³.

Kanun koyucunun sadece bakım ve gözetim yükümlülüğü bakımından bir ayırım yapmak yerine bu yükümlülüğün kaynağı bakımından da bir ayırma yer vermesinin nedeninin anlaşılması kolay değildir. Nitekim, Alman Ceza Kanunu'nda, § 221 hükmünde (1872-1969 arasında ve daha sonra küçük değişikliklerle 1998'a kadar uygulandığı şekliyle) terk suçunun basit şekli; *kişi küçük yaşı, malullüğü ya da hastalığı nedeniyle yardıma muhtaç bir durumda olan kişiyi terk eder veya korumakla, barındırmakla, sevk ya da kabul etmekle yükümlü olduğu kişiyi yardıma muhtaç bir durumda kasten³⁴ kendi haline bırakırsa...*³⁵ şeklinde düzenlenmiştir. 1998 yılında yapılan değişik ile suçun basit şekli; *her kim, bir insanı, kendisini idare edemeyecek ve yardıma muhtaç bir duruma getirir veya koruması altında olmasına veya sair nedenlerden dolayı bu kişiye yardım etme yükümlülüğü bulunmasına rağmen, kendisini idare edemeyecek ve yardıma muhtaç durumda olan bir şahsı kendi haline terk eder ve onu böylece ölüm veya sağlığının ağır bir şekilde bozulması tehlikesine maruz bırakırsa...*³⁶ halini almıştır. Bu değişiklikten açıkça görüldüğü üzere mağdurun hangi nedenle kendini idare edemeyecek durumda olmasının belirlenmesinden vazgeçilmiştir³⁷.

Türk Ceza Kanunundaki mağdurun yaşı ve hastalığı ile sınırlı düzenlemenin uygulamada sorunlara yol açıp açmadığı değerlendirilirken Türk Ceza Kanunu'nun 98. maddesinde düzenlenen *Yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi* suçu da dikkate alınmalıdır. Bu suç tipinde *yaşı, hastalığı veya yaralanması dolayısıyla ya da başka herhangi bir nedenle kendini idare edemeyecek durumda olan kimse* suçun mağduru olabilir. Bu çerçevede terk suçunun uygulama alanı dışında kaldığı kabul edilen kişilerin terk suçunun tipikliğine uygun şekilde terk edilmeleri halinde bu suç tipi uygulama alanı bulacaktır.

Kanun koyucunun terk suçunun uygulama alanını yaş ve hastalıkla sınırlaması, bu iki suç tipinin birlikte düşünülmesi ile yorumlanabilir³⁸. Buna göre, kanun koyucu eylemin terk niteliğinde olduğu ancak mağdur bakımından yaş ve hastalık dışında diğer nedenlerin söz konusu olduğu ve failin bakım ve gözetimle yükümlü olmadığı durumlarda yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi suçunun oluşacağını; buna karşılık bakım ve gözetim yükümlülüğünün mevcut olduğu durumlarda *terk* suçunun oluşacağını öngörmüştür³⁹. Burada şu şekilde bir durum ortaya

Laufhütte, Henning Radtke, Ruth Rissing-van Saan, Thomas Rönau, Wilhelm Schluckebier ve Klaus Tiedemann, Walter De Gruyter, 2019, Rn. 14.

³³ Yenerer Çakmut, s. 62.

³⁴ Suç tipi içerisinde yer alan kasten ifadesi 1975 yılında yapılan değişiklik ile madde metninden çıkarılmıştır.

³⁵ § 221. (1) Wer eine wegen jugendlichen Alters, Gebrechlichkeit oder Krankheit hilflose Person aussetzt, oder wer eine solche Person, wenn dieselbe unter seiner Obhut steht oder wenn er für die Unterbringung, Fortschaffung oder Aufnahme derselben zu sorgen hat, in hilfloser Lage vorsätzlich verläßt, wird mit Gefängniß nicht unter drei Monaten bestraft. Wielant, Martin. *Die Aussetzung nach § 221 Abs. 1 StGB*, Duncker & Humblot, Berlin, 2009, s. 487.

³⁶ (1) Wer einen Menschen

1. in eine hilflose Lage versetzt oder

2. in einer hilflosen Lage im Stich läßt, obwohl er ihn in seiner Obhut hat oder ihm sonst beizustehen verpflichtet ist, und ihn dadurch der Gefahr des Todes oder einer schweren Gesundheitsschädigung aussetzt, wird mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren bestraft. Çeviri için bkz. Yenisey/ Plagemann, s. 330-331.

³⁷ Alman Ceza Kanunundaki düzenlemelerin tarihi gelişimi hakkında bkz. Wielant, s. 43 vd. ayrıca Erbaş, Rahime. *Türk Ceza Kanunu'nda Görünüşte İhmali Suçlarda Garantörlük*. On İki Levha Yayıncılık, 2019, İstanbul, s. 136 vd.

³⁸ Kanun koyucunun suç tipini yaş ve hastalık ile sınırlamasının nedeninin anlaşılması mümkün olduğu yönünde bkz. Önok, s. 36.

³⁹ Bu hususta bkz. Yılmaz, Erkam. *Yardım veya Bildirim Yükümlülüğünün Yerine Getirilmemesi Suçu*. Seçkin, Ankara

çıkılmaktadır: Yaşı ve hastalığı dolayısıyla kendisini idare edemeyecek olan kişinin kendi haline bırakılması halinde garantörlük yükümlülüğü altındaki kişiler terk suçundan, garantörlük yükümlülüğü altında olmayan kişiler yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi suçundan dolayı sorumlu tutulacaktır. Kişinin yaralanmış olması veya başka herhangi bir nedenle kendini idare edemeyecek durumda olan kişinin kendi halinde bırakılması durumunda ise fail garantör olsun ya da olmasın yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi suçundan dolayı sorumlu tutulacaktır. Bu kapsamda ceza hukukumuzda da terk suçunun mağdur yönünden yeniden ele alınması düşünülebilir. Her ne kadar yaşı ve hastalığı nedeniyle kendini idare edemeyecek durumda olan kişinin terk edilmesi ile garantörlük ilişkisi kapsamında bulunmayan kişinin terk edilmesi arasında eylemin haksızlık içeriği bakımından bir farklılıktan söz edilebilirse de yaş ve hastalık dışında başka bir nedenle kendini idare edemeyecek kişinin terk edilmesinde garantör ile üçüncü kişi arasında ayırım yapılmamasının tatmin edici bir gerekçesi bulunmamaktadır. Daha açık bir ifade ile yaş ve hastalık nedeni ile kendini idare edemeyecek durumda olan mağdur bakımından failin garantörlük sıfatı etkiliyken, yaralanması dolayısıyla veya başka bir nedenle kendini idare edemeyecek mağdur bakımından failin garantörlük sıfatının etkili olmamasının nedeni anlaşılamamaktadır. Bunun yanı sıra terk ve yardım ve bildirim yükümlülüğünün ihlali suçları arasındaki fark failin garantörlüğü ile sınırlı değildir ve iki suç tipi faile farklı yükümlülükler yüklemekte ve bu yükümlülüklerin ihlaline farklı sonuçlar bağlamaktadır. Alman öğretisinde de § 221 hükmü dışında kalan durumların belirli ölçüde § 323c hükmü ile koruma altına aldığına, ancak terk suçunun haksızlık içeriğinin yardım ve bildirim yükümlülüğünün ihlalinden daha fazla olduğuna vurgu yapılmaktadır⁴⁰.

C. Eylem

1. Genel Olarak

Terk suçu, kanunda serbest hareketli bir suç olarak düzenlenmiştir⁴¹. Suç, icrai hareketle işlenebileceği gibi ihmali hareketle de işlenebilir⁴². Esasen terk suçunun işlenebileceği iki ihtimal söz konusudur. Bunlardan ilkinde mağdur halihazırda bulunduğu yerde bırakılırken ikinci ihtimalde mağdurun terk edilmek üzere yeri değiştirilmektedir⁴³.

Terk suçunun ihmali hareketle işlediğinde gerçek ihmali suç niteliğinde mi yoksa görünüşte ihmali suç niteliğinde mi olduğu hususu ise tartışmalıdır⁴⁴. Bu tartışmanın odak noktasında suç tipinde yer verilen “koruma ve gözetim yükümlülüğü altında bulunan bir kimse” ifadesinin bir garantörlük ön görüp ön görmediği hususu yer almaktadır⁴⁵. Bilindiği üzere suç tipinin kanuni tarifinde yer verilen

2020, s. 58.

⁴⁰ Krüger, Rn. 2, bu konuda ayrıca bkz. Wielant, s. 122 vd.

⁴¹ Terk suçu aynı zamanda bir sırf hareket suçudur, Demirbaş, Timur. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. 18. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 265.

⁴² Özgenç, s. 401, Koca, Mahmut / Üzülmmez, İlhan. *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*. 9. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023, s. 193, Hafizoğulları / Özen, s. 132, Bayraktar, Köksal / Yıldız, Ali Kemal / Kartal, Pınar Memiş / Sınar, Hasan / Kurt, Gülşah / Bostancı Bozbayındır, Gülşah / Eroğlu, Fulya / Erman Barış. *Özel Ceza Hukuku Cilt II: Kişilere Karşı Suçlar*. 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 397.

⁴³ Önok, s. 36, Özbek, Doğan ve Bacaksız, s. 305.

⁴⁴ Saliger, Rn. 18.

⁴⁵ Yurtlu, Fatih. *İhmali Suçlar*. 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 168.

hareketin ihmalinin suçun oluşumu bakımından yeterli olduğu suç tipleri gerçek ihmali suç olarak tanımlanmaktadır⁴⁶. Gerçek ihmali suçlarda icrai hareketin ihmalinin suç oluşturmaya için herhangi bir neticenin gerçekleşmesine gerek bulunmamaktadır; bu bağlamda bu suçlar bakımından bir garantörlük durumu da söz konusu olmaz⁴⁷. Buna karşılık failin icrai harekette bulunma yükümlülüğünün garantörlük kapsamında belirli bir neticenin önlenmesi ile belirlendiği ihmali suç tipleri görünüşte ihmali suçlar olarak adlandırılmaktadır⁴⁸. Görünüşte ihmali suçlarda aslında icrai hareketle işlenen suçun ihmali hareketle de işlenebileceği öngörülmektedir⁴⁹. Bu bakımdan terk suçu özel bir noktada bulunmaktadır. Bu nedenle terk suçunun *kendine özgü görünüşte ihmali suç* olarak nitelendirildiği de görülmektedir⁵⁰. Zira terk suçunda, bir garantörlük yükümlülüğü bulunmasına rağmen bu garantörlük, suçun tehlike suçu olması nedeniyle kanunda öngörülen bir neticeyi önleme yükümlülüğü şeklinde değildir. Bu nedenle, görünüşte ihmali suçların bir neticenin varlığını gerektirdiği kabulü dikkate alındığında terk suçunun görünüşte ihmali suç olduğunun kabulü suç teorisi bakımından sorunlu görülmektedir⁵¹. Öğretide, terk suçunun yalnızca bakım ve gözetim yükümlülüğü altında bulunan kişi tarafından işlenebilecek olması gerekçesi ile görünüşte ihmali suç olduğu ileri sürülmektedir⁵². Daha açık bir ifade ile suçun görünüşte ihmali suç niteliğinde olduğuna ilişkin görüşün dayanağı suçun yalnızca bakım ve gözetim yükümlülüğü altında bulunan kişi tarafından işlenebilecek olmasıdır. Buna karşılık terk suçunun gerçek ihmali suç olduğuna yönelik görüşler de mevcuttur⁵³. Yargıtay da terk suçunun gerçek ihmali suç olduğunu belirtmekte ve bu nitelendirmenin gerekçesini kısaca kanunda tarif edilen belli bir emredici davranışın yerine getirilmemesi ile oluşması olarak açıklamaktadır⁵⁴.

Terk suçunun gerçek veya görünüşte ihmali suç olduğuna ilişkin tartışma, sırf hareket suçunun görünüşte ihmali suç olabilirliğine ilişkin bir tartışmadır ve bu tartışmada bir çözüme ulaşılabilmesi bu makalenin sınırları dışında kalmaktadır⁵⁵. Bununla birlikte kanunda terk suçunda failiğin neticeyi önleme yükümlülüğü altındaki kişiler ile sınırlandırılmış olması açıkça bir neticeyi önleme yükümlülüğüne yer verilmemiş olsa dahi bu suçun görünüşte ihmali suç olduğuna işaret etmektedir. Terk suçun görünüşte ihmali suç olduğu görüşüne katılıyoruz.

Terk suçu mütemadi bir suçtur, mağdurun terk edilmiş olma durumu devam ettiği müddetçe

⁴⁶ Koca Mahmut / Üzülmüş İlhan. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. 16. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 394, Özbek, Veli Özer / Doğan, Koray / Meraklı, Serkan / Bacaksız, Pınar / Başbüyük, İsa. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 515, Dülger, Murat Volkan. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 333, Artuk / Gökçen / Alşahin / Çakır, Genel Hükümler, s. 325, Demirbaş, s. 254, Hakeri, Hakan. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. 28. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023, s. 150, Akbulut, Berrin. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. 9. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 321.

⁴⁷ Koca / Üzülmüş, Genel Hükümler, s. 395.

⁴⁸ Koca / Üzülmüş, Genel Hükümler, s. 395.

⁴⁹ Koca / Üzülmüş, Genel Hükümler, s. 395.

⁵⁰ Koca / Üzülmüş, Özel Hükümler, s. 196.

⁵¹ Koca / Üzülmüş, Genel Hükümler, s. 398, Özbek / Doğan / Meraklı / Bacaksız / Başbüyük, s. 519, Dülger, s. 336.

⁵² Özgenç, s. 425, Erbaş, *Görünüşte İhmali Suçlarda Garantörlük*, s. 140.

⁵³ Artuk, Mehmet Emin / Gökçen, Ahmet / Alşahin, Mehmet Emin / Çakır, Kerim. *Ceza Hukuku Özel Hükümler*. 20. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 171, Yurtlu, s. 47.

⁵⁴ *Mağdurun kendi haline terk edilmesi, icrai ya da ihmali davranışla gerçekleştirilebilir. Terk suçu, gerçek ihmali suçtur ve kanunda tarif edilen belli bir emredici davranışın (terk etmeme) kasten yerine getirilmemesi ile oluşur*, Yargıtay, 4. CD, T 04.11.2009, E 2015/21076, K 2019/17077.

⁵⁵ Görünüşte ihmali suçların neticeli suç olması gerekmediğine yönelik görüş için bkz. Akbulut, s. 318.

suçun icrası devam etmektedir⁵⁶. Bu nedenle terk suçuna icrai hareket ile başlanarak icra hareketlerinin ihmali bir şekilde devam ettirilmesi mümkündür⁵⁷. Örneğin mağdurun ıssız bir yere bırakılması gibi örneklerde bu durum söz konusudur.

2. Mağdurun Kendi Haline Terk Edilmesi

Terk suçunda fail, mağduru kendi haline terk etmelidir⁵⁸. Yargıtay kendi haline terkin failin, mağdurla olan fiili ilişkisini geçici ya da sürekli şekilde kesmesi ve mağduru egemenlik alanının dışına çıkarması, bu bağlamda kendi haline bırakması anlamına geldiğini kabul etmekte; kişinin kendi haline terk edilmesini ise koruma ve gözetim altında bulunanın, bu yükümlülüğü üstlenmiş olan kişi tarafından herhangi bir yerde korumadan yoksun hale getirilmesi olarak tarif etmektedir⁵⁹. Öğretide de kendi haline terkin failin mağduru korunmadan yoksun bir şekilde egemenlik alanından çıkarması olduğu genellikle kabul edilmektedir⁶⁰. Terk suçunun tipikliğinin oluşabilmesi için mağdurun terk anında hayatta olması gerekir. Hayatta olmayan bir kişinin kendi haline bırakılması durumunda da terk suçu oluşmayacaktır.

Bu konuda ilginç bir örnek Yargıtay 4. Ceza Dairesinin bir kararına konu olmuştur⁶¹. Karara konu olayda seksen altı yaşında bakıma muhtaç ve hasta olup konuşma gücü saptanan mağdur çocukları tarafından nöbetleşe bakılmaktadır. Bakım dönemi biten H, mağduru diğer oğlu R'nin evine getirir ancak R ışıkları söndürerek evde yokmuş izlenimi oluşturarak kapıyı açmaz. Bunun üzerine H, mağduru R'nin komşusundan sandalye isteyerek mağduru R'nin dairesinin kapısının önüne bıkarak olay yerinden ayrılır. R, kapıyı açmaz ve mağduru gece boyunca içeri almaz. Mağdur ile

⁵⁶ Özgenç, İzzet / Koca, Mahmut / Üzülmüş, İlhan, *Ceza Hukuku Genel ve Özel Hükümler Karar İncelemeleri, Sınav Soru ve Cevapları*. Seçkin, Ankara, 2024, s. 70.

⁵⁷ Özgenç / Koca / Üzülmüş, s. 70.

⁵⁸ Alman ceza kanununda bu husus iki farklı ihtimal şeklinde düzenlenmiştir:

1. kendisini idare edemeyecek ve yardıma muhtaç bir duruma getirir veya,
2. koruması altında olmasına veya sair nedenlerden dolayı bu kişiye yardım etme yükümlülüğü bulunmasına rağmen, kendisini idare edemeyecek ve yardıma muhtaç durumda olan bir şahsı kendi haline terk eder ve onu böylece ölüm veya sağlığının ağır bir şekilde bozulması tehlikesine maruz bırakırsa, üç aydan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Yenisey ve Plagemann, s. 330. Bu düzenleme çerçevesinde Alman Öğretisinde birinci fıkradaki düzenlemenin bir neticeli suç olduğu, icrai ve ihmali hareketle işlenebileceği; ikinci fıkradaki düzenlemenin ise tartışmalı olmakla birlikte bir görünüşte ihmali suç niteliğinde olduğu belirtilmektedir. Krüger, Rn. 7.

⁵⁹ Yargıtay, 4. CD, T 18.01.2016, E 2015/26957, K 2016/668.

⁶⁰ Yenerer Çakmut, s. 62, Hakeri, Hakan / Tekin, Derya. *Tartışmalı Sorularla Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*. 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023, s. 128.

⁶¹ “Vicdani kanının olduğu duruşma sürecini yansıtan tutanaklar, belgeler ve gerekçe içeriğine göre, suç tarihinde 86 yaşında, bakıma muhtaç ve hasta olup konuşma gücü saptanan mağdurun çocukları tarafından nöbetleşe bakıldığı dönemde, bakım dönemi biten gelini H tarafından, mağdurun diğer oğlu olan sanık R'nin evine getirildiği, esasen evde bulunan ancak ışıkları söndürüp evde yokmuş intibai vermeye çalışan sanığın kapıyı açıp annesini almadığı, bunun üzerine mağdurun gelini Hanife tarafından komşusundan istenilen sandalyeye oturtulup sanığın daire kapısı önünde bırakıldığı, sanığın hasta, yaşlı ve bakıma muhtaç olduğunu bildiği annesini gece boyunca evine almadığı ve mağdurun ancak ilerleyen saatlerde kendisini fark eden komşuları tarafından eve alınıp ilgilenildiği olayda, gerek yaşı gerekse hastalığı dolayısıyla kendisini idare edemeyecek durumda olduğu anlaşılan mağduru evine kabul etmemek suretiyle kendi haline terk ettiği anlaşılan sanığın eyleminin Yerel Mahkemece TCK'nın 97/1. maddesinde yazılı terk suçunu oluşturduğu kabul edilerek uygulamanın buna göre gerçekleştirildiği anlaşılmakla, yapılan incelemede; ... eylemin doğru olarak nitelendirildiği ve Kanunda öngörülen suç tipine uyduğu, Cezanın kanuni bağlamda uygulandığı, anlaşıldığından sanık R'nin ileri sürdüğü nedenler yerinde görülmemiş olmakla, tebliğnameye aykırı olarak, temyiz davasının esastan reddiyle hükmün onanmasına (karar verildi)”, Yargıtay, 4. CD, T. 07.07.2015, E. 2014/11850, K. 2015/33091. Bu kararla ilişkili değerlendirmeler için bkz. Özgenç, Genel Hükümler, s. 421, H'nin de terk suçu bakımından kastının bulunduğu yönünde bkz. Özgenç, s. 426-427.

bilahare kendisini fark eden R'nin komşuları ilgilenir. Daire kararında R'nin *mağduru evine kabul etmemek suretiyle kendi haline terk ettiği* gerekçesi ile R'nin terk suçunu işlediğine hükmetmiştir. Mağduru kapıya bırakıp giden H'nin cezai sorumluluğu ise tartışılmamıştır. Karara konu olayda terk suçunda mağdurun kendi haline terk edilmesi bağlamında her ne şekilde olursa olsun kendi haline terk edilmiş mağdurun koruma ve gözetimi ile ilgili icrai bir davranışta bulunmasının gerekip gerekmediğinin tartışılması gerekmektedir. Nitekim somut olayda R mağduru bir yere götürüp terk etmediği gibi halihazırda bulunduğu yerden uzaklaşarak da terk etmemektedir. R'nin eylemi kanunda öngörülen bakım ve gözetim yükümlülüğünü kasten yerine getirmemekten ibarettir. Terk suçunun tipiklik unsuru bakım ve gözetim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi nedeniyle mağdurun kendi haline bırakılması olduğundan, terk eylemi bizzat fail tarafından gerçekleştirilebileceği gibi mağdurun her ne şekilde olursa olsun kendi halinde kalması halinde müdahale edilmemesi şeklinde de gerçekleşebilir⁶². Karara konu olayda tartışılması gereken esas sorun H'nin mağduru apartman içerisinde bırakması dolayısıyla terk suçundan dolayı sorumlu tutulup tutulmayacağı olmalıydı. Zira H, burada mağdurun oğlu R tarafından evin içerisine alınacağına duyduğu güven ile hareket etmektedir. Ancak mağdurun tehlikeyi bertaraf edecek şekilde başka bir kişiye teslim edilmesi söz konusu değildir. H'nin cezai sorumluluğu bakımından tipikliğin objektif unsurları gerçekleşmiştir ve kastının mevcut olup olmadığının araştırılması gerekmektedir.

Terk eyleminin ne zaman kendi haline terk niteliğinde olacağı da değerlendirilmelidir. Kişinin kendi haline terk edilmesi terk suçunda tipikliğin objektif unsurunu oluşturmaktadır. Suç kanunda soyut tehlike suçu olarak düzenlendiğinden mağdurun kendi haline terk edilmesinin somut bir tehlikeye yol açıp açmadığı değerlendirilmeyecektir.

Kişinin kendi haline terk edilmediği durumda tipikliğin objektif unsurları oluşmayacağından failin kastının araştırılması gerekli değildir⁶³. Mağdur, bakım ve gözetim yükümlülüğü diğer kişilere devredildikten sonra failin kastının mağduru terk etmek olmasının terk suçu bakımından bir önemi yoktur. Ancak burada bakım ve gözetim yükümlülüğünün mağduru tehlikeye atmayacak şekilde

⁶² Failin aynı mekânda olmasına rağmen mağdurun bakım ve gözetimini sağlamamasının terk suçunu oluşturmayacağı yönünde bkz. Özbek / Doğan / Bacaksız, s. 305.

⁶³ 4. Ceza Dairesinin kararına konu olan mağdurun bir hastanenin acil servisine teslim edildiği bir olayda mahkeme suçun manevi unsurunun oluşmadığı yönünde değerlendirme yapmıştır. Bunun gibi durumlarda tipikliğin objektif unsurları gerçekleşmediğinden manevi unsurların araştırılmasına gerek bulunmamaktadır. “Mağdur ...'nun, resmi nikah akdi olmaksızın birlikte yaşayan sanık ... ve temyiz dışı sanık ...'nun bu beraberliğinden 09.01.2013 tarihinde dünyaya geldiği, sanık ...'in olay tarihinde bakamayacak durumdaki çocuğu olan mağduru hastaneye bıraktığı, 12.03.2013 tarihli sosyal hizmet birimi değerlendirme raporuna göre de; hastanenin acil servisine bırakılan mağdurun anne ve babasının alkol ve uyuşturucu madde bağımlısı oldukları, sanık ...'in çocuğa bakamayacak durumda olduklarından yuvaya verilmesini istediğini, çocuğun herhangi bir sağlık problemi olmadığı ve tıbbi tedaviye ihtiyaç olmadığı, çocuğun yuvaya kayıt olması için sanığın adres, telefon ve kimlik bilgilerini verdiğinin belirtilmesi ve ardından da bebek mağdurun çocuk esirgeme kurumuna yerleştirilmesi şeklinde gerçekleşen olaylarda, suçun “kendi haline terk” bakımından manevi unsurunun gerçekleşmediği gözetilmeden, sanığın beraati yerine mahkumiyetine karar verilmesi (bozmayı gerektirmiştir)” Yargıtay, 4. CD, T. 04.11.2019, E. 2015/21076, K. 2019/17077. Buna karşılık 4. Ceza Dairesi benzer bir olayda meseleyi tipikliğin maddi unsurları çerçevesinde ele almıştır. “Sanığın, gayri resmî birlikteliğinden doğan mağduru hastalığından dolayı Hastaneye getirip tedavisi devam ederken hastanede bırakması ve bir daha geri almaması şeklinde gerçekleşen olayda, suçun yasal unsuru olan, “kendi haline terk” unsuru gerçekleşmediği için terk suçunun oluşmayacağı ancak sanığın mağdura karşı bakım ve gözetim yükümlülüğünü ihlal etmesi nedeniyle eyleminin TCK'nın 233. maddesinde düzenlenen aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüğün ihlali suçunu oluşturacağı gözetilmeden, eksik inceleme ve yetersiz gerekçeyle yazılı şekilde hüküm kurulması, (bozmayı gerektirmiştir)” 4. CD, T. 1.11.2021, E. 2019/5624, K. 2021/25940 .

devredilmiş olması gerekir. Örneğin bebeğini tanımadığı bir kişiye, geri dönmeyeceğini bilerek biraz sonra gelip alacağını beyanıyla teslim eden anne veya baba terk suçunu işlemiş olur. Zira bebeğin tanınmayan bir kişiye teslim edilmesi mağdur bakımından terk suçuna özgü tehlikeyi meydana getirebilecek niteliktedir. Bu durumda çocuğu, iradesi fesada uğratarak teslim alan kişinin bilahare çocuğu bırakması halinde terk suçunun oluşacağından söz edilebilir çünkü bu durumda çocuğun bakım ve gözetim yükümlülüğünün kısa bir süreliğine olsa bile fiilen üstlenilmesi söz konusudur. Yargıtay, kendi haline terk ile ilgili olarak mağdurun *koruma ve gözetim yükümlülüğünü üstlenebilecek durumda olan ve bu iradeyi taşıyan kişilerin inisiyatif kullanabilecekleri biçimde ve ortamda gerçekleştirilmesi halinde* suçun oluşmayacağını kabul etmekte; *mağdurun kendi haline terk edildiğinin kabul edilmesi için mağdurun, koruma ve gözetim yükümlülüğü üstlenebilecek durumdaki bir kişi veya kurumun kontrolüne bırakmaksızın “mağduru kendi haline terk” fiilini gerçekleştirmesi veya terk anı itibarıyla bu yükümlülüklerin kim tarafından taşınacağını belirsiz olması gerektiğini kabul etmektedir*⁶⁴. Bu bakımdan mağdurun örneğin İlçe Emniyet Müdürlüğüne bırakılması gibi durumlarda terk suçunun oluşmaması için mağdurun diğer kişilere uygun şekilde teslim edilmesi gerekir⁶⁵. Mağdurun binanın kapısına bırakılması gibi hususlar terk suçu bakımından mağdurun kendi haline bırakılmadığı anlamına gelmez, bu durumda somut olayın şartlarına göre mağdurun bırakılmasının kendi haline terk niteliğinde olup olmadığına bakılması gerekir⁶⁶. Öğretide mağdurun başkaları tarafından bakım ve gözetime tabi tutulmasının muhakkak olduğu durumlarda terk suçunun oluşmayacağı ifade edilmektedir⁶⁷. Aynı şekilde mağdurun bakım ve gözetime tabi tutulmasının muhtemel olduğu ancak failin mağdurun birileri tarafından fark edilip bakım ve gözetime tabi tutulduğunu görene kadar olay yerinde beklemesi gibi durumlarda da terk suçunun oluşmayacağı ifade edilmektedir⁶⁸. Mağduru koruma ve gözetim yükümlülüğünün mağdurun tehlikeye atılmayacağı şekilde başka kişilere devredilmesi halinde de terk suçu oluşmaz⁶⁹. Örneğin bebeğin hastanede gerçekleşen doğumun ardından küvözde tedavi altındayken hastanede terk

⁶⁴ Yargıtay, 4. CD, 17.02.2021, E 2020/27941, K 2021/4925.

⁶⁵ Sanığın, hakkında terk suçundan dolayı beraat kararı verilen resmi nikahlı eşi ... ile aralarında boşanma davasının duruşmasının bitiminde ...'in, katılan ...'i annesi sanığa bırakarak duruşma salonundan uzaklaşması sonrasında, sanığın da katılana bakamayacağını söyleyerek İlçe Emniyet Müdürlüğüne bırakması şeklinde gerçekleşen olayda, suçun “kendi haline terk” unsurunun gerçekleşmemesi ve eylemin bakım ve gözetime yönelik yükümlülüklerine aykırılık oluşturmaması nedeniyle bu davranışın TCK'nın 233. maddesinde düzenlenen aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüğü ihlal suçunu da oluşturmaması karşısında, sanığın beraatine karar verilmesi gerekirken yasal olmayan gerekçe ile mahkumiyetine hükmolunması (bozmayı gerektirmiştir)”, Yargıtay, 4. CD, 12.05.2016, E. 2016/5394, K. 2016/9879.

⁶⁶ Sanıkların karı-koca oldukları, mağdurların da müşterek çocukları oldukları, hayvancılık yaparak geçimlerini temin ettikleri, bulundukları yörede insanların genellikle yaylada hayvancılık yaptıkları, sanıkların yaşadıkları yerin hayat tarzına ve kültürüne uygun şekilde ve imkanları dahilinde çocuklarını yetiştirmeye çalıştıkları, okul dönemlerinde hayvanlarını yaylaya çıkardıklarında çocuklarının eğitiminin aksamaması için okula giden çocuklarını köy içerisindeki evlerinde bıraktıkları, okul çağı gelmemiş 4 yaşındaki çocuklarını yanlarında götürdükleri, köy içerisinde sanıkların yakın akrabalarının da bulunduğu, ayrıca yaylaya çıktıklarında ara ara gelerek çocuklarını kontrol ettikleri, yemek ve temizliklerini yaptıkları, sanığın doğuştan sağır ve dilsiz olmasına rağmen imkanları dahilinde mağdurlara yönelik annelik görevlerini yerine getirmeye çalıştığı anlaşılan olayda, “kendi haline terk” unsuru (gerçekleşmemiştir), Yargıtay 4. Ceza Dairesi, 30.9.2015, E. 2015/10385, K. 2015/34360.

⁶⁷ Özbek / Doğan / Bacaksız, s. 305.

⁶⁸ Krüger, Rn. 66.

⁶⁹ “Sanığın çalışmak amacıyla 2000 ve 2002 doğumlu mağdur çocuklarını anneleri olan G...’e bırakarak Kıbrıs’a gitmesi şeklinde gerçekleşen olayda, suçun “kendi haline terk” unsurunun gerçekleşmemesi nedeniyle yerel mahkemece isabetli biçimde beraat kararı verilmesi karşısında...” Yargıtay, 4. CD, T. 25.12.2015, E. 2014/45835, K. 2015/40857.

edilmesi gibi durumlarda terk suçu oluşmaz⁷⁰.

3. Terk Suçunun Eylem Unsuru Kapsamında Yeniden Düzenlenmesine Gerek Olup Olmadığı Sorunu

Terk suçu bakımından bir sistem değişikliğine gerek olup olmadığının kısaca değerlendirilmesini gerekli görüyoruz. Bu husus, kanunumuzdaki düzenlemeler kapsamında uygulamada boşluklara neden olan bir durumun bulunup bulunmadığı göz önüne alınarak değerlendirilmelidir. Yukarıdaki örnekler bizim sistemimiz kapsamında incelendiğinde örneğin bir restoran işletmecisinin kendini idare edemeyecek durumdaki müşterisini tehlikeli trafiğin olduğu yol kenarına götürerek bırakması gibi durumlarda herhangi bir neticenin meydana gelmemesi halinde failin cezai sorumluluğunun yardım ve bildirim yükümlülüğünün ihlali suçu çerçevesinde belirlenmesi gerekecektir. Terk suçu ile yardım ve bildirim yükümlülüğünün ihlali suçlarının yaptırımları dikkate alındığında en azından şu an için bir sistem değişikliğinin gerekli olduğunun söylenmesi kolay değildir. Bu kapsamda Yargıtay kararına konu olmuş bir olayın değerlendirilmesini de gerekli görmekteyiz. Karara konu olayda, S1, S2, S3 ve S4 yanlarında maktul M ile birlikte uyuşturucu madde kullanmak üzere pazar alanı olarak kullanılan boş araziye giderler. Burada M ile birlikte uyuşturucu maddeyi kullanırlar. M bu sırada fenalaşır. S1, S2, S3 ve S4 fenalaşması üzerine M'yi araçtan indirip elini yüzünü yıkarlar ve kendine gelmemesi üzerine, orada terk edilmiş bir vaziyette bulunan otobüsün koridoruna yatırarak kendine gelince evine gider düşüncesiyle olay yerini terk ederler. M, uyuşturucu ve uyarıcı madde zehirlenmesine bağlı olarak hayatını kaybeder. Bu olayda sanıkların cezai sorumluluğu yardım ve bildirim yükümlülüğünün ihlalinin neticesi sebebiyle ağırlanmış şekli kapsamında değerlendirilmiştir⁷¹. Bu olayın örneğin Alman Ceza Kanunundaki düzenlemeler dikkate alınarak terk suçunun yeniden formüle edilmesi halinde terk suçu kapsamında değerlendirilmesi mümkün ise de hukuk sistemimizde yardım ve bildirim yükümlülüğünün ihlali suçunun tipikliğinin *başka herhangi bir nedenle kendini idare edemeyecek durumda olan* kişi şeklinde oldukça geniş tutulması nedeniyle, bu şekilde bir eylemin cezalandırılması bakımından bir eksikliğin mevcut olmadığı görülmektedir. Bu kapsamda, ceza hukuku sistemimizde terk suçunun yeniden dizayn edilmesi aciliyet gösteren bir husus değildir. Ceza miktarları ile ilgili bir sorunun gündeme gelmesi halinde mesele yardım ve bildirim yükümlülüğünün ihlali suçunun cezasının artırılması ile giderilebilir niteliktedir.

4. Terk Suçunun Eylem Unsuru Bakımından Kasten Öldürme Suçu ile İlişkisi

Terk suçunun özellikle icrai hareket ile işlendiği durumlarda eylemin terk suçuna mı yoksa failin kastına göre kasten yaralama veya kasten öldürme suçuna mı vücut vereceği hususu tartışma konusu olmaktadır. Bu tartışma tipikliğin manevi unsurları kapsamında failin kastının hangi suça ilişkin olduğu tartışması ile karıştırılmamalıdır.

Terk suçuna niteliğini veren husus mağdur bakımından bir tehlikenin doğrudan meydana getirilmesi değil, gerçekleştirilen terk eylemi ile mağdurun zarara uğraması riskinin

⁷⁰ Hardtung, Rn. 5.

⁷¹ 1. Ceza Dairesi, 15.09.2021, E. 2020/4971, K. 2021/12263.

oluşturulmasıdır⁷². Kanun koyucu bu suç tipi ile mağdurun hayat ve vücut bütünlüğüne yönelik bir tehlikenin gerçekleşmesini aramadan terk eylemini suç haline getirerek hayat ve vücut bütünlüğüne yönelik zararı önlemeye çalışmaktadır. Terk suçunda mağduru zarar tehlikesine maruz bırakan fail olmasına rağmen, tehlikenin kaynağı, hava şartları, vahşi hayvanlar gibi başka nedenlerdir⁷³. Bu bakımdan failin mağdur bakımından tehlikeyi doğrudan meydana getirmesi durumunda somut duruma göre eylem kasten öldürme suçu kapsamında değerlendirilecektir. Mağdurun dondurucu soğukta ıssız bir yere bırakılması⁷⁴, dere kenarına bırakılması⁷⁵ veya vahşi hayvanların dolaştığı bir yere bırakılması gibi eylemler kasten öldürme suçu kapsamında değerlendirilebilecek niteliktedir. Nitekim bu hallerde terk, kasten öldürme eyleminin bir unsuru olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu kapsamda kasten öldürme suçunun icrası sırasında mağdurun öldürme eyleminin bir parçası olarak kendi haline bırakılması terk suçunun oluştuğu anlamına gelmez.

Bu halde, eylemin icrai mi ihmali mi olduğunun tespiti failin cezai sorumluluğunun belirlenmesi bakımından önem arz eder⁷⁶. Konumuzun sınırlarını aşmamak kaydıyla mağdurun

⁷² Hardtung, Rn. 12.

⁷³ Hardtung, Rn. 12.

⁷⁴ Olay tarihinde 37 yaşında olan sanığın, 10 yıl önce eşinden boşandığı, anne ve babasıyla birlikte İzmir ili, Buca ilçesinde ikamet ettiği, aynı iş yerinde çalıştığı bir erkekle girdiği ilişki sonucu hamile kaldığı, ailesinden bu durumu gizlediği, 21.12.2012 gecesi, sabaha karşı saat 03.00 civarında sancılarının arttığı, evdekilere haber vermeden saat 05.00 sıralarında evinden dışarı çıktığı, dışarıda doğum yaptıktan sonra mağdur bebeğini evinin yakınlarında bulunan çöp konteynerinin içine, plasenta ve göbek kordonunu ayırmadan çöplerin arasına bırakarak ikametline döndüğü, Buca Belediyesi'ne bağlı temizlik şirketinde çalışan temizlik görevlisi tanık ...'in çöpleri toplamak için saat 07.45 sıralarında olay yerine geldiği, yan yana bulunan iki çöp konteynerinden ilkinin çöp kamyonuna devirdiği, mağdur bebeğin bulunduğu konteyneri de çöp kamyonuna devireceği sırada, çöp konteynerinin içinde çöplerin arasında kanlı ve kıpırdayan mağduru son anda fark ettiği, mesai arkadaşı tanık ...'ın poşusuna sardığı bebeği, tanık ...'ın kullandığı çöp kamyonu ile vakit kaybetmeksizin Buca Kadın Doğum ve Çocuk Hastalıkları Hastanesine götürdükleri, hipotermi ve periferik dolaşım bozukluğu nedeniyle yaşamsal tehlike geçiren mağdurun, yoğun bakımda yapılan uzun tedavi sonucu sağlığına kavuşturulabildiği olayda; sanığın ilişkisini ve hamileliğini gizlemesi, soğuk kış günü saat 05.00 sıralarında, mağdur bebeğin göbek kordonunu kesmeden, bağlamaksızın ve soğuktan etkilenmesini önleyecek hiçbir tedbir almadan, çıplak vaziyette, her türlü sokak hayvanının saldırısına açık şekilde, çöp konteyneri içinde bulunan çöpler arasına bırakması, yaklaşık iki saat kırkbeş dakika sonra saat 07.45 sıralarında Buca Belediyesi temizlik işçileri tarafından çöp konteynerinde bulunarak hastaneye götürülen mağdur bebek hakkında düzenlenen raporda, mağdurun ileri derecede hipotermi, periferik dolaşım bozukluğu meydana getirecek nabız ve tansiyon düşüklüğü nedeniyle yaşamsal tehlike geçirdiğinin ve 12 gün boyunca yoğun bakım ünitesinde gördüğü tedavi sonucu hayatta kalabildiğinin bildirilmesi karşısında, savunma sistemi son derece zayıf olan yeni doğmuş bebeğini, ölüm neticesi muhakkak olacak şekilde, soğuk kış günü çıplak vaziyette, birçok mikrop ve bakterinin üreyebildiği, en kötü hijyen şartlarına sahip yerlerden olan çöp konteynerine bırakan sanığın asıl amacının terk olmadığı, öngördüğü neticeye yönelik fiili bilerek ve isteyerek gerçekleştiren sanığın icrai eyleminin kasten nitelikli öldürme suçuna teşebbüsü (oluşturur). Yargıtay CGK., T. 20.3.2018, E. 2015/986, K. 2018/102.

⁷⁵ Sanık ...'in eşinin ölümünden sonra, kayınbiraderi ... ile evlilik dışı ilişki yaşamaya başladığı, bu ilişkiden hamile kalan sanığın ... il merkezindeki bir hastanede dünyaya getirdiği ismi konmamış iki günlük kız bebeğini, ... - yolu arasında bulunan تنها bir ağaçlık bölgede bırakıp olay yerinden ayrıldığı, sanığın bebekten kurtulmak amacıyla bu şekilde davrandığını ifade ettiği, 2012 yılında meydana gelen olayın üzerinden uzun zaman geçmesi nedeniyle bebeğin cesedinin bulunamadığı anlaşılan olayda; sanığın inceleme dışı sanık ... ile birlikteliğinden doğurduğu bebeği beslemek, bakımını yapmak ve korumak gibi hukuki yükümlülük altında bulunduğu, bu bakımdan garantör konumunda olduğu hususunda tereddüt bulunmadığı, sanığın bu hukuki yükümlülüklerini de yerine getirmemekle birlikte, yeni doğmuş, savunmasız hâlde bulunan ve hiçbir ihtiyacını kendisi karşılayamayan iki günlük bebeği, güvende olduğu ortamdan alarak başkaları tarafından bulunması mümkün olmayan ıssız bir yere götürüp ölüme terk etme eyleminin, bebeğin karnını doyurmamak gibi ihmali bir hareket olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Zira bebekten kurtulmak amacını taşıyan sanık, öleceğini bildiği ve ölmesini istediği bebeğini ıssız bir yere götürerek kendi hâlinde bırakmış ve bu şekilde kaçınılmaz netice olan ölüm meydana gelmiştir. Bu nedenle sanığın öldürme eylemini, doğrudan kasıtlı ve icrai bir davranışla gerçekleştirdiği kabul edilmelidir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 9.11.2022, E. 2020/466, K. 2022/709. Bu karar ile ilgili ayrıntılı açıklamalar için bkz. Özgenç / Koca / Üzülmüş, s. 65 vd.

⁷⁶ Bu konuda açıklamalar için bkz. Erbaş, Rahime. "İcrai veya İhmali Olarak Somut Olayda Davranışın Gerçekleştiriliş

doğrudan tehlike kaynağına itilmesi eylemlerinin icrai olduğu kanaatindeyiz. Bu bakımdan örneğin mağdurun gel git etkisi altındaki bir sahile bırakılması, vahşi bir hayvanın yaşam alanına bırakılması, mağdurun yanmakta olan bir binaya götürülerek yangının henüz ulaşmadığı bir yere bırakılması, poşete konularak poşetin ağzının bağlanması⁷⁷ gibi eylemlerde kasten öldürme suçunun icrai hareket ile işlendiği kabul edilmelidir. Benzer şekilde mağdurun ıssız bir yere⁷⁸, metruk bir binaya⁷⁹ terk edilmesi, poşete sarılarak çöp kutusuna atılması⁸⁰ gibi eylemlerde de cezai sorumluluk da bu

Biçiminin Tespiti Meselesi.” *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 21, Sayı 1, 2019, s. 397-449.

⁷⁷ Oluşa, mevcut deliller ve dosya kapsamına göre, sanığın çocuğunu sağ doğurduktan sonra göbek kordonunu bağlamaksızın önce monta sarıp sonrasında bu montu poşete koyup poşetin ağzını bağlayarak evin bahçesinde bulunan odunluğa koyduğu ve iki gün sonra çocuğun konulduğu yerde ölü olarak bulunduğu olayda, maktulün bırakıldığı yer, koşullar ve olayın oluşumuna göre ölümün beklenilir bir sonuç olup mutlak ve kaçınılmaz olduğu anlaşılmakla, sanık hakkında TCK.nun 83. maddesinin uygulanması (bozmayı gerektirmiştir.) 1. Ceza Dairesi, 30/01/2017, E 2016/5501, K 2017/185.

⁷⁸ “Sanığın akrabası ... ile yaşadığı cinsel ilişki sonucunda hamile kalıp, hamileliğini gizlediği, olay tarihinde öğle saatlerinde kimse görmeden dedesinin kullanılmayan evinin tuvaletinde doğum yaptığı, bebeğin göbek kordonunu bağlamadan tuvaletin 35 metre uzağında bahçelere giden patika yolun kenarındaki çalılıkların üzerine çıplak şekilde attığı, daha sonra ailesi ile birlikte yaşadığı eve dönerek günlük yaşamına devam ettiği, aynı gün saat 19.30 sıralarında olay yerinden geçen tanık ... tarafından bebeğin tesadüfen canlı olarak bulunup hastaneye sevkinin sağlandığı, ancak ertesi gün bebeğin tedavi gördüğü hastanede hayatını kaybettiği olayda; sanığın ilişkisini ve hamileliğini gizlemesi, bebeğin göbek kordonunu bağlamadan çıplak şekilde tarlalara giden patika yolun yanındaki çalılıkların üzerine atması, Adli Tıp Kurumu Genel Kurulu'nun 30.09.2010 tarihli raporunda da bebeğin çıplak olarak açık alana terk edilmiş olmasının ölümün meydana gelmesinde etkisi olduğunun belirtilmesi karşısında, sanığın asıl amacı terk olmadığı gibi icrai eylemi ve davranışları göz önüne alındığında ihmali davranışla ölüme neden olma suçunun da söz konusu olamayacağı, bebeğin yola 180 cm mesafeye atılması, bebeğin atıldığı yer itibarıyla yoldan geçen birisi tarafından bulunulabilme ihtimalinin olması, nitekim bebeğin canlı olarak tanık Şükrü tarafından bulunması dikkate alındığında sanığın eylemi sonucunda bebeğin ölümünün muhakkak ve kesin olmayıp muhtemel olduğu, sanığın da muhtemel bu neticeyi istememekle birlikte göze alıp kabullendiği, bu nedenle doğrudan kastın varlığından da söz edilemeyeceği anlaşıldığından sanığın eyleminin olası kastla öldürme suçunu oluşturacağı kabul edilmelidir.” Yargıtay CGK, 08.12.2015, E 2014/161, K 2015/493.

⁷⁹ Suça sürüklenen çocuk ... ile temyiz dışı sanık ...'in sevgili olup, birliktelikleri sonucu ...'nin hamile kaldığı, ...'nin durumu anne babasından gizlediği, olay günü evde doğumunun başladığı, bebeği banyoda doğurduğu, göbek bağına kesip bebeği poşete koyarak, mahallede bir duvar dibine bıraktığı, sevgilisi ...'e haber verdiği, ...'in sanık ...'nin kullandığı taksi ile olay yerine geldiği, mahalleden aldığı poşet içindeki bebeği gece vakti metruk bir binaya sakladığı, ertesi gün bulunduğu yerden alarak Ergene Nehri üzerinden geçtiği sırada bebeği poşetle nehre attığı, yapılan aramalara rağmen bebeğin bulunamadığı, ... evde doğan bebeğin banyoda makasla göbek kordonunu kestikten sonra bağlanması ve bebeğin beslenmesi gerekirken bunların yapılmaması biçimindeki ihmali davranışların ölüme sebebiyet verdiği, bebeğin hayatını korumak ve gözetmek yükümlülüğü altında olmasına karşın ...'nin bu yükümlülüğü yerine getirmediği anlaşıldığından, suça sürüklenen çocuk ...'nin 5237 sayılı Kanun'un 83/3 maddesi gereği ihmali davranışla kasten öldürme suçundan cezalandırılması yerine, yazılı şekilde beraatine karar verilmesi hukuka aykırı bulunmuştur. Yargıtay 1. CD, 16.10.2024, E. 2024/5455 K. 2024/6622.

⁸⁰ “Sanığın evlilik dışı ilişkiden gebe kaldığı, çocuğun doğumuna yakın sancılarının başladığı, bu amaçla Andırın Devlet Hastanesi Acil Servis Polikliniğine giriş yaparak doğrudan bayanlar tuvaletine yöneldiği, doğumun gerçekleşebileceğini öngörüp yanına yedek kıyafetlerini dahi aldığı, ancak hamile olduğunun ailesi tarafından bilinmemesi nedeniyle hastanede tuvalet kabininde doğumu gerçekleştirip doğan çocuk olan mağdur ...'in göbek bağına koparıp, bebeği tuvaletin içinde bulunan çöp kovasına koyup, çöp kovasının kapağını da kapattıktan sonra hastaneden ayrıldığı, sanığın hastaneden ayrılmasından yaklaşık 45 dakika sonra hastanede bulunan güvenlik görevlisi tanık ...'nin bayanlar tuvaleti önünden geçerken bebek ağlama sesi duyması üzerine hemşire tanık ... ile birlikte tuvalete girdikleri, çöp kovasının kapağını açtıklarında bebeği canlı olarak görmeleri üzerine bebeğe ilk müdahalenin burada yapıldığı ve ardından Kadın Doğum ve Çocuk Hastanesine sevkinin sağlandığı anlaşılan olayda... .. sanığın, koruma ve gözetim yükümlülüğü altında bulunan yeni doğan ve yaşı itibarıyla kendisini savunamayacak durumda bulunan mağdura karşı herhangi bir şiddet uygulamaksızın kendi haline bıraktığının tespit edilmesi halinde eyleminin 5237 sayılı Kanun'un 97. maddesinde düzenlenen terk suçunu oluşturup oluşturmayacağının karar yerinde tartışılması suretiyle sanığın hukuki durumunun değerlendirilmesi gerektiği gözetilmeksizin, eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması, hukuka aykırı bulunmuştur” Yargıtay, 1. CD, 13.05.2024, E 2022/9277, K 2024/3434.

kapsamda belirlenmelidir^{81,82}.

Terk suçunun ihmali hareketle işlendiği hallerde ise kasten öldürme suçunun ihmali hareketle işlenmesi ile terk arasındaki ayırım bir manevi unsur ayırımıdır. Mağdurun olduğu yerde bırakıldığı durumlarda hem terk suçunun hem de ihmali suretle kasten öldürme suçunun birlikte gerçekleşmesi mümkündür⁸³. Bunun gibi hallerde failin cezai sorumluluğu ölüm neticesi bakımından kastının veya olası kastının bulunması halinde ihmali suretle kasten öldürme suçu kapsamında, bulunmaması durumunda ise terk suçunun neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış hali kapsamında belirlenecektir.

III. TİPİKLİĞİN MANEVİ UNSURU

A. Genel Olarak

Terk suçu ancak kasten işlenebilen bir suçtur. Suçun taksirli şekli düzenlenmemiştir. Kanun koyucu terk eyleminin taksirle gerçekleşmesi durumunda zararın gerçekleşmesini şart olarak öngörmüş, taksirle neden olunan zarar riskinin terk suçu kapsamında cezalandırılmasını tercih etmemiştir. Terk eyleminin taksirli şeklinde örnek olarak kişinin çocuğunu bir yerde unutması, çocuğun başka birisi tarafından bırakılan yerden alınması öngörülmüşken mağdurun kendi başına kalması gibi hususlar örnek gösterilebilir⁸⁴. Yine örneğin failin bir bakımevinde bakılmakta olan küçük yaştaki çocuğu içeride unutarak bakımevinden ayrılması gibi durumlarda failin kastı mevcut olmadığından terk suçu oluşmayacaktır. Keza anne ve babanın birbirlerinden habersiz eşzamanlı olarak evden ayrılmaları ve çocuğun evde yalnız kalması gibi durumlarda da terk suçu oluşmaz.

B. Kastın Kapsamı

Terk suçu kanunda bir soyut tehlike suçu olarak düzenlendiğinden failin kastının terk eylemini kapsamaması gerekir. Fail, terk eylemi ile mağduru kendi haline terk ettiğinin bilincinde olmalıdır. Bunun dışındaki hallerde terk suçu bakımından kastın varlığından söz edilemez. Terk suçunda manevi unsurun kendine özgü karakteri, mağdurun kendi haline bırakıldığına ilişkin bilgide kendini göstermektedir. Terk suçunun oluşabilmesi için failin mağduru korunmaya ve bakıma muhtaç bir

⁸¹ "...80 yaşında ve rahatsızlığı nedeniyle ancak bastonla yürüyebilen maktul babasının bakımını yıllardır eşiyle birlikte üstlendiği ve birlikte aynı evde yaşadıkları, bir süre sonra bakımında güçlük çekmesi ve eşinin daha fazla bakmayı istememesi nedeniyle, olay günü akşam saatlerine doğru babasını evden alarak otomobiliyle ikamet ettikleri eve 22 km. uzaklıkta bulunan ormanlık ve ıssız bir alana götürüp bırakıp sonrasında evine döndüğü, maktulün, olaydan iki gün sonra bırakıldığı yere kısa bir mesafede bulunan dere yatağında kendisinde önceden var olan kronik kalp-damar ve akciğer hastalığı nedeniyle ölü olarak bulunduğu, ölümü ile sanığın eylemi arasında nedensellik bağının bulunduğu Adli Tıp Kurumu'nun 25.01.2012 günlü raporuyla belirlendiği olayda; ... sanığın, maktul babasına karşı olan bakım ve gözetim yükümlülüğünü ihmal etmesi ve terk etmesinden öte, yaşlı, uzun mesafe yürüyemeyen ve kendini tek başına idare edemeyecek durumda olan maktulü, mevsim ve hava koşulları itibarıyla soğuk bir havada başka kişiler tarafından sıklıkla kullanılmayan, dağlık ve ormanlık bir araziye bıraktığı, maktulün, kişisel durumu itibarıyla mevcut hava ve arazi şartlarına karşı mücadele edip, hayatta kalamayacağını öngördüğü ve doğabilecek bütün neticeleri kabullendiği böylece olası kastla ölümüne sebebiyet verdiği (anlaşılmıştır). Yargıtay 1. CD, 20.02.2013, E. 2012/5467 K. 2013/1230. Karar ile ilgili değerlendirme için bkz. Erbaş, s. 104.

⁸² Koca / Üzülmüş, Özel Hükümler, s. 193, Avcı, Mustafa / Yerdelen, Erdal, "Karar İncelemesi – Garantörsel İhmali Suçta İhmali ve İcrai Davranış Ayırımı.", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 19, Sayı 1, 2015, s. 163 vd., Artuk / Gökçen / Alşahin / Çakır, Özel Hükümler, s. 171.

⁸³ Erbaş, İcrai veya İhmali, s. 141.

⁸⁴ Öğretide sıcak havada pencereleri kapalı araba içinde küçük çocuğunu bırakıp markete alışverişe giden anne terk eyleminin taksirli şekline örnek gösterilmektedir. Önok, s. 42.

vaziyette bırakma kastıyla hareket etmesi gerekir⁸⁵. Bu bakımdan örneğin bebeğin hastanede sağlık görevlilerine teslim edilmesi gibi durumlarda failin mağduru kendi haline bırakmaya yönelik kastının varlığından söz edilemeyecektir. Yukarıda açıklandığı üzere kişi objektif olarak kendi haline terk edilmediği müddetçe teşebbüse ilişkin ihtimaller dışında failin bu yönde bir kast ile hareket etmesi önem taşımaz. Bu bakımdan terk suçunda kişinin kendi haline bırakılması objektif unsuruyla, kişinin kendi haline bırakılmasına ilişkin kastı birbirine karıştırılmamalı, tipikliğin objektif unsurlarının oluşmadığı hallerde mesele kast kapsamında çözümlenmeye çalışılmamalıdır⁸⁶.

Terk suçunda failin kastı mağdur ile arasındaki fiziksel bağın sürekli ya da belirsiz bir süre için kesilmesine yönelik olmalıdır. Mağdurun makul bir süreliğine yalnız bırakılması terk suçuna sebebiyet vermez⁸⁷. Ancak bu durumda da failin terk kastıyla başlayan eylemine bilahare kendi iradesi ile son vermesi durumunda sorunlarla karşılaşmaktadır. Yargıtay 4. Ceza Dairesinin bir kararına konu olan olayda, iki küçük çocuğunu evde elektrik ve yiyecek bulunmamasına ve eşinin evle ilgilenmemesine kızarak ayrı ayrı odalara kilitleyerek evden ayrılan fail yaklaşık on iki saat sonra eve dönmüştür. Mahkeme kararında olayda kendi haline terk unsurunun gerçekleşmemiş olduğu gerekçesi ile terk suçunun oluşmadığına hükmetmiştir⁸⁸. Bu olayda failin kastı çocuklarını terk etmek olduğundan terk süresinin kısa olması suçun oluşmadığı anlamına gelmez. Buna karşılık mağdurun terk edilmesi bir tehlikenin meydana gelmesine neden olmayacak bir süreye ilişkin ise terk suçunun işlenmesine yönelik bir kastın varlığından söz edilemeyecektir. Örneğin, çocuğunu kısa bir süreliğine evde bırakarak alışverişe giden bir anne veya babanın durumunda terk suçu bakımından kastının varlığından söz edilemez. Bunun gibi durumlarda çocuğun yaralanması halinde failin sorumluluğu duruma göre kasten veya taksirle yaralama suçu çerçevesinde belirlenecektir. Terk suçunda failin mağduru hayatından çıkarmaya yönelik hareket etmesinin de bu bağlamda bir önemi bulunmamaktadır. Bu suç tipinin koruma alanı mağdurun yaşam ve vücut bütünlüğü bakımından tehlikeye atılmasının önlenmesi ile sınırlıdır. Bunun dışında aile bireylerine karşı sorumlulukların yerine getirilmemesine ilişkin çeşitli eylemler Türk Ceza Kanunu'nun 233. maddesinde düzenlenen *aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüğün ihlali* suçu kapsamında cezalandırılmaktadır⁸⁹.

⁸⁵ Özgenç / Koca / Üzülmüş, s. 72.

⁸⁶ Bkz. II/C/2

⁸⁷ “ Sanık ..'nın alınan savunmasında; belirtilen tarihlerde eşinin kendilerini terk etmesi nedeniyle kızı ...'la birlikte yaşadıklarını, maddi sıkıntı çektiklerini, o tarihlerde evlere temizliğe gittiğini, daha sonra inşaatta yemek işi bulunca kızını bırakacak kimse olmadığından bir hafta kadar evden çıkarken kapıyı üzerine kitleyerek işe gittiğini, kızına cep telefonu bıraktığını, en geç bir saat arayla arayarak durumunu kontrol ettiğini, anne babasının Niğde'de yaşadığını, annesine yalvardığını, ancak yanlarına gelmeye razı edemediğini, zaten onunda maddi sıkıntısı olduğunu beyan ettiği görülmekle, sanığın aksi sabit olmayan savunmasına göre suç kastının olmadığı, mecburiyet ve imkansızlık karşısında, kızının ve kendisinin geçimini temin amacıyla çocuğunu evde bırakmak zorunda kaldığı ve savunmasında belirttiği şekilde cep telefonuyla aramak suretiyle kızını kontrol ettiğine ilişkin savunmasının aksine delil olmadığı, tüm dosya kapsamından sanığın suç kastının olmaması nedeniyle beraatine karar verilmesi gerekirken, terk suçundan mahkumiyetine karar verilmesi (bozmayı gerektirmiştir)”, İstanbul BAM, 12. CD, T. 05.02.2019, E. 2018/2406, K. 2019/431. Bu karar suç teorisi bakımından ciddi sorunlar içermektedir. Kararda değinilen mecburiyet gibi hususlar fail bakımından kusurluluk (zorunluluk hali) kapsamında değerlendirilebilecek hususlardır. Ayrıca somut olayda failin gerekli önlemleri almış olması karşısında kastının mağduru kendi başına terk etmek olmadığı zaten anlaşılmaktadır. Bu kapsamda meselenin mağdurun kendi haline terk edilip edilmediği sorunu kapsamında ele alınması daha isabetli olurdu.

⁸⁸ Yargıtay Kararı- 4. CD., 11.9.2015, E 2014/2629, K 2015/33631.

⁸⁹ “Sanığın, boşanma sonucunda velayeti kendisine bırakılmış 2000 doğumlu kızı mağdur Miraç'ı K. ilçesinde ikamet eden boşandığı eşinin annesi tanık 1949 doğumlu H.. A..'na bırakması için köy minibüsü şoförüne yol ücretini vererek teslim etmesi, tanığın yaşı ve maddi durumu nedeniyle mağdura bakamayacağını beyan ederek mağduru kabul etmemesi

Mağdurun kendi haline terk edilmesinin yanı sıra, suçun kanuni tanımında yer verilen diğer unsurlar kast kapsamındadır. Failin, mağdurun yaşı veya hastalığı dolayısıyla kendini idare edemeyecek durumda olduğunun ve belirtilen nedenler dolayısıyla koruma ve gözetim yükümlülüğü altında bulunduğunun da bilincinde olması gerekir. Örneğin, mağdurun öldüğü zannıyla terk edilmesi ancak daha sonra hayatta olduğunun anlaşılması gibi durumlarda terk suçu oluşmaz.

Terk suçunun kasten işlendiğinin kabul edilebilmesi için failin garantör konumunda olduğunu da bilmesi gerekmektedir. Başka bir ifade ile fail bu şekilde bir bakım ve gözetim yükümlülüğü altında olduğunun bilincinde olmalıdır. Bu şekilde bir bilincin mevcut olmaması durumunda Türk Ceza Kanunu'nun 30. maddesinin 1. fıkrası kapsamında suçun maddi unsurlarında hatanın gündeme gelebileceği ifade edilmektedir⁹⁰. Garantörlük sıfatının bilinmesi özellikle bakım ve gözetim yükümlülüğünün bir sözleşme ile devredildiği hallerde önem taşımaktadır. Bu halde kişinin terk suçundan dolayı sorumlu tutulabilmesi için bakım ve gözetim yükümlülüğünün kendisine geçtiğinin bilincinde olması gerekir. Failin bakım ve gözetim yükümlülüğüne yol açan durumun farkında olmasına karşın hukuken bu şekilde bir yükümlülük altında olduğunun bilincinde olmaması veya kapsamına ilişkin hataya düşmesi durumunun ise haksızlık yanılığı bağlamında değerlendirilmesi gerekir⁹¹.

Öğretide baskın görüş terk suçunun olası kast ile işlenebileceği yönündedir⁹². Terk suçu bakımından olası kast, kast kapsamında yukarıda sayılan unsurlardan herhangi birisi bakımından gündeme gelebilir. Bu bağlamda fail, mağdurun bakım ve gözetime muhtaç niteliğini, garantörlük sıfatını ve mağdurun kendi haline terk edildiğini muhtemel addediyor olabilir. Örneğin yukarıda anılan kararda mağdurun gelini H, mağduru oğlu R'nin kapısının önüne bırakırken, mağdurun R tarafından içeri alınacağı ihtimali ile hareket etmekte ve R'nin mağduru içeri almayacağı ihtimalini öngörmesine rağmen kayıtsız kalarak hareket etmekte ise H'nin terk suçu bakımından olası kastından söz edilecektir⁹³.

Mağdurun kendi haline terk edildiğinin başlangıçta bilinmemesi ancak sonradan öğrenilmesi durumu da burada değerlendirme konusu yapılmalıdır. Örneğin failin çocuğunu evde eşinin bulunduğu inancıyla bırakması fakat daha sonra eşinin aslında evde olmadığını öğrenmesi durumunda cezai sorumluluğunun ne olacağı açıklanmalıdır. Bu durumda failin başlangıçta terk suçu bakımından kastı bulunmamaktadır, ancak daha sonra fail çocuğunun evde yalnız olduğunu öğrenmiştir. Bu halde çocuğunun bakım ve gözetimi ile yükümlü olan failin mağduru kendi halinde bulunduğu yerden alması gerekir. Aksi halde fail bakmakla yükümlü olduğu mağduru kendi haline terk ederek ihmali hareketle terk suçunu işlemiş olacaktır. Mağdurun yaralanması ve hayatını kaybetmesi halinde failin sorumluluğunun kasten yaralama veya kasten öldürme suçunun ihmali

üzerine sanığın mağduru tekrar kabul etmemesi şeklinde gerçekleşen eyleminde suçun yasal unsuru olan, “kendi haline terk” unsuru gerçekleşmediği için terk suçunun oluşmayacağı, ancak sanığın mağdura karşı bakım, eğitim ve destek olma yükümlülüğünü ihlal etmesi nedeniyle eyleminin TCK'nın 233. maddesinde düzenlenen aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüğü ihlal suçunun oluşturacağı...” Yargıtay, 4. CD, 11.09.2015, E 2015/1780, K 2015/33630.

⁹⁰ Önok, s. 42.

⁹¹ Hardtung, Rn. 25, Göktürk, Neslihan. *Haksızlık Yanılığının Ceza Sorumluluğuna Etkisi*. Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016, s. 62- 63, Krüger, Rn. 72.

⁹² Yenerer Çakmut, s. 67, Önok, s. 42.

⁹³ Karar için bkz. (61) sayılı dipnot.

suretle işlenmesi kapsamında değerlendirilmesi gerekir.

C. Terk suçunda Tipikliğin Manevi Unsurunun Kasten Öldürme ve Suçu ile İlişkisi

Terk suçu tipikliğin manevi unsurları itibariyle özellikle ihmali suretle kasten öldürme suçu ile çok yakın bir ilişki içerisinde bulunmaktadır⁹⁴. Bu yakın ilişkinin nedeni soyut tehlike suçu olarak düzenlenmiş bulunan terk suçunun bir neticeye yol açması durumunda bu ağır neticenin genellikle fail tarafından öngörülmüş olmasıdır. Nitekim 97. maddenin *gerekçesinde terk olgusu hâlinde, meydana gelen netice açısından failin çoğu zaman muhtemel kastla hareket ettiğini göz önünde bulundurmak* ifadelerine yer verilerek bu hususa vurgu yapılmıştır. Bu durumda failin cezai sorumluluğunun hangi suç kapsamında belirleneceği sorunu bir manevi unsur sorunu olarak karşımıza çıkar. Terk suçunun kasten öldürme suçundan ayırt edilmesi failin terk sonucunda meydana gelen neticeleri muhakkak veya muhtemel addetmesi başka bir ifade ile ölüm neticesi bakımından doğrudan veya olası kast ile hareket etmesi durumuna ilişkindir. Failin kastının mağdurun terki mi yoksa öldürülmesine mi yönelik olduğu somut olayın şartları kapsamında değerlendirilecektir⁹⁵.

Mağdurun halihazırda bir tehlike ile karşı karşıya olduğunun fail tarafından bilinmesi, failin kastının mağduru terk ile sınırlı olmadığı yönünde ciddi bir emare teşkil eder⁹⁶. Örneğin kanaması olan mağdurun veya yeni doğan bebeğin göbek bağı bağlanmadan kendi başına bırakılması gibi durumlarda failin kastının öldürmeye yönelik olmadığı kabul edilmesi çok ciddi bir gerekçelendirmeye ihtiyaç duyacaktır. Failin mağduru öldürmeye yönelik doğrudan kastla hareket ettiği, mağdur ile arasındaki fiziksel bağı mağduru öldürmek kastı ile kestiği hallerde terk suçu değil, kasten öldürme suçunun oluşacağının belirtilmesi gerekir.

Terk suçunda mağdurun bir zarara uğrama riskine maruz bırakılması söz konusu olduğundan

⁹⁴ Terk suçunun öğretide ihmali suretle kasten öldürme ve ihmali suretle kasten öldürme suçlarının hazırlık hareketi niteliğinde olduğu yönünde açıklamalar için bkz. Koca / Üzülmüş, Özel Hükümler, s. 196.

⁹⁵ Terk suçuna, suçun manevi unsurunun tespiti bakımında failin terk öncesi hareketleri de önem taşımaktadır. Örneğin terk edilecek çocuğa bulunmasına kadar geçen sürede besin olması için şekerli su verilmesi, emzirilmesi gibi hususlar failin kastının mağdurun ölümüne yönelik olmadığına işaret etmektedir. Anayasa Mahkemesi, 15.06.2021, B. No: 2018/33554.

⁹⁶ “Mersin ilinde annesiyle birlikte yaşayan 34 yaşındaki sanık ...’ün erkek arkadaşıyla girdiği ilişki sonucu hamile kaldığı, son ana kadar hamile olduğunu anlamadığını bildiren sanığın 25.01.2014 tarihinde sabaha karşı saat 02.00 civarında sancılarının artması üzerine annesinin çağırdığı ambulansla hastaneye kaldırıldığı, saat 08.50 sıralarında sezaryenle bir erkek bebek doğurduğu, annesinin karnında zehirlenen bebeğin 3 gün hastanede kaldığı, 28.01.2014 tarihinde bebeğin, annesi sanıkla birlikte taburcu edildiği, sanığın komşularından çekindiği için teyzesinin evine gittiği, sanığın bu süre zarfında aldıkları zıbbın takımıyla bebeği giydirdiği ve mamayla beslediği, 29.01.2014 tarihinde sanığın bebeğin altını temizleyip karnını doyurduktan sonra saat 10.00 sıralarında bebekle birlikte evden çıktığı, otobüsle gittiği çarşıdan dolmuşa binerek A6 mevkiine doğru gittiği, ormanlık alanlar görülmeye başlayınca dolmuştan indiği ve ormanlık alana giderek moloz yığınlarının olduğu bir yere, düz bir zemin üzerine, uyanık hâlde, üzeri giyinik ve battaniyeye sarılı vaziyetteki bebeğini bırakıp dolmuşla evine döndüğü, 30.01.2014 tarihinde saat 09.50 sıralarında geçimini çöp toplayarak sağlayan tanık ...’nun bebeği ölmüş hâlde bulduğu olayda; doğurduğu bebeği sahiplenmek istemeyip sosyal hizmetlere vermeyi düşünen sanığın, bebekten kurtulma amacını taşıması, bu düşünceyle hareket eden sanığın, savunma sistemi son derece zayıf olan 5 günlük bebeğini, kış mevsiminde, her türlü yabani hayvan saldırısına açık, yakın çevrede yerleşim yeri bulunmayan ormanlık alanda, moloz yığınlarının yakınına bırakıp ayrılması karşısında; yaklaşık 24 saat tek başına, ormanlık alanda kalan bebeğin açlık, donma veya yabani hayvan saldırısı gibi nedenlerden biriyle öleceği mutlak bir durumdur. Kaçınılmaz netice olan ölümün soğukta kalma sonucu gerçekleştiği de göz önüne alındığında, istemediği bebekten bir şekilde kurtulmak isteyen sanığın, ölümle sonuçlanacağını bildiği hâlde isteyerek yaptığı eylemini doğrudan kasıtlı gerçekleştirdiği kabul edilmelidir.” Yargıtay Ceza Genel Kurulu, T. 28.5.2020, E. 2020/164, K. 2020/239. Bu olay kapsamında kasten öldürme suçunun ihmali hareketle işlenmiş olduğu yönünde bkz. Özgenç / Koca / Üzülmüş, s. 61.

doğrudan yaşam ve vücut bütünlüğüne saldırı niteliğindeki eylemler de terk suçu kapsamında değerlendirilemez. Bu bakımdan mağdurun göbek bağı bağlanmadan kanaması olmasına rağmen olay yerinde bırakılması gibi durumlarda cezai sorumluluğunun kasten öldürme suçu kapsamında tartışılması gerekir⁹⁷. Bunun gibi eylemlerde bir bakım ve gözetim yükümlülüğünün ihlali değil doğrudan hayat ve vücut bütünlüğüne yönelik bir saldırı söz konusudur. Bu bakımdan mağdurun bıçaklanması ve ardından kanaması olmasına rağmen olay yerinde bırakılması, taksirle yaralanmasının ardından olay yerinde terk edilmesi gibi hallerde de terk suçu gündeme gelmeyecektir⁹⁸. Bunun gibi olaylar Alman uygulama ve öğretisinde ihmali suçlarda garantörlük kapsamında tartışılmakta ise de Türk Ceza Kanunu'nda terk suçunda garantörlüğün yaş ve hastalık ile sınırlanması nedeniyle terk suçunun tipikliğine de uymamaktadır.

Terk suçu ile kasten öldürme suçu arasındaki ilişki suçun neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış hallerine ilişkin sorunlarla karıştırılmamalıdır. Terk suçunda neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış halin söz konusu olabilmesi için failin terk kastı ile hareket etmesi buna rağmen mağdurun hastalığa yakalanması, yaralanması veya hayatını kaybetmesi söz konusu olmalıdır. Failin kastının mağdurun ölümüne yönelik olması halinde terk suçunun neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış şekli gündeme gelmez zira işlenen suç kasten öldürme suçudur.

IV. TERK SUÇUNUN NETİCESİ SEBEBİYLE AĞIRLAŞMIŞ ŞEKLİ

A. Genel Olarak

Terk suçunda tipiklik unsuru kapsamında değerlendirilmesi gereken bir diğer husus terk suçunun neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış şeklidir. Kanundaki düzenleme uyarınca terk sonucunda mağdurun ölümüne veya yaralanmasına neden olduğunda, failin sorumluluğu terk suçunun 97. maddesinin 2. fıkrası kapsamında neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suç hükümlerine göre belirlenecektir⁹⁹. Öncelikle vurgulanması gereken husus terk suçunun neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış halinin söz konusu olabilmesi için ağır neticenin terk sonucunda meydana gelmiş olması başka bir

⁹⁷ Yargıtay 1. Ceza dairesi sanığın doğurmak istemediği çocuğu, evinin banyosunda saat dünyaya getirdikten sonra göbek bağını kendi imkanlarıyla kestikten sonra bağlamadan bir cekete sararak bez torbaya koyan ve ardından gece saat 23.00 sıralarında bir inşaatın yakınındaki direğin dibine bırakan anne bakımından yaptığı; bebeğin ölümü bakımından ölüm nedeninin soğuk bir ortam ile meskun olmayan mahalle bırakılan maktulün, ana rahmi içinde oluşan akciğer enfeksiyonu, içinde bulunduğu sıvı ve dışkının soluk borusuna kaçması, soğuk ortamda bırakılması ve göbek bağına bağlanmaması olduğunun kabul edildiği bir olayda sanığın doğan bebeği başka şekilde öldürme imkanı varken inşaat önüne bıraktığı ve icrai bir hareketle terk suçunu işlediği ancak terkin ölümün meydana gelmesinde etkisi olması nedeniyle sanığın "neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suç hükümlerine göre 5237 sayılı Kanun'un 87 nci maddesinin dördüncü fıkrasının son cümlesi gereğince cezalandırılması" yerine, fiilin olası kastla öldürme suçu kapsamında kaldığı kabul edilerek, suç vasfında yamılgıya düşülmesi suretiyle yazılı biçimde hüküm kurulmasını hukuka aykırı bulmuştur. Yargıtay 1. Ceza Dairesi, E. 2023/1363, K. 2024/6613, 15.10.2024.

⁹⁸ Bu konuda Alman Ceza Kanunu'ndaki düzenlemeden kaynaklanan tartışmalar için bkz. Hakeri, Hakan. "İhmali Suçlar" *Ceza Hukuku Dergisi*, Cilt 2, Sayı 4, 2004, s. 163.

⁹⁹ Öğretide ilgili madde, bir soyut cezanın öngörülmesi gerektiği gerekçesi ile eleştirilmektedir. Doğan, Koray. *Neticesi Sebebiyle Ağırlaştırılmış Suçlar*. 2. Baskı, Seçkin, Ankara, 2015, s. 302, Topçu, Kemal, *Kasten Yaralama Sonucu Ölüme Neden Olma*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 81. Bu düzenlemenin bir soyut ceza öngörmemesi nedeniyle suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırılık teşkil ettiğine dair görüş için bkz. Cebeci, Şeyma, Cebeci, Şeyma. "Terk Nedeniyle Mağdurun Hastalığa Yakalanması, Yaralanması ya da Ölmesi Suçunu Düzenleyen TCK m. 97/2'nin Kanunilik İlkesi Bakımından Değerlendirilmesi". *III. Genç Hukukçu Araştırmacılar Sempozyumu (26-27 Kasım 2022)*. Ed. Pınar Başak Coşkun, Barkın Özyurt, Yağmur Öykü Yönet. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, Kasım 2023, 665.

ifade ile ağır netice ile terk eylemi arasında bir neden sonuç bağının bulunması gerektiğidir¹⁰⁰. Bu kapsamda ağır netice, fail tarafından terk eylemi ile mağdurun uğrama riskine maruz bırakıldığı tehlikenin bir zarar olarak gerçekleşmesi niteliğinde olmalıdır¹⁰¹. Netice terk suçunda öngörülen, kişinin kendi haline terk terk edilmemesi yükümlülüğü ile bağlantılı olarak gerçekleşmiş olmalıdır. Bunun dışındaki hallerde terk suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış şeklinin gerçekleştiğinden bahsedilemeyecektir.

Terk suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış halinin söz konusu olabilmesi için failin terk eylemi ile ağır netice arasında bir doğrudanlık bağı bulunmalıdır¹⁰². Bu bağlamda meydana gelen ağır netice terk eyleminin meydana getirdiği riskin gerçekleşmesi niteliğinde olmalıdır. Bu bakımdan terk suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış halinin suçun tehlikeliliğinin doğrudan sonucu niteliğinde olması gerekecektir. Örneğin, soğuk bir günde cami avlusuna bırakılan bebeğin zatürre olması gibi durumlarda ağır netice doğrudan terk eyleminin tehlikeliliği ile doğrudan bağlantılı bir sonuç olarak meydana gelmiştir. Yine mağdurun cami avlusuna bırakılması sonrasında boğazına kusmuk kaçarak ölmesi gibi hallerde failin cezai sorumluluğunun terk suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hali kapsamında belirlenmesi gerekecektir¹⁰³. Bununla birlikte neticenin terk suçunda engellenmeye çalışılan tehlikenin gerçekleşmesi şeklinde olmadığı, örneğin mağdurun diğer kişiler bakar düşüncesi ile bir yere bırakıldığı sırada düşürülerek beyin kanaması geçirmesi gibi olaylarda cezai sorumluluğun gerçekleşen suç tipi kapsamında değerlendirilmesi gerekir¹⁰⁴.

Terk suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış halinin söz konusu olabilmesi için failin ağır netice bakımından en azından taksirle hareket etmesi gerekir¹⁰⁵. Öngörülebilirliğin mevcut olmadığı ıssız bir yere bırakılan mağdurun üzerine bir uçağın düşmesi gibi hallerde neticesi sebebiyle ağırlaşmış terkten bahsedilemeyecektir¹⁰⁶.

B. Öğretideki Yaklaşımlar

Öğretide 97. maddenin 2. fıkrası ile ilgili farklı yaklaşımlar mevcuttur. Bunlardan biri bu hükmün bir anlamının olmadığını ileri sürmektedir¹⁰⁷. Buna göre 97. maddenin 2. fıkrasına kanunda yer verilmesi ile verilmemesi arasında bir fark yoktur, failin cezai sorumluluğu bu hükümden etkilenmemektedir. Bir diğer yaklaşım ise terk sonucunda mağdurun yaralanması veya hayatını kaybetmesi halinde failin cezai sorumluluğu kasten yaralamanın neticesi sebebiyle ağırlaşmış şekline ilişkin 87. maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini ileri sürmektedir¹⁰⁸. Buna göre, örneğin cami avlusuna bırakılan bebek geç fark edildiği için hayatını tehlikeye sokan bir durum ile karşılaşmışsa failin cezai sorumluluğu 87. maddenin 1. fıkrasının d bendi gereğince belirlenecektir¹⁰⁹.

¹⁰⁰ Heger, s. 614.

¹⁰¹ Hardtung, Rn. 39.

¹⁰² Doğan, Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar, s. 168.

¹⁰³ Bu örnekte failin hem terk suçunu hem de taksirle öldürme suçunu işlediği yönünde açıklamalar için bkz. Koca / Üzülmöz, s. 197.

¹⁰⁴ Hardtung, Rn. 40.

¹⁰⁵ Koca / Üzülmöz, Özel Hükümler, s. 195.

¹⁰⁶ Hardtung, Rn. 38.

¹⁰⁷ Topçu, s. 79.

¹⁰⁸ Hakeri / Tekin, s. 130, Koca / Üzülmöz, Özel Hükümler, s. 196, bu kabulün eleştirisi için bkz. Topçu, s. 81.

¹⁰⁹ Koca / Üzülmöz, Özel Hükümler, s. 196, Yazarlar ayrıca failin yaralama kastı ile hareket etmesi halinde ise cezai

Bir başka görüşe göre ise 97. maddenin 2. fıkrası bir içtima düzenlemesi niteliğindedir ve ağır neticenin gerçekleşmesi halinde fail terk suçundan değil ağırlaşan neticeden dolayı sorumlu tutulur¹¹⁰. Bir diğer görüşe göre ise 97. maddenin 2. fıkrası hükmü *tipik anlamda* bir neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç hükmü niteliğinde değildir¹¹¹. Bu görüşe göre hükmün işlevi failin ağır neticeden sorumlu tutulabilmesi için en azından taksirinin mevcut olmasını şart koşturmak ile sınırlıdır; neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerin gerçekleşmesi halinde fail suçun temel şeklinden sorumlu tutulacak ancak cezası belirlenirken bu husus dikkate alınacaktır¹¹².

Mağdurun ölümü haline ilişkin bir diğer görüş terk sonucunda ölümün meydana geldiği hallerde dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılığın mevcut olması durumunda failin kasten öldürmenin ihmali suretle işlenmesi kapsamında sorumlu tutulacağını ileri sürmektedir¹¹³. Bu görüş uyarınca örneğin annenin çocuğunu evde tek başına bırakarak ayrılması sonucunda çocuk hayatını kaybettiğinde 97. maddenin 2. fıkrası kapsamında cezai sorumluluğunun 23. ve 83. maddeler kapsamında belirlenmesi gerekecek, annenin ölüm neticesini öngörmesi veya kabullenmesi aranmayacaktır. Bu görüşün temelinde 23. maddede yer verilen ağır netice bakımından *en azından taksirle hareket etmesi gerekir* ifadesi yer almaktadır¹¹⁴.

C. Görüşümüz

Terk suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış halinin kanuna eklenmesinin gerekçesi öncelikle ele alınması gereken husustur. Bilindiği üzere neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç düzenlemeleri kural olarak gerçekleşen neticenin haksızlık içeriğinin fail tarafından gerçekleştirilen her iki suç tipinden daha yüksek olması durumunu karşılar¹¹⁵. Bu kapsamda terk suçu sonucunda mağdurun yaralanmış veya hayatını kaybetmiş olmasının neticesi sebebiyle ağırlaşmış hal olarak düzenlenmesi mağdurun yaralanması veya hayatını kaybetmesine ilişkin terk sonucunda meydana gelen halin haksızlık içeriğinin hem terk suçunun temel şekline hem de gerçekleşen neticeye ait suç tipine göre daha fazla olmasıdır. Daha açık bir ifade ile terk edilen mağdur, öngörülebilir ve fakat fail tarafından öngörülmemiş bir nedenle yaralanmış olması halinde faile hem terk suçunun temel şeklinden hem de taksirle yaralama suçundan daha ağır bir cezanın verilmesi gerekir. Çünkü bu nitelikteki eylem hem terk suçuna göre hem de taksirle yaralama suçuna göre daha ciddi bir haksızlığı ifade etmektedir. Bunun yanında dikkat edilmesi gereken bir diğer husus terk sonucunda mağdurun ölümüne neden olunmasının kasten yaralama sonucu ölümüne neden olmaktan daha düşük bir haksızlık içeriğini haiz olduğudur. Zira terk suçunda failin kastı mağduru kendine haline terk etme ile sınırlıyken kasten yaralamada kast doğrudan vücut bütünlüğünün bozulmasına ilişkindir¹¹⁶. Bu kapsamda terk suçu

sorumluluğunun 88. madde kapsamında belirleneceğini belirtmektedir. Bu hüküm nedeniyle terk suçunda mağdurun hayatını kaybetmesinin Türk Ceza Kanunu'nun 87. maddesinin 4. fıkrası çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğine ilişkin olarak bkz. Hakeri / Tekin, s. 130.

¹¹⁰ Özgenç / Koca / Üzülmüş, s. 74-75, Bayraktar / Yıldız / Kartal / Sınar / Kurt / Bostancı Bozbayındır / Eroğlu / Erman, s. 403.

¹¹¹ Özbek, Veli Özer, "Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar", *Ceza Hukuku Dergisi*, s. 4, 2007, s. 244.

¹¹² Özbek, s. 244.

¹¹³ Ahmet Gökçen / Murat Balcı, "Kasten Öldürme ve Yaralama Suçlarının İhmali Davranışla İşlenmesi (TCK m. 83, 88)", *Ceza Hukuku Dergisi*, S. 18, Nisan 2012, s. 11

¹¹⁴ Gökçen / Balcı, s. 11.

¹¹⁵ Kaymaz / Bozbayındır, s. 79.

¹¹⁶ Heger, s. 614.

sonucunda ölüme neden olunması halinde faile verilecek cezanın terk suçunun temel şekli ve taksirle öldürmeden fazla, kasten yaralama sonucu ölüme neden olmadan az olması gerekir. Neticesi sebebiyle ağırlanmış halin öngörülmemiş olması durumunda uygulanacak olan içtima hükümleri terk ve neticesinde meydana gelen ağırlanmış halin haksızlığını karşılamada yetersiz kalacaktır. Bu kabul çerçevesinde, neticesi sebebiyle ağırlanmış suçun karşılığında uygun bir soyut cezanın belirlenmesi gerekmektedir. Ancak terk suçuna ilişkin düzenlemede bu yöntem tercih edilmemiştir.

Bu açıklamalar çerçevesinde terk suçunun neticesi sebebiyle ağırlanmış haline ilişkin 97. maddenin 2. fıkrasına bir anlam verilmesi gerekmektedir. Kanaatimizce 97. maddenin 2. fıkrasında ağır neticenin terk suçunun neticesi sebebiyle ağırlanmış şekli olarak düzenlenmesi neticesi sebebiyle ağırlanmış hallerin gerçekleştiği olaylarda suçların içtimasına ilişkin bir düzenlemedir. Zira yukarıdaki paragrafta açıklandığı üzere neticesi sebebiyle ağırlanmış suçlara ilişkin düzenlemeler kural olarak suçların içtimaı hükümlerinin özellikli şekli niteliğindedir¹¹⁷. 97. maddenin 2. fıkrası hükmüne kanunda yer verilmemiş olması durumunda da failin terk ile bağlantılı olarak yaralanması veya hayatını kaybetmesi halinde meselenin tehlike suçları ile zarar suçları arasındaki içtima ilişkisi kapsamında ele alınması gündeme gelecekti¹¹⁸. Mevcut durumda ise meselenin gerekli olduğu takdirde neticesi sebebiyle ağırlanmış suçlar kapsamında içtima çerçevesinde incelenmesi gerekecektir. Bu durum bir bakıma kanun koyucunun terk suçunun neticesi sebebiyle ağırlanmış halinin varlığı halinde meselenin zarar suçu ile tehlike suçu arasındaki içtima ilişkisine göre değerlendirilmesini uygun görmediği anlamına gelmektedir. Zira bu durumda, genel kabule göre tehlike suçu niteliğindeki terk suçunun özellikle koruduğu hukuki değer hayat ve vücut bütünlüğü olduğu dikkate alındığında tali norm olması nedeniyle görünüşte içtima uyarınca failin zarar suçu niteliğindeki eyleminden dolayı cezalandırılması söz konusu olacaktı¹¹⁹. Temel suç tipinin neden olduğu ağır neticenin başka bir netice olarak kanunda düzenlenmiş olduğu ancak temel suçtan daha ağır bir ceza ile cezalandırılmasının kanunda öngörülmediği hallerde ise görünüşte içtima ilişkisinden söz edilemeyecektir¹²⁰. Bu durumda failin cezai sorumluluğu fikri içtima kuralları uyarınca belirlenecektir.

Kanun koyucunun bu tercihinin iki pratik sonucu bulunmaktadır. Bunlarda ilki ağırlanmış neticenin başka bir suç oluşturması ve bu suç için öngörülen cezanın terk suçunun temel şeklinden daha az olması durumunda ortaya çıkar¹²¹. Bu durumda, 97. maddenin 2. fıkrasının olmadığı ihtimalde failin görünüşte içtima kuralları çerçevesinde zarar suçu olan taksirle yaralama suçu

¹¹⁷ Doğan, s. 290. Nitekim bazı hukuk sistemlerinde neticesi sebebiyle ağırlanmış suçlar kanunda çıkarılmakta, sorunun fikri içtima kapsamında çözülmesi tercih edilmektedir. Bu hususta bkz. Kaymaz, Seydi / Bozbayındır, Ali Emrah, “Neticesi Sebebiyle Ağırlanmış Yaralama Suçundan Sorumluluk ve Bu Konudaki Bazı Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. LXVIII, S. 1-2, 2010, s. 80-81.

¹¹⁸ Bu konuda bilgi için bkz. bkz. Demirtaş, s. 356 vd., Ünal, s. 362, Ünal, Ertuğrul, Ceza Hukukunda Görünüşte İçtima (Kanunların İçtiması), Ankara, Adalet Yayınevi, 2024, s.102 vd., Demirel, Muhammed, “Tehlike Suçları- Zarar Suçları Arasındaki İlişkinin İçtima Kuralları Kapsamında Değerlendirilmesi”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. LXXI, S. 1, 2013, s. 1479-1485, Bandır, Oğuz, Görünüşte İçtima, On İki Levha, İstanbul 2024, s. 227, Göktürk, Neslihan. *Fikri İçtima (Suçların İçtiması)*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 239-240.

¹¹⁹ Öğretide meseleyi asli norm tali norm ilişkisi kapsamında ele alan ve terk sonucunda mağdurun yaralanması ve hayatını kaybetmesi durumunda failin asli norm olan öldürme veya yaralamadan cezalandırılacağı yönündeki görüş için bkz. Demirtaş, s. 358.

¹²⁰ Göktürk, s. 236.

¹²¹ Hafizoğulları / Özen, s. 134.

kapsamında cezalandırılması gerektiği kabul edildiğinde, cezasının 89. madde kapsamında belirlenmesi ve bu şekilde belirlenen cezanın terk suçunun temel şeklinden daha az olması durumu ile karşılaşılabilecektir. Bu durum neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlar dikkate alındığında adil olmayan bir durumu işaret etmektedir. Kanundaki düzenleme uyarınca mesele neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlarda içtima bağlamında ele alınmalı ve failin tek fiili iki ayrı suç tipine sebebiyet verdiği için fikri içtima kurallarına göre failin cezai sorumluluğu belirlenmelidir¹²². Bu kapsamda hali hazırdaki düzenlemeler uyarınca terk sonucunda mağdurun taksirle yaralanması halinde cezai sorumluluğunun terk suçunun temel şekli ve taksirle yaralama arasında fikri içtima kuralları uyarınca daha yüksek cezayı gerektiren suçtan dolayı belirlenmesi gerekir. Belirtmek gerekir ki aynı sorun mağdurun terk ile bağlantılı olarak basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek şekilde yaralanması bakımından da mevcuttur. Bu durumda, 97. maddenin 2. fıkrasının olmadığı ihtimalde failin görünüşte içtima kuralları çerçevesinde zarar suçu olan kasten yaralama suçu kapsamında cezalandırılması gerektiği kabul edildiğinde, 86. maddenin 2. fıkrası kapsamında dört aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılması gündeme gelecektir. Terk suçunun niteliği itibarıyla bu eylemin kural olarak 86. maddenin 3. fıkrası kapsamına gireceği de düşünülürse failin cezası yarı oranında artacaktır. Ne var ki terk sonucuna mağdurun yaralanmadığı 97. maddenin birinci fıkrası kapsamına giren bir olayda ise failin cezası üç aydan iki yıla kadar belirlenebilecektir. Bunun gibi bir durumda meselenin fikri içtima kapsamında ele alınması ve faile verilecek olan cezanın daha yüksek cezalandırmayı gerektiren terk suçunun temel şeklinden dolayı yapılması gerekir.

İlgili hükümde neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suç düzenlemesine yer verilmesi fail tarafından gerçekleştirilen suçun terk suçunun neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış şekli olduğunu belirtmesi nedeniyle örneğin şahsi cezasızlık sebebi gibi hususlarda önem taşımaktadır. Nitekim terk suçu sonucunda kanunda yer verilen ağır neticelerin gerçekleşmiş olması durumunda fail kural olarak gerçekleşen neticenin ilgili olduğu suçun cezası ile cezalandırılacak ise de şahsi cezasızlık sebeplerinin değerlendirilmesinde 97. maddede yapılan gönderme dikkate alınacaktır. Bu kabulün bir önemi Türk Ceza Kanunu'nun 22. maddesinin 6. fıkrası bağlamında karşımıza çıkar. Buna göre, terk sonucunda mağdurun hayatını kaybetmiş veya sağlığının bozulmuş olması durumunda fail hakkında 22. maddenin 6. fıkrasında düzenlenen şahsi cezasızlık sebebinin veya bilinçli taksir halinde cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebebin uygulanmaması gerekir. Zira bu halde *taksirli hareket sonucu neden olunan netice* değil kasten işlenen bir suçun neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış hali söz konusudur.

Terk suçunun neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış şeklinin Türk Ceza Kanunu'nun 87. maddesinin 4. fıkrası ile ilişkisinin de değerlendirilmesi gerekir. Öncelikle, terk suçunun neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış halleri bakımından 87. maddenin doğrudan uygulanacağına yönelik görüşlere katılmıyoruz. Kanaatimizce bu görüş 97. maddenin 2. fıkrasının kanundaki varlık sebebinin anlaşılması bakımından önemli ise de bu hükmün ifade ediliş şekli ağır neticeler bakımından 87. maddeye atıf yapıldığını gösterecek nitelikte değildir. Bunun yanında bu görüş kabul edildiğinde 87. maddeye esas temel suç tipi olan kasten yaralama bakımından kasten hareket etmeyen failin bu suçun ağır neticesinden dolayı sorumlu tutulması bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu durumda neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçların kast taksir kombinasyonu niteliğinde olması dolayısıyla kastın

¹²² Göktürk, Neslihan. *Fikri İçtima (Suçların İçtiması)*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 237.

terk suçu taksirin ise yaralama olduğu şeklinde bir kabul de suç teorisi bakımından tutarlı olmayacaktır. 87. maddenin 4. fıkrasının terk suçu bakımından uygulanabilmesi için failin gerçekleştirdiği terk eyleminin doğrudan sonucu olarak mağdurun yaralanması veya hayatını kaybetmesi ve failin de bu ağırlaşan netice bakımından en azından olası kastının mevcut olması gerekir. Bu durumda da mesele fikri içtima kapsamında çözülecektir.

Kasten öldürme ile terk eyleminin yan yana geldiği ya da terkin kasten öldürmenin aracı olarak kullanıldığı olaylarda failin cezai sorumluluğu terk suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış kapsamında değil kasten öldürme suçu kapsamında değerlendirilmelidir. Yargıtay 1. Ceza dairesinin, sanığın saat 19.00 sıralarında evinin banyosunda dünyaya getirdiği çocuğunun göbek bağını kendi imkanlarıyla kestikten sonra bağlamadan bir cekete sararak bez torbaya koyduğu ve ardından gece saat 23.00 sıralarında bir inşaatın yakınındaki direğin dibine bırakan anne bakımından yaptığı değerlendirmede “*sanığın doğan bebeği başka şekilde öldürme imkanı varken inşaat önüne bıraktığı ve icrai bir hareketle terk suçunu işlediği ancak terkin ölümün meydana gelmesinde etkisi olması nedeniyle sanığın neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç hükümlerine göre 5237 sayılı Kanun'un 87'nci maddesinin dördüncü fıkrasının son cümlesi gereğince cezalandırılması*” gerektiği yönündeki görüşüne katılmıyoruz¹²³. Bunun gibi olaylarda failin cezai sorumluluğunun kasten öldürme suçu kapsamında değerlendirilmesi gerekir. Terk suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış şekli bağlamında 87. maddenin 4. fıkrasının uygulanabileceği hal failin terk eyleminin ağırlaşan neticelerinden yaralama bakımından kastının olduğu ancak kastın mağdurun ölümünü kapsamadığı haller ile sınırlıdır.

Terk suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış halinin bir gerçek neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç düzenlemesi olup olmadığı konusunda ise gerçek neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç olduğu yönündeki görüşe katılıyoruz. Nitekim Türk Ceza Kanunu'nun 23. maddesindeki *bir failin, kastedilenden daha ağır veya başka bir neticenin oluşumuna sebebiyet vermesi halinde* ifadesi bu kabulü zorunlu kılmaktadır. Buna göre failin kastının *daha ağır veya başka bir neticeye* ilişkin olması – mağdurun yaralanmasını veya ölümünü kapsamaması- durumunda terk suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hali oluşmayacaktır. Failin kastının ağır neticeyi kapsamaması ihtimalinde terk suçunun tipikliğinin de olduğu durumda fail hem terk hem de kasten yaralama veya kasten öldürme suçunu işlemiş olacak mesele salt bir suçların içtimaı sorunu olarak karşımıza çıkacaktır. Bu durumda, kasten yaralama suçu bakımından verilecek cezanın terk suçunun temel şeklinin altında kalması gibi bir sorun da ortaya çıkmaz.

Terk suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış şekli bakımından burada değindiğimiz tartışmaların giderilmesi için ayrı bir soyut cezanın belirlenmesi gerektiği yönündeki görüşlere katılıyoruz. Bu belirlemede terk suçunun haksızlık içeriği bakımından diğer suçlar ile ilişkisi de göz önünde tutulmalıdır.

¹²³ Karar için bkz. yukarıda (97) sayılı dipnot.

SONUÇ

Terk suçunda korunması gereken hukuksal değer, yaşam ve vücut dokunulmazlığı olarak karşımıza çıkmaktadır. Kanun koyucu bu suç tipi ile yaşı veya hastalığı dolayısıyla kendisini idare edemeyecek durumdaki mağdurun yaralanması veya hayatını kaybetmesi riskine atılmasını engellemeyi hedeflemektedir. Suç, bir soyut tehlike suçu olarak düzenlenmiştir ve kanun koyucunun terk eyleminin mağdurun yaşam ve vücut bütünlüğü bakımından meydana getirdiği riskin büyüklüğü karşısında bu riski somut tehlikenin gerçekleşmesi şartını aramadan engellemeye çalıştığı anlaşılmaktadır.

Terk suçu bir özgü suç olması dolayısıyla yalnızca koruma ve gözetim yükümlülüğü mevcut bulunan kişilerce işlenebilir. Bu suç tipinde mağdur bakımından da bir sınırlamaya gidilmiş ve mağdurun yaşı veya hastalığı dolayısıyla kendini idare edemeyecek durumda olması aranmıştır. Bu düzenlemenin bir eksiklik olup olmadığı değerlendirilirken yardım ve bildirim yükümlülüğünün ihlalinin de suç olarak düzenlenmiş olduğu göz önünde tutulmalıdır.

Serbest hareketli bir suç olarak düzenlenen terk suçu aynı zamanda bir ihmali suç niteliği göstermektedir. Terk suçunun gerçek ihmali suç veya görünüşte ihmali suç kategorilerinden hangisinde yer aldığı tartışmalıdır. Kanunda terk suçunun, bir neticeyi önleme yükümlülüğü ile bağlantılı olarak sadece bakım ve gözetim yükümlülüğü altındaki kişilerce işlenebileceğinin öngörülmesi bu suçun görünüşte ihmali suç olduğuna işaret etmektedir. Terk suçu icrai hareket ile de işlenebilir.

Terk suçunda tipikliğin maddi unsurlarından olan eylem mağdurun kendi haline bırakılması olarak düzenlenmiştir. Mağdurun kendi haline terk edilmiş olmadığı tipikliğin objektif unsuru oluşmayacağından failin kastının araştırılması gerekli değildir. Suç kanunda soyut tehlike suçu olarak düzenlendiğinden mağdurun kendi haline terk edilmesinin somut bir tehlikeye yol açıp açmadığı değerlendirilmeyecektir.

Tipikliğin manevi unsurlarına gelindiğinde ise terk suçunun ancak kasten işlenebilen bir suç olarak düzenlendiği ifade edilmelidir. Terk suçunda kastın, mağdurun özel durumunu ve kendi haline bırakıldığını kapsaması gerekir.

Uygulamada terk suçu ile kasten öldürme suçunun sıklıkla birbiri ile karıştırıldığı görülmektedir. Failin kastının mağduru öldürmek olduğu ve terk eyleminin öldürmenin bir aracı olarak kullanıldığı ihtimallerde failin cezai sorumluluğunun kasten öldürme suçu çerçevesinde değerlendirilmesi gerekir. Özellikle icrai hareketle işlenen terk suçunda fail tarafından gerçekleştirilen hareketlerin mağdurun yaşam ve vücut bütünlüğüne saldırı niteliğinde olduğu durumlarda failin cezai sorumluluğu kasten öldürme suçu kapsamında tartışılmalıdır. Buna karşılık, failin kastının terk eylemi ile sınırlı olması ancak ölümün meydana gelmesi halinde failin cezai sorumluluğu neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç hükümlerine göre belirlenecektir. Mağdurun terk sonucunda yaralanmış olması durumunda da failin cezai sorumluluğu neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç hükümlerine göre belirlenecektir. Kanunun 97. maddesinin 2. fıkrasında yer verilen düzenleme nedeniyle neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerin söz konusu olması halinde failin cezai sorumluluğunun görünüşte içtima değil fikri içtima kapsamında belirlenmesi gerekir.

KAYNAKÇA

- Akbulut, Berrin. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. 9. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.
- Arslantürk, Mustafa. *Hakaret, Tehdit, Terk, Şantaj, Huzur Bozma, Hakların Engellenmesi, Çevre, İmar, İhale, Tefecilik Suçları*. Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- Artuk, Mehmet Emin / Ahmet Gökçen / Mehmet Emin Alşahin / Kerim Çakır. *Ceza Hukuku Özel Hükümler*. 20. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.
- Artuk, Mehmet Emin / Ahmet Gökçen / Mehmet Emin Alşahin / Kerim Çakır. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. 15. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.
- Avcı, Mustafa / Erdal Yerdelen. “Karar İncelemesi – Garantörsel İhmali Suçta İhmali ve İcrai Davranış Ayırımı.” *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 19, Sayı 1, 2015, s. 163–190.
- Bandır, Oğuz, Görünüşte İçtima, On İki Levha, İstanbul 2024
- Bayraktar, Köksal / Yıldız, Ali Kemal / Kartal, Pınar Memiş / Sınar, Hasan / Kurt, Gülşah / Bostancı Bozbayındır, Gülşah / Eroğlu, Fulya / Erman Barış. *Özel Ceza Hukuku Cilt II: Kişilere Karşı Suçlar*. On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- Bock, Dennis. *Strafrecht Besonderer Teil 1: Nichtvermögensdelikte*. 1. Baskı, Springer, Heidelberg, 2018.
- Cebeci, Şeyma. “Terk Nedeniyle Mağdurun Hastalığa Yakalanması, Yaralanması ya da Ölmesi Suçunu Düzenleyen TCK m. 97/2’nin Kanunilik İlkesi Bakımından Değerlendirilmesi”. III. Genç Hukukçu Araştırmacılar Sempozyumu (26-27 Kasım 2022). Ed. Pınar Başak Coşkun, Barkın Özyurt, Yağmur Öykü Yönet. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, Kasım 2023, 661–666.
- Demirbaş, Timur. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. 18. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.
- Demirel, Muhammed. “Tehlike Suçları - Zarar Suçları Arasındaki İlişkinin İçtima Kuralları Kapsamında Değerlendirilmesi”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. LXXI, S. 1, 2013, s. 1479-1488.
- Doğan, Koray. “Tehlike Suçu ile Zarar Suçu Arasındaki Suçların İçtima Sorunu.” *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Cilt 16, 2014, s. 179-208.
- Dülger, Murat Volkan. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.
- Erbaş, Rahime. *Türk Ceza Kanunu'nda Görünüşte İhmali Suçlarda Garantörlük*. On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.
- Erbaş, Rahime. “İcrai veya İhmali Olarak Somut Olayda Davranışın Gerçekleştiriliş Biçiminin Tespiti Meselesi.” *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 21, Sayı 1, 2019, s. 397-449.

- Ersoy, Uğur. “Ceza Hukukunun Gri Alanı: Tehlike Suçları.” *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Cilt 41, 2020, s. 27-64.
- Gökçen, Ahmet / Balcı, Murat, “Kasten Öldürme ve Yaralama Suçlarının İhmali Davranışla İşlenmesi (TCK m. 83, 88)”, *Ceza Hukuku Dergisi*, S. 18, Nisan 2012, s. 8-30.
- Göktürk, Neslihan. *Haksızlık Yanılgısının Ceza Sorumluluğuna Etkisi*. Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.
- Hafizoğulları, Zeki / Muharrem Özen. *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler: Kişilere Karşı Suçlar*. 5. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2016.
- Hakeri, Hakan / Derya Tekin. *Tartışmalı Sorularla Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023.
- Hakeri, Hakan. “İhmali Suçlar.” *Ceza Hukuku Dergisi*, Cilt 2, Sayı 4, 2004, s. 137-169.
- Hakeri, Hakan. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. 28. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023.
- Hardtung Bernhard. *MüKoStGB, StGB § 221*.
- Kaymaz, Seydi / Bozbayındır, Ali Emrah, “Neticesi Sebebiyle Ağırlaşan Yaralama Suçundan Sorumluluk ve Bu Konudaki Bazı Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. LXVIII, S. 1-2, 2010, s. 77-120
- Keçelioğlu, Elvan, “Sırf Hareket Suçu Soyut Tehlike Suçu Mudur?.” *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 25, Sayı 2, 2021, s. 433–464.
- Koca, Mahmut / İlhan Üzülmöz. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. 16. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Krüger, Matthias, “§ 221: Aussetzung” in Gabriele Cirener ve diğerleri (eds), *Leipziger Kommentar StGB Online*, De Gruyter, 2019.
- Küper, Wilfried. “Die Aussetzung (§ 221 Abs. 1 StGB) — ein Lebensgefährdungsdelikt?”, *JuristenZeitung*, 50. Jahrg., Nr. 4, 17. Februar 1995, s. 168-176.
- Memiş Kartal, Pınar. “Türk Ceza Kanunu’nda Koruma, Gözetim, Yardım veya Bildirim Yükümlülüğünün İhlali Biçimlerinden Terk Suçu: TCK m.97.” *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 1, 2012, s. 197-209.
- Önok, Murat. “TCK’da Koruma, Gözetim, Yardım veya Bildirim Yükümlülüğünün İhlali Suretiyle İşlenen Suçlar.”, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 11, Sayı 1, 2012, s. 31-61.
- Özbek, Veli Özer / Doğan, Koray / Bacaksız, Pınar / Başbüyük, İsa. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.
- Özbek, Veli Özer / Doğan, Koray / Bacaksız, Pınar. *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*. 18. Baskı,

Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.

Özbek, Veli Özer, “Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar”, *Ceza Hukuku Dergisi*, s. 4, 2007, s. 223-246.

Özgenç, İzzet / Koca, Mahmut / Üzülmüş, İlhan, *Ceza Hukuku Genel ve Özel Hükümler Karar İncelemeleri, Sınav Soru ve Cevapları*, Seçkin, Ankara 2024.

Özgenç, İzzet, “İhmalî Suç Teorisi.” *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 25, Sayı 4, 2021, s. 303-378.

Özgenç, İzzet. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. 19. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2023.

Soyaslan, Doğan. *Ceza Hukuku Özel Hükümler*. 11. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2016.

Sternberg-Lieben. *Tubinger Kommentar, StGB*, 31. Aufl. 2025, StGB § 221.

Topçu, Kemal, *Kasten Yaralama Sonucu Ölüme Neden Olma*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013

Ünal, Ertuğrul, *Ceza Hukukunda Görünüşte İhtima (Kanunların İhtimai)*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2024.

Ünal, Osman Gazi. *Türk Ceza Hukukunda Tehlike Suçları*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.

Yenerer Çakmut, Özlem, “Türk Ceza Yasası’nda Terk Suçu (TCK m.97).” *İstanbul Hukuk Mecmuası*, Cilt 65, Sayı 2, 2007, s. 49-76.

Yenisey, Feridun / Gottfried Plagemann. *Alman Ceza Kanunu Strafgesetzbuch (StGB)*, 2. Baskı. Beta Yayıncılık, İstanbul, 2015.

Yurtlu, Fatih. *İhmalî Suçlar*. Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.

Osmanlı Mahkemelerinde Elçilik ve Konsolosluk Tercümanlarının Fonksiyonu

Müberra KORKMAZ^{1*} 

¹Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye

Makale Bilgisi

Makale Geçmişi

Geliş: 02.04.2025

Kabul: 27.06.2025

Yayın: 30.06.2025

Anahtar Kelimeleri:

Tercüman,
Kapitülasyon,
Hukuki Statü,
Osmanlı Muhakeme
Hukuku,
Osmanlı Diplomasisi.

ÖZET

Mahkemede tercümandan yararlanma hakkı, günümüzde olduğu gibi İslam ve Osmanlı hukukunda da muhakeme hukukuna dair güvencelerden biri olarak benimsenmiş ve kapitülasyonlarda yabancılara tanınan imtiyazlardan birini teşkil etmiştir. Fakat devletin zayıflaması, siyasi ve ekonomik şartlar, kapitülasyonların Osmanlı egemenliğini kısıtlayıcı bir unsura dönüşmesine yol açmış; bu durum, yabancılara tanınan hakkın amacı ve kapsamının suistimal edilmesine neden olmuştur. Tanzimat Dönemi'nde gerçekleştirilen yargı reformları, Osmanlı Devleti tarafından bu aşırılıkları bertaraf etmede bir dayanak olarak öne sürülmüştür. Ancak yabancı devlet temsilcileri, kapitülasyon metinlerindeki ifadelerin belirsizliğinden faydalanarak yorum yoluyla, bu hakkı kendi tebaalarını korumak ve siyasi çıkarları temin amacıyla kapsamı ve fonksiyonunu aşar şekilde kullanmaya çalışmıştır. Bu çalışma kapitülasyon metinleri ile Osmanlı ve İngiliz arşiv belgelerinin ışığında, söz konusu imtiyazın hukuki niteliğine, elçilik ve konsolosluk tercümanlarına atfedilen fonksiyonun taraflarca nasıl değerlendirildiğine ve uygulamaya ışık tutmayı amaçlamaktadır.

The Function of Embassy and Consulate Interpreters in Ottoman Courts

Article Info

Article History

Received: 02.04.2025

Accepted: 27.06.2025

Published: 30.06.2025

Keywords:

Interpreter,
Capitulation,
Legal Status,
Ottoman Procedural
Law,
Ottoman Diplomacy.

ABSTRACT

The right to use an interpreter in court was adopted as one of the guarantees of procedural law in Islamic and Ottoman law, as it is today, and constituted one of the privileges granted to foreigners in capitulations. However, the weakening of the state and political and economic conditions caused the capitulations to become a restrictive element of Ottoman sovereignty; this situation caused the purpose and scope of the rights granted to foreigners to be abused. The judicial reforms carried out during the Tanzimat Period were put forward by the Ottoman State as a basis for eliminating these excesses. However, foreign state representatives tried to use this right beyond its scope and function by taking advantage of the ambiguity of the expressions in the capitulation texts and through interpretation, in order to protect their own subjects and ensure political interests. This study aims to shed light on the legal nature of the privilege in question, how the function attributed to embassy and consulate translators was evaluated by the parties, and its implementation in the light of capitulation texts and Ottoman and British archive documents.



This article is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License (CC BY-NC 4.0)

To cite this article:

Korkmaz, M. (2025). “Osmanlı Mahkemelerinde Elçilik ve Konsolosluk Tercümanlarının Fonksiyonu”, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 8(1), s. 398-435. <https://doi.org/10.51120/NEUHFD.2025.158>.

***Sorumlu Yazar:** Müberra Korkmaz, muberrakorkmaz@cankaya.edu.tr.

GİRİŞ

En basit tanımıyla tercüme (terceme), “bir dilden başka dile aktarma, çevirme”, tercüman (tercemân) ise çeviri yapan kişiyi ifade etmekte olup; Arapça “trcm” kökünden türemiştir. Tercüme faaliyetinin amacı, kendisini farklı dillerde ifade eden iki veya daha fazla kişi arasındaki iletişimin sağlanmasıdır.¹ Çoğu Batı dilinde ise “dragoman/drogman” kelimesi, tercüman kelimesine kaynaklık etmektedir.²

Uluslararası ilişkilerin yoğunlaşmasıyla pek çok alanda tercüme hizmetinin ve tercümanların önemi giderek artmıştır. Osmanlı Devleti’nde ise genel olarak tercüman, devlet ile yabancı ülkeler arasında bir nevi aracılık ederek siyasi ve ticari ilişkileri temin eden kişi niteliğinde olup³; 14. yüzyıldan itibaren önemli bir gelişim göstermiştir. Osmanlı Devleti’nde tercümanlık kurumu, dört ayrı grup altında toplanmaktadır: Divan-ı Hümayun tercümanlığı, eyalet tercümanlığı, müessese tercümanlığı (askeri ve eğitim kurumlarında kullanılan tercümanlar) ile son olarak yabancı elçilik ve konsolosluk tercümanlığıdır.⁴

Tercümanlık hizmeti özellikle, kişilerin, dilini bilmedikleri yabancı bir ülkede çeşitli sebeplerle yargılanmaları durumunda, bu yargılamanın adil bir şekilde yapılabilmesi ve kişilerin hak kaybına uğramamaları bakımından da hayati bir konumdadır.

Ücretsiz olarak tercümandan yararlanma hakkı, günümüzde adil yargılanma hakkı ve ayrımcılık yasağı kapsamında muhakeme hukukuna ilişkin güvencelerden biridir.⁵ Hem Türkiye’nin

¹ Develioğlu, Ferit. *Osmanlıca - Türkçe Ansiklopedik Lûgat*. 31. Baskı, Aydın Kitabevi Yayınları, Ankara, 2015, s. 1262; Kılıç, Ali Şahin. “Tercümandan Faydalanma Hakkı Çerçevesinde Sanığın Seçtiği Dilde Savunma Yapması Üzerine Bir Değerlendirme.” *AÜHFD*, S. 65, 2016, s. 2103; Bozkurt, Nebi. “Tercüman.” *TDVİA*, C. 40, İstanbul, 2011, s. 489.

² Tercüman ve aynı anlamda kullanılan diğer kelimelerin kökeni hakkında bkz. Okiç, M. Tayyip. “Hadiste Tercüman.” *AÜİFD*, C. 14, 1966, s.28-32; Lewis, Bernard. *Babil’den Dragomanlara*. 1. Basım, Kapı Yayınları, İstanbul, Ocak 2008, s. 26-27.

³ Çiçek, Kemal. “Osmanlı Devleti’nde Yabancı Konsolosluk Tercümanları.” *Kıbrıs’tan Kafkasya’ya Osmanlı Dünyasında Siyaset, Adalet ve Raiyyet*, Ed. Kemal Çiçek / Abdullah Saydam, Derya Kitabevi, Trabzon, 1998, s. 173; İnan, Kenan. “Osmanlı Döneminde Yabancı Elçilik ve Konsolosluklarda Görevli Tercümanlarının Statüleri.” *Tarih ve Toplum*, C. 26, S. 154, Ekim 1996, s. 197.

⁴ Orhonlu, Cengiz. “Tercüman.” *İslam Ansiklopedisi*, C. 12/I, 2. Baskı, Milli Eğitim Basımevi, İstanbul, 1979, s. 176; Karakoç ise daha genel bir ayrımla, biri devletin kendisine; diğeri yabancı devletlere ait olmak üzere iki tür tercümanlık kurumu olduğunu ifade etmiştir. Karakoç, İrem. “Osmanlı Hukuku’nda Elçilik Tercümanlığından Yabancı Devlet Mahmiliği ve Vatandaşlığına: Hukukun Araştırılmasının Örnekleri.” *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 7, S. 1, 2024, s. 146.

⁵ Tezcan, Durmuş. “Tercümandan Yararlanma Hakkı.” *AÜSBFD*, C. 52, S. 1, 1997, s. 694.

taraf olduğu uluslararası sözleşmelerde⁶ hem de iç hukukta⁷ düzenlenen bu hakkın işlevi, kullanılan dili anlamayan ya da konuşamayan suç isnat edilmiş kişinin, aynı konumda olan fakat bu dili bilen bir kişiye kıyasla maruz kaldığı dezavantajları azaltmak ve böylece yargılama eşitliğini sağlamaktan ibarettir.⁸ Bununla birlikte Türk hukukunda, sadece suç isnat edilen tarafın değil, aynı zamanda mağdurun ve gerek ceza, gerek hukuk yargılamasında olsun tanıkların Türkçe bilmemeleri halinde dinlenilmeleri sırasında da tercümandan yararlanılacağı düzenlenmiştir.⁹

Günümüzde adil yargılanma hakkı ve hukuki düzenlemeler çerçevesinde formüle edilen tercümanların mahkemelerdeki varlığı, esasında çeşitli fonksiyonlarıyla birlikte daha eskiye dayanmaktadır. Genel olarak İslam hukuku ve Osmanlı uygulamasında da tercümanların bu kapsamda dil bilmeyen hâkime yardım ve neticede adil bir yargılamanın gerçekleşmesine hizmet fonksiyonunun ön plana çıktığı görülmektedir.

Osmanlı Devleti’nde yabancıların hukuki statüsü kapitülasyonlarla belirlenmiştir. Ancak devletin zayıflamasıyla birlikte, yabancıların Osmanlı mahkemelerinde yargılanmaları sırasında mensup oldukları devlet konsolosluğu tarafından atanan tercümanların bulunması kuralı, siyasi nedenlerle amaç ve yetkisi dışında kullanılmaya çalışılmıştır. Bu durum, yabancı devlet temsilcileri ile Osmanlı mahkemeleri ve hükümet yetkilileri arasında görüş ayrılıklarına, sürtüşmelere ve müzakerelere konu olmuş; neticede Osmanlı Devleti’nin egemenlik yetkisine doğrudan müdahale teşkil etmenin yanında, Osmanlı tebaasının da çoğu defa mağduriyetine ve hak kaybına sebebiyet vermiştir.

Bu çalışma, kapitülasyonlarda yabancılara tanınan Osmanlı mahkemelerinde yargılanmalarının tercüman huzurunda gerçekleştirilmesine ilişkin imtiyazın hukuki mahiyetinin ve bu kapsamda tercümanlara atfedilen fonksiyonun, gerek yabancı devletler ve temsilciliklerince, gerek

⁶ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (Mad. 6/3-e) “...3. Bir suç ile itham edilen herkes aşağıdaki asgari haklara sahiptir: e) Mahkemede kullanılan dili anlamadığı veya konuşamadığı takdirde bir tercümanın yardımından ücretsiz olarak yararlanmak.” 4 Kasım 1950 tarihli AİHS’nin Türkçe metni için bkz. https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention_tur, (ET: 24.11.2024); Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme (Mad. 14/3-f) “...3. Herkes, itham edildiği suçla ilgili olarak, tam bir eşitlik içinde, aşağıdaki asgari garantilere sahip olacaktır: (f) Mahkemede kullanılan dili anlamıyor veya konuşamıyorsa bir tercümanın parasız yardımının sağlanması...”, 16 Aralık 1966 tarihli Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme’nin Türkçe tam metni için bkz. <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d22/c016/tbmm22016089ss0150.pdf>, (ET: 24.11.2024).

⁷ T.C. Anayasası’nda tercümandan yararlanma hakkı açıkça ifade edilmemekle birlikte, adil yargılanma hakkının (Mad. 36) bir parçasını oluşturmaktadır. Ayrıca bu hak, Anayasa Mahkemesi kararları uyarınca sınırlı bir hak olup tercüman isteyen herkese değil, adil yargılanma ilkesinin gerçekleşmesine hizmet ettiği ölçüde sadece yargılamada kullanılan dili bilmeyen, anlamayan ve konuşamayan kişilere tercüman atanması bir zorunluluk teşkil etmektedir. İncoğlu, Sibel. *Adil Yargılanma Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 4*. Avrupa Konseyi, Nisan 2018, s. 367-368; Ceza Muhakemesi Kanunu’nda da “tercüman bulundurulacak haller” başlığı altında bu hakka yer verilmiştir. (Mad. 202) 4.12.2004 ve 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK), RG. 14.12.2004 - 25673.

⁸ Adil yargılanma hakkı ve ayrımcılık yasağı kapsamında tercümandan yararlanma hakkına dair geniş bilgi için bkz. İncoğlu, s. 366-367; *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Adil Yargılanma İlkesi Işığında Hukuk Devleti ve Yargı Reformu*. TÜSİAD, Aralık 2003, s. 163-164; Kaşıkara, M. Serhat. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Âdil Yargılanma Hakkı ve Türkiye*. Adalet Yayınevi, Ankara, 2009, s. 215-218.

⁹ 5271 sayılı CMK. (Mad. 202); 12.01.2011 tarih ve 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK), (Mad. 263/1), RG. 04.02.2011- 27836.

Osmanlı yetkililerince nasıl değerlendirildiğine ve ne şekilde uygulandığına ışık tutmayı amaçlamaktadır.

Söz konusu amaç doğrultusunda çalışmada, kapitülasyon metinlerinin yanı sıra Osmanlı ve İngiliz arşiv belgelerinden birincil kaynak olarak yararlanılmış olup; bu durum iki karşıt görüşün ortaya konularak çok yönlü ve bütüncül bir değerlendirme yapılmasına imkân tanımıştır.

Çalışmada öncelikle İslam ve Osmanlı muhakeme hukukunda tercümanların fonksiyonunun teorik çerçevesi belirlenecektir. Kapitülasyonlarla Osmanlı mahkemelerinde yabancılara tanınan bu hakkın kullanılabilmesi için görevlendirilen tercümanlar olmaları dolayısıyla genel olarak elçilik ve konsolosluk tercümanlığı kurumu, hukuki statüsü ve görevleri hakkında bilgi verilecektir. Yabancıların Osmanlı mahkemelerinin yargı yetkisine tâbi olduğu durumların belirlenmesinin ardından, genel olarak çeşitli yargı kolları ve hukuk alanlarına ilişkin tercümanların mahkemedeki fonksiyonu konusunda kapitülasyon hükümlerinin nasıl değerlendirildiği ve uygulandığı incelenecektir.

I. GENEL OLARAK İSLAM-OSMANLI MUHAKEME HUKUKUNDA TERCÜMANIN FONKSİYONU

İslam hukukunda bu konu erken dönemlerde gündeme gelmiş ve tartışılmış olup tercümanın hukuki statüsünün şahitlik veya haberci niteliğinde olduğuna dair iki görüş ortaya çıkmıştır. Hanefi mezhebi kurucularından Ebu Hanife ve Ebu Yusuf, mahkemelerdeki tercüme faaliyetinin haber verme; tercümanın ise bir haberci niteliğinde olduğunu savunmuştur. Bu sebeple yetkin, tek bir tercümanın yeterli olduğu; tercüme faaliyetinin ise tek başına hükme dayanak bir delil değil, adil yargılamanın gerçekleşmesine yarayan bir vasıta olduğu kabul edilmiştir. Ancak Hanefi mezhebinden İmam Muhammed ve diğer hukuk mezheplerinin çoğunluğu, tercümanlığı hukuki açıdan şahitlik gibi değerlendirmiştir. Bu doğrultuda tercümanlar, hem şahitlerde aranan şartlara sahip olmalı, hem de davanın niteliğine göre birden fazla bulundurulmalıdır.¹⁰

Bir İslam devleti olarak Osmanlı Devleti'ndeki yargılamada tercümanın fonksiyonu da baskın Hanefi içtihadı doğrultusunda adil yargılamayı gerçekleştirmede bir araç olarak görülmüştür. Nitekim Tanzimat Dönemi öncesinde dağınık olarak fıkıh kitaplarında yer alan muhakeme hukukuna ilişkin hükümler, Hanefi içtihatları dikkate alınarak Mecelle'nin 14, 15 ve 16. Kitaplarında kısmen toplanmış; Kanun-ı Esasi de söz konusu hükümleri aynen benimsemiştir.¹¹ Bu doğrultuda, Mecelle'nin "Kitab-ül Kaza" başlıklı 16. Kitabı'nda, mahkemede dil bilmeyen tarafların ve şahitlerin ifadesinin çevirisi için ehliyetli ve güvenilir (mevsuk ve mu'temen) bir tercüman bulundurulması

¹⁰ İslam hukukunda mahkemede tercümanlığın hukuken haberci veya şahitlik olarak kabul edilmesine ilişkin deliller ve sonuçları hakkında geniş bilgi için bkz. Köse, Üzeyir. "Tercümanlık ve İslam Muhakeme Hukukundaki Rolü." *Rize İlahiyat Dergisi*, S. 25, 2023, s. 49, 51-53, 57; Bozkurt, "Tercüman" s. 490. İslam hukukunda mahkemedeki tercümanın özelliklerine ilişkin ayrıca bkz. Atasoy, Abdussamed. "1879 Usûl-i Muhâkemât-ı Cezaiye Kanunu ve Temyiz Mahkemesi Kararları Kapsamında Osmanlı Hukukunda Tercüman." *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 8, S. 1, 2025, s. 159-160.

¹¹ Gayretli, Mehmet. *Tanzimat'tan Cumhuriyet'e Kanunlaştırma Çalışmaları*. 1. Baskı, Nizamiye Akademi, İstanbul, 2015, s. 293; Bozkurt, Gülnihal. *Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi - Osmanlı Devleti'nden Türkiye Cumhuriyeti'ne Resepsiyon Süreci (1839-139)*. 3. Baskı, Türk Tarih Kurumu, Ankara, 2020, s. 103.

gereği düzenlenmiştir.¹²

Mecelle'den önce Tanzimat Dönemi'nde, ticari davaların yargılamasına ilişkin uygulamada karşılaşılan sorunlara çözüm olması adına, Usul-i Muhakeme-i Ticaret Nizamnamesi¹³ (Ticaret Muhakeme Kanunu), 1861 yılında Fransız Kanunu'ndan resepsiyon yoluyla kabul edilmiş olup bu düzenleme, 1879 yılında Usul-ı Muhakeme-i Hukukiye Kanun-ı Muvakkati¹⁴ (Hukuk Muhakeme Kanunu) yürürlüğe girene kadar ticaret mahkemelerinin yanı sıra nizamiye mahkemeleri ve karma mahkemelerde de uygulanmıştır.¹⁵

1879 yılında kabul edilen Hukuk Muhakeme Kanunu'nun kaynağı konusunda doktrinde görüş ayrılıkları olmakla birlikte¹⁶, hem Fransız Kanunu'ndaki hem Mecelle'deki usul hükümlerine yer verilmiş olup karma bir nitelik taşımaktadır. Bununla birlikte, ticaret mahkemelerinde uygulanan usuller de kapsamına dâhil edilmiştir.¹⁷ Ayrıca bu Kanun ile Mecelle'nin usul hükümleri arasında bir çatışma söz konusu değildir. İki kanun birlikte yürürlükte olup, aralarında genel-özel kanun ilişkisi mevcuttur.¹⁸ Hukuk ve ticaret davalarına ilişkin Osmanlı mahkemelerindeki yargılamalarda tercümanın niteliği ve fonksiyonu konusunda, İslam-Osmanlı uygulamasında benimsenmiş olan esasın sürdürüldüğü ifade edilebilir.

1879 yılında, bu düzenlemenin hemen ardından ceza yargılamasına ilişkin *Usul-ı Muhakeme-i Cezaiyye Kanun-ı Muvakkati*¹⁹ (Ceza Muhakeme Kanunu) de yürürlüğe girmiştir. 1808 Fransız Ceza Kanunu'nu çok az değişikliklerle benimseyen bu Kanun, şeri hükümlere yer vermemiştir.²⁰ Esasında bu düzenlemede, ileride detaylı olarak değinileceği üzere, her ne kadar elçiliklerce bazı itiraz ve eleştiriler ileri sürülse de tercümanların mahkemedeki varlığına engel oluşturacak ya da yabancılara bu anlamda tanınan imtiyazları ortadan kaldıracak bir hüküm bulunmamaktadır²¹.

II. OSMANLI DEVLETİ'NDE ELÇİLİK VE KONSOLOSLUK TERCÜMANLIĞI

Osmanlı Devleti'nde yabancıların hukuki durumu genel olarak kapitülasyonlarla düzenlenmiştir. Kısaca kapitülasyon, bir devletin, ülkesinde bulunan yabancı devlet tebaasına tanıdığı imtiyaz ve kolaylıklar bütünü olarak tanımlanabilir.²² Osmanlı Devleti'nde 14. yüzyılın ortalarından

¹² (Mad. 1825), İlhan, Cengiz. *Günümüz Türkçe'siyle Mecelle (Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye)*. 2. Tıpkı Basım, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 576-577. İlgili maddede şahitler zikredilmemekle birlikte, Ali Haydar Efendi'nin şerhinde tarafların yanı sıra şahitlerin de dil bilmemesi halinde tercüman bulundurulacağı ifade edilmiştir. Ali Haydar Efendi. *Şerhu Mecelleti'l Ahkâm, C. IV.* Çev. Raşit Gündoğdu / Osman Erdem, Gül Neşriyat, İstanbul, 2006, s. 486-487.

¹³ Düstur, 1. Tertip, C. 1, (H. 10 Rebiülahir 1278/R. 3 Teşrinievvel 1277) M. 15 Ekim 1861, s. 780 vd.

¹⁴ Düstur, 1. Tertip, C. IV., (H. 2 Recep 1296 /R. 10 Haziran 1295) M. 22 Haziran 1879, s. 257 vd.

¹⁵ Gayretli, s. 268-269.

¹⁶ Kaynağı hakkındaki farklı görüşler için bkz. Gayretli, s. 271-280.

¹⁷ Bozkurt, *Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi*, s. 103-104.

¹⁸ Gayretli, s. 281.

¹⁹ Düstur, 1. Tertip, C. IV., (H. 5 Recep 1296/R. 13 Haziran 1295) M. 25 Haziran 1879, s. 131 vd.

²⁰ Bozkurt, *Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi*, s. 105; Gayretli, s. 285.

²¹ İlgili düzenlemede tercümana ilişkin hükümler (Mad. 286-287) ve değerlendirilmesi hakkında bkz. Atasoy, s. 162-167.

²² Altuğ, Yılmaz. *Yabancıların Hukuki Durumu*. İsmail AKGÜN Matbaası, İstanbul, 1963, s. 41; Baskıcı, Murat. "Lozan Barış Anlaşmasının Ekonomik ve Mali Hükümleri." *Yaşayan Lozan*, Ed. Çağrı Erhan, T.C. Turizm ve Kültür Bakanlığı Yayınları, Ankara, 2003, s. 321.

itibaren, bu dönemde geçerli olan kanunların şahsiliği ilkesi uyarınca, İslam hukuku hükümlerine riayet edilerek “eman” kurumu kapsamında ülkedeki yabancılara (müstemen) birtakım ekonomik ve siyasi gerekçelerle kapitülasyonlar verilmiştir. İlk örneklerinde sınırlı olarak bazı ticari ayrıcalıkları ihtiva eden kapitülasyonlar, devletin giderek zayıflaması neticesinde genişleyerek siyasi, idari, ekonomik ve adli anlamda devletin egemenlik yetkisi üzerinde önemli bir kısıtlayıcı unsura dönüşmüştür.²³

Kapitülasyonlarda tercümanların mahkemedeki varlığı konusu, Osmanlı uygulamasında bu hususu adil yargılanma ilkesini gerçekleştirmede bir araç niteliğinde gören yaklaşımın uzantısı olarak karşımıza çıkmaktadır. Nitekim kapitülasyonlarda, yabancılara Osmanlı mahkemelerinde yargılanmaları esnasında elçilik ve konsolosluklarda istihdam edilen tercümanların hazır bulunması; aksi takdirde bu davaların dinlenilmemesi, genel kural olarak benimsenmiştir.

Bu tercümanlar, kapitülasyonlarla tanınan hak ve imtiyazlar uyarınca yabancılara korunması konusunda son derece önemli roller üstlenmiştir. Ancak tercümanların Osmanlı mahkemelerinde yabancılara yargılanmaları sırasındaki faaliyetleri, yargılamanın adil bir şekilde gerçekleşmesini temin amacından öte bir nitelik arz etmiştir. Elçilik ve konsolosluk tercümanlarının mahkemelerdeki fonksiyonuna geçmeden, öncelikle genel olarak hukuki statülerinin nasıl düzenlendiği ve kendilerinden beklenen görevlerin kapsamına değinmekte fayda görülmektedir.

A. Hukuki Statü

Elçi, “bir devleti temsil etmek üzere başka bir devlet nezdinde görevlendirilen diplomat” şeklinde tanımlanır.²⁴ İstanbul’un fethinden sonra Avrupa ülkeleriyle ilişkilerin ve diplomatik temaslarının yoğunlaşmasıyla birlikte, Osmanlı ülkesinde ilk daimi elçilik veya ikamet elçiliği, Venedik Cumhuriyeti tarafından kurulmuş; ardından onu diğer Avrupalı devletler izlemiştir.²⁵

Konsolos ise genel olarak, bir devletin yabancı ülkedeki ticari menfaatlerini, kendi tebaasının ve tüccarının haklarını korumak ve gözetmek üzere tayin edilen memur olarak tanımlanır.²⁶ Çağdaş konsolosluk kurumu 19. yüzyılın ilk çeyreğinden itibaren gelişip devlet bürokrasisinde yerini almış olsa da aslında daimi diplomatik temsilcilikten çok daha eskiye dayanır ve farklı bir tarihsel arka plana sahiptir. Nitekim kanunların şahsiliği ilkesinin geçerli olduğu ve sınır ötesi ilişkilerin yeni yeni gelişmeye başladığı Orta Çağ’da konsoloslar, deniz ticareti başta olmak üzere ticari, adli ve siyasi ilişkiler kapsamında pek çok görevi bünyesinde barındırmıştır.²⁷

²³ Konan, Belkıs. “1915 Tarihli ‘Memalik-i Osmaniye’de Bulunan Ecneblerin Hukuk ve Vezaifi Hakkında Kanun-ı Muvakkat’a Göre Yabancıların Osmanlı Devletinde Hukuki Durumunun Değerlendirilmesi.” *I. Türk Hukuk Tarihi Kongresi*, 21-22 Aralık 2012, Ed. Fethi Gedikli, 1. Baskı, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2014, s. 226.

²⁴ İpşirli, Mehmet. “Elçi.” *TDVİA*, C. 11, 1995, s. 3.

²⁵ İpşirli, s. 8; Osmanlı Devleti ise çeşitli sebeplerle 18. yüzyılın sonlarına kadar bu devletlerde daimi elçilik kurmaya yönelmemiştir. Bu döneme kadar Osmanlı Devleti’nde geçerli olan diplomasi anlayışı ve gerekçeleri için bkz. Akıylmaz, Gül. *Siyasi Tarih*. Güncellenmiş ve Genişletilmiş 3. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 109-122.

²⁶ Meriç, M. Cemil. *Hukuku Düvel, II. Kitap: Devletler Arasında Münasebat Devlet Reisleri, Hariciye Vekilleri, Elçiler, Konsoloslar*. Ankara Hukuk Fakültesi Neşriyatı, İstanbul, 1934, s. 308; Gökbilgin, M. Tayyip. “Konsolos.” *İslam Ansiklopedisi*, C. 6, Milli Eğitim Basımevi, İstanbul, 1977, s. 836.

²⁷ Kocabaşoğlu, Uygur. *Majestelerinin Konsolosları, İngiliz Belgeleriyle Osmanlı İmparatorluğu’ndaki İngiliz*

Zamanla Batı'daki gelişimi içinde elçilik kurumunun sürekli hale gelmesi ve genelleşmesi sonucu, konsolosların siyasi ve adli görevleri ellerinden alınarak elçilere geçmiştir. Ancak Osmanlı Devleti'nde bu süreç daha farklı seyretmiş; başlarda ahitnamelerle tanınan ve giderek genişleyen kapitülasyonlar sebebiyle konsoloslar eski görevlerini sürdürmüştür.²⁸

Osmanlı Devleti ile Avrupalı devletler arasında zamanla gelişen ticari ve diplomatik ilişkiler, elçilik ve konsolosluklar bünyesinde güvenilir tercümanlara ihtiyaç doğurmuş olup; kapitülasyonlarla kendilerine tercüman (dragoman) bulundurma hakkı tanınmıştır.²⁹

Osmanlı ülkesindeki elçilik ve konsolosluk tercümanlarının tayini, padişahın onayıyla verilen bir berat ile gerçekleşmiştir.³⁰ Kapitülasyon hükümleri uyarınca elçilik ve konsolosluklar bu göreve gelecek kişileri belirleyerek Osmanlı hükümetine sunmak ve gerektiğinde azletmek; ayrıca maaşlarının tespiti ve ödenmesi konusunda da özgür olmuştur. Ancak kanunlara ve ahitnamelere aykırı hareket edilmesi halinde, Osmanlı Devleti'nin de tercümanları azletme hak ve yetkisi bulunmuştur.³¹

Tercümanların başlarda Müslüman veya gayrimüslim olması fark etmezken³², sonradan özellikle köklü Levanten ailelere mensup gayrimüslim Osmanlı tebaasından kişiler, Avrupalı devletler için bu görevi üstlenmiştir.³³ Fakat bu tercümanların yetkinlikleri konusundaki endişenin yanı sıra, kendileriyle güven ve sadakat ilişkisinin tam olarak kurulamaması ve Osmanlı tebaasına mensup olmaları sebebiyle Osmanlı yetkililerinden çekinmeleri, Avrupalı devletler nezdinde hoşnutsuzluğa ve şikâyetlere konu olmuştur.³⁴ Bu sebeple Osmanlı Devleti'nin sonuna kadar varlığını koruyan bu tercümanların son zamanlarda yabancı devlet tebaası arasından seçilmesi ve doğrudan doğruya kendi devletlerine tâbi olması usulü benimsenmeye başlanmıştır.³⁵

Elçilik ve konsolosluk bünyesindeki tercümanlar, tâbi oldukları ülkenin diplomatik himayesinden yararlanarak³⁶, niteliği her devletle yapılmış olan ahitnamelerde ayrı ayrı belirlenmiş

Konsoloslukları (1580-1900). 1. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2004, s. 14-16; Savaş, Ali İbrahim. "Konsolos." *TDVİA*, C. 26, 2002, s. 178.

²⁸ Konsolosluk kurumunun gelişimi hakkında bkz. Meriç, s. 308-311.

²⁹ Kütükoğlu, Mübahat. "Ahidnâme." *TDVİA*, C. 1, 1988, s. 538.

³⁰ Bozkurt, Gülnihal. *Azınlık İmtiyazları - Kapitülasyonlardan Tek Hukuk Sistemine Geçiş*. Atatürk Kültür, Dil, Tarih Yüksek Kurumu Atatürk Araştırma Merkezi, Ankara, 1998, s. 11.

³¹ Çiçek, s. 176-178; Balcı, Sezai. *Babîali Tercüme Odası*. 1. Baskı, Libra Yayınları, İstanbul, Aralık 2013, s. 74.

³² Orhonlu, ilk başlarda yabancı elçi ve konsolosların yanına Türk ve Müslüman tercümanların verildiğini; fakat sonra tespit edilemeyen bir tarihten itibaren Osmanlı tebaası Hristiyan reayanın bunların yerini aldığını ifade eder. Orhonlu, s. 180.

³³ Yazar, Hakan. "Osmanlı İmparatorluğu'nda İngiliz Konsoloslar, Tercümanlar ve Tüccarlar: Hukuki Statüleri Üzerine Bir İnceleme, 1700-1750." *Türkiye Cumhuriyeti'nin 100. Yılında Prof. Dr. Zeki ARIKAN'ın Anısına Tarih Tasarımları*, Ed. Prof. Dr. Mehmet Demiryürek / Dr. Fatma Akın / Hakan Yazar, 1. Baskı, İdeal Kültür Yayıncılık, İstanbul, 2023, s. 208; İnan, s. 197; Balcı, s. 69.

³⁴ Lewis, s. 38-42; Kocabaşoğlu, s. 193; Çiçek, s. 174-175.

³⁵ Orhonlu, s. 181.

³⁶ Boogert tercümanları, söz konusu himayeden yararlanan en önemli kişiler olarak değerlendirir. Boogert, Maurits H. Van den. *Kapitülasyonlar ve Osmanlı Hukuk Sistemi, 18. Yüzyılda Kadılar, Konsoloslar ve Beratlılar*. Çev. Ali Coşkun Tuncer, 1. Basım, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, Ocak 2014, s. 62.

olmak üzere, toplumsal düzen kuralları, ticari, adli ve vergiye ilişkin konularda birtakım muafiyet ve imtiyazlara sahip olmuşlardır.³⁷ Ancak bu ayrıcalıklara sahip tercümanların çoğunlukla gayrimüslim Osmanlı tebaası arasından seçilmeleri ve toplumla iç içe olmaları, onlara önemli bir konum sağlamış ve bu kurumun zaman içinde suistimal edilmesine yol açmıştır.³⁸ Nitekim istihdam edilen tercüman sayısında büyük bir artış yaşanarak; tercümanlık yapmayan ve hatta bunun için gerekli niteliklere sahip olmayanlar dahi tercümanlık beratının sağladığı avantajlardan yararlanarak ticaret, sarraflık, bankerlik vb. faaliyetlerde bulunabilmişlerdir.³⁹

Osmanlı tebaasının bu statüye rağbeti bir yana, siyasi ve ekonomik çıkarları doğrultusunda yabancı devletler, Osmanlı'nın egemenlik yetkisini ihlal ederek para karşılığı ya da parasız olarak onlara berat ve koruma patentini vermiş⁴⁰; Osmanlı kalemiye memurları da tercümanlık beratını bir nevi gelir kapısı olarak görmüştür.⁴¹ Erken dönemlerden itibaren, kapitülasyon hükümlerine aykırı bu uygulamalara karşı Osmanlı hükümetinin aldığı bazı önlemler de tam anlamıyla başarı sağlayamamıştır.⁴²

B. Görev Kapsamı

Osmanlı ülkesindeki elçilik ve konsoloslukların “kilit adamları” olarak tabir edilen⁴³ tercümanların görevleri çeviri faaliyetiyle sınırlı olmamıştır.⁴⁴ Bünyesinde yer aldığı yabancı ülke temsilciliğinin Osmanlı yetkilileriyle temas ve müzakerelerinde iletişimi sağlamak, dil problemi dolayısıyla yabancı devlet tebaasının zorlandığı durumlarda onlara yardımcı olmak, bir istihbarat görevlisi gibi çalışarak diğer devlet temsilcilikleri ve Osmanlı yönetimi hakkında bilgi toplamak gibi önemli hizmetleri de yerine getirmiştir.⁴⁵ Bunların yanı sıra, Osmanlı Devleti'ndeki yabancıların bir suç isnadı veya herhangi bir sebeple Osmanlı adli makamları önünde yargılanmaları halinde, kapitülasyonların sağladığı hukuki koruma kapsamında vekâleten yer almış olup; tüm bu görevleri

³⁷ Bağış, Ali İhsan. *Osmanlı Ticaretinde Gayrimüslimler, Kapitülasyonlar - Beratlı Tüccarlar - Avrupa ve Hayriye Tüccarları (1750-1839)*. Turhan Kitabevi, Ankara, 1983, s. 26.

³⁸ Kocabaşoğlu, s. 191; Bozkurt, *Azınlık İmtiyazları*, s. 12. Tercümanların sahip olduğu imtiyazlar hakkında bkz. Çiçek, s. 179-183.

³⁹ Konuya ilişkin arşiv belgelerine dayanan örnekler için bkz. Demiryürek, Mehmet. “İngiltere Tercümanları ve 1758 Tercüman Reformu.” *Belleten*, C. LXXX, S. 288, Ankara, Ağustos 2016, s. 472-477; Karakoç, s. 136-141.

⁴⁰ Demiryürek, s. 443. Elçilik ve konsolosluk tercümanlarına verilen berat ve koruma patentinin fonksiyonu ve suistimaline ilişkin geniş bilgi için bkz. Konan, Belkıs. “Osmanlı Devleti'nde Protégé (Koruma) Sistemi.” *AÜHFD*, C. 58, S. 1, 2009, s. 171-181.

⁴¹ İlgili husus hakkında bkz. Demiryürek, s. 457-459.

⁴² Çiçek, s. 177-178. Osmanlı hükümetin bu konudaki çabalarına ilişkin bkz. Konan, “Protégé (Koruma) Sistemi”, s. 181-186; Bozkurt, *Azınlık İmtiyazları*, s. 14-23; Bağış, s. 33-38. Bu önlemlere bir örnek olarak, (H. 10 Ramazan 1298/ R. 24 Temmuz 1297) M. 6 Ağustos 1881 tarihinde Adliye Nezareti'nce verilen genelgede, karma davaların yargılmasında yabancıların resmi tercümanı yerine Osmanlı tebaasından birinin vekâlet etmesinin uygun olup olmadığı Hariciye Nezareti'ne sorulmuştur. İlgili Nezaretin ise cevaben, bundan sonra Osmanlı tebaasının tercüman vekili olarak kabul edilmemesini bildirdiği anlaşılmaktadır. *Ceride-i Mehakim*, S. 109, s. 865-866.

⁴³ Kocabaşoğlu, s. 190.

⁴⁴ Ryan, Andrew. *Sonuncu Dragoman*. Çev. Berilgen Cenkçiler, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara, 2015, s. 1.

⁴⁵ Karal Akgün, Seçil / Kulu, M. Mustafa. “İngiltere Devlet Arşiv Belgeleri Işığında 19. Yüzyıl Sonunda İstanbul'da İngiltere Büyükelçiliğinde Dragomanlar.” *XV. Türk Tarih Kongresi*, IV. Cilt, III. Kısım, 11-15 Ağustos 2006, s. 1857-1858.

dolayısıyla “elçi ve konsolos vekili” olarak nitelendirilmişlerdir.⁴⁶

Çok erken dönemlerden itibaren bu görevin Osmanlı’nın gayrimüslim tebaası tarafından yerine getirilmiş olması, esasında tercümanlık kurumunun kapsamının söz konusu fonksiyonları ihtiva eder şekilde genişlemesinin de sebeplerinden biridir. Çünkü bu şekliyle tercümanlık görevi, Osmanlı yönetimini, hukukunu, sosyal düzenini ve teamüllerini çok iyi bilmeyi, sağlam istihbarat kaynaklarına sahip olmayı gerektirmiştir.⁴⁷ Ancak Osmanlı’nın gayrimüslim unsurlarıyla aralarında güven ilişkisinin tam olarak tesis edilememesi, yabancı devletleri kendi uyruklarını tercümanlık işi için yetiştirmeleri gerektiği düşüncesiyle okullar açmaya yöneltmiştir.⁴⁸

Bu kapsamda Fransa ve Avusturya’daki örneklerini takip ederek dil okulları açan İngiltere’de benimsenen müfredat dikkat çekicidir. Nitekim burada öğrencilere sadece Doğu dilleri öğretilmekle kalınmamış; aynı zamanda Osmanlı ceza, ticaret, medeni hukuku ile uluslararası hukuk dersleri verilmiş, öğrencilerin Osmanlı’nın diğer devletlerle ilişkilerini düzenleyen antlaşmaları öğrenmeleri gerekmiştir.⁴⁹ Fakat bu girişimler, Osmanlı Devleti’ndeki tercümanlardan beklenen bu özel fonksiyonlar dolayısıyla tam olarak başarı gösteremese de⁵⁰ özellikle adli kapitülasyonlar çerçevesinde Osmanlı yargı örgütü içinde kendi uyruklarını koruma amacı doğrultusunda tercümanlara büyük değer atfedildiğini ortaya koymaktadır.

Bununla birlikte, Osmanlı Devleti’nde kapitülasyonların zamanla kapsamının genişlemesi, 19. yüzyıldan itibaren giderek artan oranda konsoloslara birtakım siyasi işlevlerin de yüklenmesine yol açmıştır. İngiliz konsoloslarını ele aldığı çalışmasında Kocabaşoğlu, konsolosların sadece kendi uyrukları için değil, “adalet mağduru” tüm Osmanlı tebaasını korumak bahanesiyle Osmanlı adalet örgütüne müdahale girişimlerinde bulunduklarını ifade etmektedir. Bu müdahalenin ise başlıca iki tema üzerinden şekillendiğini belirtmektedir. Birincisi, eşitlik ilkesi, yani din ve mezhep farkı dolayısıyla yasalar önünde ayırım gözetilmemesidir. İkinci tema ise Osmanlı adalet örgütünün iyi işlememesi nedeniyle ortaya çıkan sorunların, ilgili devletin çıkarlarını gözetir şekilde etkin ve hızlı olarak çözümlenmesidir.⁵¹

Özellikle söz konusu ikinci tema, bu çalışmanın odaklandığı alanı oluşturmaktadır. Tanzimat Dönemi’nden itibaren, yabancılara ilişkin davalarda Osmanlı Devleti’nin yargı yetkisinin kapsamı, kullanım şekli ve sınırlarına ilişkin tartışmaların bir boyutunu da tercümanlar teşkil etmiştir. Erken dönemlerden itibaren kapitülasyonlarla kapsamı belirlenen mahkemelerdeki tercümanlık kurumu üzerinden, aşağıda detaylı şekilde inceleneceği üzere, asli fonksiyonlarını aşar nitelikte görev ve yetkiler iddia edilerek, çoğu zaman mahkemelerin işleyişine müdahale ve engel teşkil edilmiş;

⁴⁶ Çiçek, s. 178-179; Boogert, s. 8; 1740 yılında Fransızlara verilen Kapitülasyonun 54. Maddesi ile uzun süreden beri ihtilaf konusu olan Osmanlı tebaası tercümanların konsolos vekili olarak tayinine imkân tanınmış olmaktadır. Bağış, s. 27.

⁴⁷ Kocabaşoğlu, s. 193-194.

⁴⁸ Venedik, Fransa, Avusturya, İngiltere ve diğer devletlerde bu amaçla açılan okullar ve uygulamaları için bkz. Balcı, s. 43-49; Lewis, s. 38-42; Ryan, s. 1-2.

⁴⁹ Longford, J. H. “The Consular Service and Its Wrongs.” *The Quarterly Review*, No. 394, Nisan 1903, s. 598-626. Akt. Kocabaşoğlu, s. 195-196.

⁵⁰ Kocabaşoğlu, s. 190.

⁵¹ Kocabaşoğlu, s. 45-46, 202-203.

böylece neticede devletin egemenlik yetkisini zedeleyen uygulamalara yol açılmıştır.

III. YABANCILARIN OSMANLI MAHKEMESİNİN YARGI YETKİSİNE TÂBİ OLDUĞU DURUMLAR

Kapitülasyonlardan yararlanan yabancılar ile Osmanlı tebaası arasındaki (karma) davaların görüleceği yer kural olarak Osmanlı mahkemeleridir.⁵² Kapitülasyon hükümleri uyarınca 19. yüzyıl öncesinde, bir yabancı ile Osmanlı tebaası arasındaki hukuk ve ticaret davaları, şeriye mahkemelerinde; belirli bir matrahın üzerindeki davalar ise İstanbul’da (Divan-ı Hümayun; Bab-ı Âli; Kazasker tarafından) görülmüştür. Uygulamada farklı durumlar söz konusu olmakla birlikte ceza davalarında da aynı kural geçerlidir.⁵³

19. yüzyıla gelindiğinde, özellikle Tanzimat Dönemi’nden itibaren Avrupa devletleri ile ticari ilişkilerin gelişmesi ve yaygınlaşması, Avrupa’daki örneklerine uygun olarak hem maddi ve usul hukuku boyutlarıyla yeni kanuni düzenlemelerin yapılmasına, hem de yargılama fonksiyonu olan birtakım meclis ve mahkemelerin teşkili ile yargı örgütünün çeşitlenmesine yol açmıştır.⁵⁴

Bu dönemde karma nitelikli ticari davalar, başlarda yerli ve yabancı tacirlerden oluşan özel komisyonlarda görülürken, 1840 yılında Ticaret Nezareti bünyesinde kurulan ticaret meclisleri daha sonra ticaret mahkemesine dönüşmüş ve Osmanlı tebaasıyla yabancılar arasındaki ticari davalara bakmakla görevlendirilmiştir.⁵⁵ Bu mahkeme, 1847 yılında yabancı üyelerin de katılımlıyla karma ticaret mahkemesi halini almıştır. İlk başta İstanbul’da kurulan ve kararları kesin nitelikli olan ticaret mahkemesi zamanla ticaret açısından önemli bazı şehirlerde de kurulmuştur.⁵⁶ 1860 yılında Ticaret Kanunu’na yapılan Zeyl⁵⁷ ile ticaret mahkemelerinin teşkilatı ayrıntılı olarak yeniden düzenlenmiş olup; esasında yabancılarla Osmanlı tebaası arasındaki ticari davalarda, yabancı üyelerin bulunacağına dair ahdi bir hüküm ya da ilgili düzenlemede herhangi bir açıklık olmamasına rağmen, ticaret mahkemeleri yerli ve yabancı tacirlerden oluşan karma bir heyet şeklinde faaliyet göstermeye devam etmiştir. 1879 yılında ise İstanbul’daki ticaret mahkemesi üç meclise ayrılarak, bunlardan birincisi karma davalara bakmakla görevlendirilmiştir.⁵⁸

Başlarda İstanbul ve taşradaki ticaret mahkemeleri, görevi kapsamında yer almamasına rağmen yabancılarla Osmanlı tebaası arasındaki bazı hukuk davalarına da bakmıştır. 1870 yılında

⁵² Ünal Özkorkut, Nevin. “Kapitülasyonların Osmanlı Devleti’nin Yargı Yetkisine Getirdiği Kısıtlamalar.” *AÜHFD*, C. 53, S. 2, 2004, s. 87.

⁵³ Konan, Belkıs. *Osmanlı Devleti’nde Yabancıların Hukuki Statüsü*. Irmak Yayıncılık, Ankara, 2010, s. 174-178, 194-198.

⁵⁴ Örsten Esirgen, Seda. “Tanzimat’tan Cumhuriyet’e Türk Hukukunda Kanunlaştırma Hareketleri.” *Adalet Dergisi (Türk Hukuk Tarihi Özel Sayısı)*, S. 62-63, 2019, s. 450.

⁵⁵ Aydın, Mehmet Akif. “Mahkeme.” *TDVİA*, C. 27, Ankara, 2003, s. 344.

⁵⁶ Bozkurt, *Batı Hukukunun Türkiye’de Benimsenmesi*, s. 155-156; Konu hakkında ayrıca bkz. Ekinci, Ekrem Buğra. *Osmanlı Mahkemeleri (Tanzimat ve Sonrası)*. Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Arı Sanat Yayınları, İstanbul, 2017, s. 111-122.

⁵⁷ “Ticaret Kanunname-i Hümayununa Zeyl”, *Düstur*, I.Tertip, C. I, (H. 9 Şevval 1276 / R. 18 Nisan 1276) M. 30 Nisan 1860, s. 375 vd.

⁵⁸ Bozkurt, *Batı Hukukunun Türkiye’de Benimsenmesi*, s. 157-158.

Divan-ı Ahkâm-ı Adliye Dâhili Nizamnamesi⁵⁹ ile hukuk mahkemeleri yeniden düzenlenirken istisna olarak karma ticaret mahkemelerinde görülen hukuk davaları buradan alınarak yeni kurulan hukuk mahkemelerine (nizamiye mahkemelerine) tevdi edilmek istenmiş; ancak bu durum, nizamiye mahkemelerinde yabancı üye olmaması sebebiyle elçiliklerin şiddetli itirazlarına yol açmıştır. Ardından 1871’de nizamiye mahkemeleri yeniden düzenlenmiş ve elçiliklere 1872’de gönderilen bir genelge ile hukuk mahkemelerine ilişkin yasalar derleninceye kadar, geçici olarak söz konusu davaların ticaret mahkemelerinde görülmeye devam edileceği bildirilmiştir.⁶⁰

Osmanlı tebaası ile yabancı arasındaki ceza davalarına bakmak için ise 1847 yılında karma ceza mahkemeleri kurulmuştur.⁶¹ Tanzimat sonrası dönemde yabancı devletler, sanığın yabancı olduğu karma davaların Osmanlı mahkemelerinde görülmesinde, yabancının tâbi olduğu konsolos veya vekilinin ortak yargı yetkisine sahip olduğunu⁶² veya doğrudan bu gibi davalarda konsolosluk mahkemelerinin yetkisini iddia etmişlerdir.⁶³ Uygulamada istisnai durumlar görülmekle birlikte, Osmanlı tarafından bu iddialar hiçbir zaman resmen kabul edilmemiştir.

Karma davaların yanı sıra Osmanlı Devleti, konsolosluk mahkemelerini devre dışı bırakmak ve kapitülasyonlardan kurtulmada bir basamak teşkil etmesi adına, Tanzimat Dönemi’nde çıkarılan bazı düzenlemelerde, tarafların tabiiyetine bakılmaksızın ilgili konuya dair uyuşmazlıkların münhasıran Osmanlı mahkemelerinde görüleceğini düzenlemiştir. Dolayısıyla bu düzenlemeler kapsamında, her iki tarafın yabancı olduğu uyuşmazlıkların da Osmanlı mahkemelerinde görülmesi gerekmiştir.⁶⁴

IV. OSMANLI MAHKEMELERİNDE ELÇİLİK VE KONSOLOSLUK TERCÜMANLARI

Yabancıların Osmanlı tebaasıyla eşit kabul edildiği durumlar istisna olmak üzere, bir yabancı ile Osmanlı arasındaki hukuk ve ticaret davalarının, Osmanlı mahkemelerinde tercümanın huzurunda görülmesi, erken devirlerden itibaren yabancılara tanınan haklardan biridir.⁶⁵ Bununla birlikte, Osmanlı hükümetine veya tebaasına ya da Osmanlı ülkesinde başka bir tabiiyeti haiz yabancıya karşı

⁵⁹ Düstur, I. Tertip, C. I, (H. 13 Zilkade 1286/ R. 2 Şubat 1285) M.14 Şubat 1870, s. 328 vd.

⁶⁰ Mehdi Fraşerli. *Osmanlı Devleti’nde Kapitülasyonların Uygulanışı (İmtiyâzât-ı Ecnebiyyenin Tatbikât-ı Hâzırası)*. Yay. Haz. Fahrettin Tızlak, Fakülte Kitabevi, Isparta, 2008, s. 147-150; Halil Cemaleddin / Hrand Asador. *Ecanibin Memaliki-i Osmaniyyede Haiz Oldukları İmtiyazat-ı Adliye*. Hukuk Matbaası, Dersaadet, 1331, s. 90-92; Ünal Özkorkut, s. 90-91.

⁶¹ Aydın, s. 344; Ekinci, s. 142.

⁶² PRO. FO. 424/159.

⁶³ Ekinci, s. 140-142.

⁶⁴ Örneğin İstimlak-ı Emlâk Kanunu, Alâmet-i Fârîka Nizamnamesi ve Matbaalar Kanunu kapsamındaki bazı uyuşmazlıklarda, her iki taraf yabancı olsa dahi Osmanlı gibi addedileceği ve aralarındaki uyuşmazlığın Osmanlı mahkemelerinde görüleceği düzenlenmiştir. Bu hususa ilişkin ilerleyen başlıklar altında detaylı açıklama yapılacaktır.

⁶⁵ Halil Cemaleddin / Hrand Asador, s. 111. Nitekim Adliye Nezareti’nden (H. 20 Zilhicce 1297/ R. 11 Teşrinisani 1296) M. 23 Kasım 1880 tarihinde Dersaadet ve vilayet istinaf müdde-i umumiyyelerine gönderilen genelgede, taşra ticaret mahkemelerinde görülen karma davaların istinaf mercinin Dersaadet Ticaret Mahkemesi’nin Birinci Meclisi olduğu belirtilmiştir. Ancak buna karşın söz konusu davaların vilayet ticaret mahkemesi veya nizamiye mahkemelerinde tercüman hazır olarak ya da olmayarak istinafen görüldüğünün anlaşıldığı; fakat bunun uygun bulunmadığı ifade edilmiştir. Ceride-i Mehakim, S. 129, s. 1025-1026.

suç işleyen yabancı hakkında, Osmanlı mahkemelerince gerçekleştirilen inceleme ve yargılama sırasında da tercümanın hazır bulunacağı, neredeyse tüm kapitülasyonlarda açıkça yer almaktadır.⁶⁶ Örneğin 1569 yılında Fransa'ya verilen kapitülasyonda şu hüküm düzenlenmiştir:

*“Fransız aleyhine Osmanlı tarafından açılan adi davalara ancak Fransız konsolosları tercümanının huzurunda bakılacaktır. Tercüman gelememiş ise yargıç o celse iddia ve savunmayı dinlemeyecektir. Tercümanın önemli bir işi çıkması ve mahkemede zamanında bulunamaması takdirinde davaya bakmak, tercümanın gelmesine değin talik olunacak ve gaybubetinden yararlanarak tarafların mahkemeyi kendi lehlerine çevirmeye çalışacak şekilde hakaret etmelerine müsaade edilmeyecektir.”*⁶⁷

Buna göre, eğer tercüman duruşmaya gelmezse hâkimin iddia ve savunmayı dinlemeyeceği; tercümanın önemli bir işinin çıkması ve bu sebeple mahkemede bulunamaması halinde ise davanın görülmesinin tercümanın gelmesine kadar erteleneceği düzenlenmiştir. Ancak tarafların tercümanın yokluğundan yararlanarak mahkemeyi kendi lehlerine çevirmek amacıyla durumu suistimal etmelerine de müsaade edilmeyeceği açıkça vurgulanmış olup; aynı hususları içeren hükümler, çeşitli devletlere tanınan çok sayıda kapitülasyonda da karşımıza çıkmaktadır.⁶⁸

A. Tercümanın Müzakereye Katılıp Katılamayacağı Meselesi ve Mahkemedeki Konumu

Kapitülasyonlarda tercümanların, yabancıların Osmanlı mahkemelerindeki yargılamaları sırasında hazır bulunacakları düzenlenmiş olmakla birlikte, müzakere anındaki varlıkları ve karara etkileri konusunda bir açıklık söz konusu değildir.⁶⁹ Ancak yabancılar tarafından, kapitülasyon metinlerinde geçen “görülme”, “istima’ ve fasl” gibi ifadeler dayanak gösterilerek, bu kelimelerin aynı zamanda karara katılma anlamını da taşıdığı; genel olarak konsolosluklara ve uygulamada tercümanlara da bazı davalarda ortak yargı yetkisi tanındığına varan değerlendirme ve görüşler ileri sürülmüştür.

Kapitülasyonların tanındığı ilk zamanlarda, tek hâkimli kadı mahkemelerinin mevcut olması

⁶⁶ Halil Cemaleddin / Hrand Asador, s. 464-466.

⁶⁷ (Mad. 11). Sonraki tarihlerde Fransızlara verilen kapitülasyonlarda da ilgili hüküm varlığını korumuştur: 1579 tarihli kapitülasyon (Mad. 25), 1581 tarihli kapitülasyon (Mad. 13), 1604 tarihli kapitülasyon (Mad. 47). Kurdakul, s. 52, 58, 65-66, 75; 1740 tarihli kapitülasyon (Mad. 26), Collas, Bernard Camille. 1864'te Türkiye, Tanzimat Sonrası Düzenlemeler ve Kapitülasyonların Tam Metni. Çev. Teoman Tunçdoğan, Bileşim Yayınları, İstanbul, Ekim 2005, s. 322-323.

⁶⁸ “...Osmanlı Devleti reayasıyla Prusyalı'nın arasındaki ihtilaflar vukuunda elçileri veya konsolosları veya vekilleri ve tercümanlarının iştirakiyle yasalar gereğince bu davalara bakıla. Prusyalı ve onlara tâbi olanları İslam veya Osmanlı Devleti azınlıkları (şerê ihzar eylediklerinde) kadının huzuruna çağırıldıkta tercümanlarından biri veyahut vekilleri mevcut olmadıkça cevap vermeye zorlanmaya...” 1761 yılında Prusya ile yapılan antlaşma (Mad.5) (Muahedat Mecmuası, C. 1, s. 85-89), Kurdakul, Necdet. Osmanlı Devleti'nde Ticaret Antlaşmaları ve Kapitülasyonlar. 1. Baskı, Döner Neşriyat, İstanbul, 1981, s. 154-155; “İrlandalı ile bir kimsenin ihtilaflı olsa kadıya vardıkta İrlandalının tercümanları hazır bulunmaz ise davalara bakılmaya. Eğer tercümanları önemli bir başka işte iseler gelince celbolunalar. Ama onlar dahi hileye başvurup tercümanımız hazır değildir deyü işi sürüncemede bırakmayalar.” 1680 yılında İrlanda ile yapılan antlaşma (Muahedat Mecmuası, C.2, s.95-107) Kurdakul, s. 125; Danimarka ile 1756 yılında yapılan antlaşma (Mad.10) (Muahedat Mecmuası, C. 1, s. 52-60), Kurdakul, s. 150.

⁶⁹ Halil Cemaleddin / Hrand Asador, s. 112-113.

ve müzakere usulünün bulunmaması dolayısıyla tercümanların müzakereye katılabilecekleri iddiası makul görülmemektedir. Nitekim Osmanlı hukukçuları, kapitülasyonlarda yer alan bu hakla amaçlananın, dil bilmeyen hâkime yardım olup neticede adil yargılanmaya hizmet ettiğini; dolayısıyla metinde geçen söz konusu ifadelerin duruşmayı (mürafaa) karşıladığını dile getirmişlerdir. Hükmün hazırlanması, şeri esaslar dairesinde kadılara ait olup, tercümanlara hükme konu şeri meseleye ilişkin itirazda bulunabilecekleri kadar geniş bir yetki tanınmasının mümkün olmadığı belirtilmiştir.⁷⁰

Tanzimat Dönemi'ne gelindiğinde, çok hâkimli ve dereceli mahkeme sisteminin kurulmasıyla birlikte, müzakere aşamasında tercümanın huzuru, hatta karara müdahalesi iddiası konusunda Osmanlı hukukçuları, gerçekleştirilen yargı reformu ve mahkemenin bağımsızlığını temin için öngörülen kanunlardaki hükümlere atıfla, bu durumun istisnadan istisna çıkarmak niteliğinde olduğunu savunmuşlardır.⁷¹

Bu konuya ilişkin İngiliz konsolosluk tercümanı Stravrides'in memorandumundan, yabancıların farklı düşündüğü anlaşılmaktadır. Çünkü Stravrides, hukuk ve ticaret davalarında bir İngiliz temsilci veya tercümanın davayı izlemesi; ceza davalarında ise temsilcinin kadı ile birlikte duruşmaya katılıp birlikte karar vermesi, yani aktif olarak müzakereye de katılması gerektiğini savunmuştur. Bu davalarda kadı ile yabancı temsilci arasında bir görüş ayrılığı yaşanırsa izlenecek yöntem konusunda açıklık olmayıp, uygulamada durumun Bab-ı Âli ile yürütülecek müzakerelerle çözüldüğünü ifade etmiştir. Fakat Tanzimat Dönemi'nde çok hâkimli ve oy çokluğuyla karar veren mahkemelerin teşkili ve her ne kadar yeterli düzeyde görülmesi de gerçekleştirilen yargı reformu neticesinde tercümanların özellikle ceza davalarında müzakereye aktif olarak katılmaları, yani ortak yargı yetkisinin nasıl uygulanacağı konusunda şüphelerinin olduğunu da eklemiştir.⁷²

1874 yılında Osmanlı tebaasından birinin, bir İtalyan hakkında Osmanlı mahkemesinde açmış olduğu davanın görülmesi sırasında, tercümanların müzakere anında bulunmak istemeleri ve konunun Adliye Nezareti'ne intikali neticesinde, ilgili Nezaret tarafından, bundan sonra tercümanların müzakereye kabul edilmemelerine ilişkin bir tezkire yayınlanarak tüm mahkemelere gönderilmiştir.⁷³ Burada özetle, tercümanların yargılamadaki varlıklarına itiraz edilmemekle birlikte, hâkimler hüküm vermek üzere müzakere odasına çekildiklerinde tercümanın katılmaya yetkisi olmadığı belirtilmiş; bu hususun tüm milli hukuklardaki temel esaslara da uygun olduğu ifade edilmiştir. Bu döneme kadar tam olarak uygulanamamış olsa da bunun suistimalden veya müsamaha gösterilmesinden kaynaklandığı; ancak hiçbir zaman bu istisnai durumların kanun kuvvetini alamayacağı vurgulanmıştır.⁷⁴ Böylece ilgili konuda kesin bir tavır alınarak uygulama birliği sağlanmaya çalışılmıştır.

⁷⁰ Halil Cemaleddin / Hrand Asador, s. 113-114.

⁷¹ Mehdî Fraşerli, s. 151.

⁷² PRO. FO. 424/159, 9 Ocak 1889 tarihli İngiliz Konsolosluk Tercümanı Stravrides'in Memorandumu.

⁷³ (H. 13 Zilkade 1291/ R. 10 Kânunuevvel 1290) M. 12 Aralık 1874 tarihli tezkire-i samiye ve ardından mahkemelere gönderilen genelge hakkında bkz. Halil Cemaleddin / Hrand Asador, s. 115-116; Mehdî Fraşerli, s. 151-152.

⁷⁴ Mehdi Fraşerli, s. 152-153.

Diğer taraftan elçiliklerin iddialarında direnerek ilgili karara toplu olarak itirazları üzerine⁷⁵, Adliye Nezareti'nin kesin tavrını sürdüremediği anlaşılmaktadır. Nitekim 1875 yılında yayınlanmış olan ikinci bir tezkire ile elçiliklerin ileri sürmüş oldukları itirazların ortadan kaldırılması ve neticeye bağlanmasının zaman alacağı belirtilerek, bu süre içerisinde kişilerin dava ve işlerinin sürüncemede kalmaması adına geçici olarak tercümanların müzakere anında hazır bulunmalarına izin verilmiştir.⁷⁶ Dolayısıyla yargılama ve kararın açıklanması halinde tercümanların varlığı kapitülasyonlarda açıkça yer alırken; verilen bu kararlar müzakere anındaki mevcudiyetlerine de geçici olarak izin verilmiştir. Ancak neticede bu durum, Osmanlı tarafından kesin bir şekilde kabul edilmiş değildir.

Osmanlı Hükümeti, geçici olarak tercümanların müzakereadaki varlıklarına izin vermiş olsa da kapsamı, hiçbir zaman hâkimlerin vereceği karara müdahale ve hatta ortak yargı yetkisine varan bir boyutta kabul görmemiştir. Nitekim 1876 yılında, taraflardan birinin yabancı olduğu Selanik Ticaret Mahkemesi'nde görülen bir davada, mahkeme, Fransız konsolosluk tercümanının görevi olmayan hususlara tecavüz ederek, hâkimlerden önce oy ve görüş bildirdiği ve bunun düzenlemeler uyarınca uygun olmadığı belirtilmiştir. Eğer bu duruma sonradan özel bir kararla hükümetçe izin verildiyse bu konuda mahkemenin haberdar edilmesi; aksi takdirde tercümanların görevlerinin neden ibaret olduğu ve bunu aşmaması gereğine ilişkin konsolosluklara yazı gönderilmesi talep edilmiştir. Neticede mesele, Fransız elçiliğiyle halledilmek üzere Bab-ı Âli'ye bırakılmıştır.⁷⁷

B. 1675 Tarihli İngiliz Kapitülasyonu Uyarınca Ortak Yargı Yetkisi İddiası ve Mahkemede Tercümanın Konumu

1675 yılında İngiltere'ye verilen kapitülasyonlarda⁷⁸ yer alan İngilizlerin Osmanlı mahkemelerinde yargılanmalarına ilişkin hükümler üzerinden, konsolosluk görevlilerinin ceza davalarında Osmanlı hâkimlerle birlikte ortak yargı yetkisine sahip oldukları iddia edilmiş; bu çerçevede tercümanların fonksiyonu da gündeme gelmiştir.

Söz konusu iddia, İngiliz konsolosluk tercümanları tarafından ilgili kapitülasyon metninde yabancıların Osmanlı mahkemelerinde ceza ve diğer konularda yargılanmalarını düzenleyen maddelerdeki ifade farklılığına dayandırılmıştır. Şöyle ki, hukuk ve ticaret davalarına ilişkin 24. Maddede⁷⁹, yabancıların tercümanları veya vekilleri hazır olmadıkça hâkimlerin davaya bakmayacağı

⁷⁵ Elçiliklerce Bab-ı Âli'ye, 5 Mart 1875 tarihinde ortak nota gönderilmiştir. Ayrıca adaletin uygun bir şekilde işlenmesini sağlamak için İngiliz hükümetinin aldığı önlemlerden vazgeçmeyi mümkün kılacak nitelikte, yargı örgütlenmesinde bir iyileşmenin olmadığı da İngiliz İstanbul Büyükelçisi Elliot tarafından Bab-ı Âli'ye sözlü olarak ifade edilmiştir. PRO. FO. 424/159, Konsolos görevlisi/memuru W. White tarafından, (Markisi) Sallsbury'e 12 Ocak 1889 tarihinde gönderilen yazı.

⁷⁶ (H. 22 Rebiülevvel 1292/ R. 17 Nisan 1291) M. 28 Nisan 1875 tarihli "Tercümanların esna-yı müzakereye huzuru hakkında muvakkaten karar verildiğine dair tezkire-i samiye", Düstur, I. Tertip, C. III, s. 197-198.

⁷⁷ BOA. HR. TH. 21/68. Selanik Ticaret Mahkemesi ilgili hususu, (H. 7 Şevval 1293/ R. 14 Teşrinievvel 1292) M. 26 Ekim 1876 tarihinde Selanik Vilayeti'nden talep etmiştir. Vilayetçe Fransız tercüman (Mösyö Haskiya Nili) tarafından gerçekleştirilen söz konusu uygunsuzluğun burada düzeltilemeyecek olması dolayısıyla mesele, Fransa elçiliğiyle halledilmesi için delilleriyle birlikte Bab-ı Âli'ye havale edilmiştir. (H. 13 Şevval 1293/ R. 19 Teşrinievvel 1292) M. 31 Ekim 1876.

⁷⁸ Tam metni için bkz. Kurdakul, s. 107-121; İngilizce metin için bkz. Hertslet, Edward. *Treaties and Tariffs Regulating The Trade Between Great Britain and Foreign Nations*. Harrison and Sons, London, 1875, s. 8-34.

⁷⁹ "İngiltereli ve ona tâbi olanların dava ve husumetleri vesair hususi hukuka müteallik işleri oldukta tercümanları veya

ifade edilirken; 42. Maddede⁸⁰ cezaya ilişkin yargılamaların hâkimler tarafından elçi ve konsolosları huzurunda, onlarla birlikte görüleceği düzenlenmiştir. Ayrıca metinde geçen “istima” kelimesinin hukukî, davanın görülmesi ile karar verilmesini birlikte içerdiği savunulmuştur.⁸¹ Bu görüşe katılarak, Tanzimat öncesi dönemde ortak yargı yetkisinin uygulamada herhangi bir itiraza uğramadığını kesin olarak belirten başkonsolos Fawcett, Tanzimat Dönemi’nde yeni yargı örgütlenmesi oluşturulması ve Ceza Muhakeme Kanunu’nun kabulüyle birlikte, her ne kadar bu yetki varlığını korusa da bunda ısrar etmenin bazı zorluklar barındırabileceğine dikkat çekmiştir.⁸²

Sık sık gündeme gelen bu konuya ilişkin, süreç içerisinde İngiliz hükümet görevlilerince verilen görüş ve talimatları özetleyen Hertslet, öncelikle 1838 yılında Dışişleri Bakanı Palmerstone tarafından Büyükelçi Ponsonby’e gönderilen talimattan bahsetmektedir.⁸³ Söz konusu talimatta, mahkemede Osmanlı hâkimlerle birlikte “meslektaş” olarak nitelendirilen İngiliz temsilcinin ortak yargı yetkisi olduğu ifade edilmiştir. Görevinin ise İngiliz vatandaşının mahkûm edilmesine rıza göstermemek, suçlamanın dayandığı delilleri yakından inceleyerek bu delillerin adil bir şekilde elde edilip haksız yollara sapılmadığından, gerçekte uyumlu olduğundan ve sanığın suçluluğunu kanıtlamaya yeterli olduğundan emin olmak olduğu belirtilmiştir. Bu görevi yerine getirirken de İngiliz hukuk kuralları ve ilkelerine uygun olarak çok titiz şekilde çaba gösterilmesi gerektiği eklenmiştir. Bununla birlikte ortak yargı yetkisinin sadece yargılama aşamasıyla sınırlı olup, davanın neticelenmesiyle sona ereceği; cezalandırma yetkisinin ise münhasıran Babı Âli’ye ait olduğu ifade edilmiştir.

Diğer taraftan uygulamada, tercümanın mahkemede hazır bulunması yoluyla bu görevin yerine getirildiği belirtilerek, buna son verilmesi; yargılamaların İngiliz hükümeti adına İngiliz başkonsolosu veya yardımcısı tarafından bizzat yerine getirilmesi gerektiği vurgulanmıştır. Buna gerekçe olarak ise şu hususlar dile getirilmiştir: 42. Maddede açıkça “tercüman” kelimesi geçmemekte, sadece konsolos veya adamlarından bahsedilmektedir. İngiltere’de yetişmiş ve eğitim almış bir konsolosluk yetkilisi, İngiliz alışkanlıklarına ve hissiyatına aşina olmayan bir tercümandan daha doğru ve tarafsız bir değerlendirmede bulunabilir. Son olarak, Osmanlı hâkimlerin gözünde İngiliz konsolosluk yetkililerinin varlığının, bir tercümanın varlığından daha fazla ağırlığa sahip olacağı ileri sürülmüştür. Dolayısıyla Osmanlı mahkemelerindeki tüm ceza davalarında, mutlaka bir

vekilleri hazır olmadıkça yargıçlar davalarını görüp halletmeyeler.” Kurdakul, s. 108, 110; İlgili maddenin İngilizcesi için bkz. Hertslet, s. 115.

⁸⁰ “İngiltereli’den ve İngiltere bayrağı altındaki gemilerdekilerden biri adam öldürüp, yaralayıp vesair kabahat edip hakkında tahkikat açılmak gerektiğinde, elçi ve konsoloslar hazır olmayınca davalarına bakılmayıp, elçi ve konsolosları marifetiyle davayı görüp (istima’), yalnız görmekle yasa ve antlaşmalara aykırı hüküm verilmeye.” Kurdakul, s. 113; İlgili maddenin İngilizcesi için bkz. Hertslet, s. 20.

⁸¹ PRO. FO. 424/159, Tercümanlar C.G. Stravrides ve Alischan tarafından, 11 Mart 1880 tarihinde kıdemli Büyükelçi A. H. Layard’a gönderilen yazı.

⁸² Ayrıca “istima” kelimesinin tam tercümesi hakkında fikir veremeyeceğini belirten başkonsolos, ortak yargı yetkisi konusunda mevcut bir dava vesilesiyle Amerikan elçiliğinin tebaasını her suçtan yargılamayı mutlak bir hak görerek iddiada bulunduğunu haber vermiştir. Bu iddianın Bab-ı Âli tarafından kabul edilmesi halinde “en çok müsaadeye mahzar ulus” ilkesi uyarınca İngiliz yetkililerin de tartışmasız bu hakka zaten sahip olacaklarını belirtmiştir. PRO. FO. 424/159, Başkonsolos Fawcett tarafından 19 Mart 1880 tarihinde A. H. Layard’a gönderilen yazı.

⁸³ PRO. FO. 424/159. Dışişleri Bakanlığı’ndan Hertslet’in “*Levant’taki Ceza yargısı*” na ilişkin 10 Nisan 1880 tarihli notu.

konsolosluk yetkilisinin hazır bulunmasının sağlanması; bu yetkiliye bir tercümanın da eşlik etmesi istenmiştir. Fakat burada tercümanların yargılamaya hiçbir şekilde müdahale etmeyip, daha da önemlisi sanığın avukatı gibi davranmayıp sadece tercümanlık yapması talimatı verilmiştir.⁸⁴

Palmerstone tarafından konuya ilişkin olarak 1847 yılında gönderilen talimatlarda da yine ortak yargı yetkisinin tekrar edildiği görülmektedir. Uygulamada bunun tercümanlar tarafından yerine getirilmesi konusunda ise, sıradan davalarda ve alt derece mahkemelerde bu husus sakınca doğurmasa da önemli konularda ve yüksek mahkemelerde, tercümanın yanında mutlaka konsolosluk yetkililerinin bulunması gerektiği vurgulanmıştır. Burada konsolosluk yetkilisinin adaletin sağlanması için her türlü müdahaleye hakkı olduğu, eğer Osmanlı meslektaş davayı yanlış değerlendirir ve hatalı bir sonuca varırsa, mahkemeye yazılı bir protestoda bulunabileceği belirtilmiştir. Bu durumda davanın, Osmanlı hâkimin adaleti reddettiği veya saptırdığı bir dava karakterine bürüneceği ve bu aşamadan sonra Bab-ı Âli ile sorunu görüşerek çözüme kavuşturma yetkisinin ise sadece büyükelçiliğe ait olduğu ifade edilmiştir.⁸⁵

Ayrıca burada gerek tercümanların gerek konsolos yetkililerinin Osmanlı hâkimleri ve yetkilileriyle iletişimlerinde takınacakları tavır konusunda da talimat verildiği görülmektedir. Nitekim ilişkilerin mümkün olan en iyi şekilde sürdürülmesi, öfkeli bir üslupla tartışmaya girmekten kaçınılması, uzlaşmacı bir dil ve tavırla Osmanlı hâkimlerin etkilenmesi ve yargılamada işbirliğini kabul etmelerinin sağlanması istenmiştir. Eğer yargılama adil bir şekilde gerçekleşmiş ve İngiliz vatandaşı mahkûm edilmişse, cezanın infazında İngiliz yetkililerin hiçbir hakkının bulunmadığı; fakat bir lütuf mahiyetinde cezanın hafifletilmesi veya affı için yine elçilik kanalıyla Bab-ı Âli'ye başvurulabileceği belirtilmiştir.⁸⁶

Görüldüğü üzere, soyut bir değer veya ilke olan “adaletin sağlanması” (!) amacı adı altında, İngiliz elçiliğince konsolosluk yetkililerinin veya sıradan davalarda tercümanların dahi Osmanlı yargısına, Osmanlı hükümetini devreye sokmak da dâhil her türlü müdahalede bulunmalarına izin verilmiştir. Bu durum iki açıdan Osmanlı Devleti'nin yargı bağımsızlığını açıkça hiçe saymaktadır. Bunlardan ilki, kapitülasyonların amacını aşar şekilde yorumlanarak mahkemelerde yabancı unsurların müdahalesine imkân tanınmış olmasıdır. Böylece devlet, adeta yargı yetkisini kendi başına kullanamaz hale gelmektedir. Diğer husus ise yabancılar tarafından bizzat Osmanlı hükümetinden kendi mahkemelerine müdahale etmesinin istenmesidir. Açıkça yürütmenin yargıya müdahale talebi olan bu durum da Osmanlı yargı bağımsızlığının dikkate alınmadığının bir göstergesidir.

⁸⁴ PRO. FO. 424/159. İngiltere Dışişleri Bakanı Lord Palmerstone tarafından İstanbul Büyükelisi Lord Ponsonby'e gönderilen talimat, (No. 125, 8 Haziran 1838).

⁸⁵ PRO. FO. 424/159. Dışişleri Bakanlığı'ndan Hertslet'in “*Levant'taki Ceza yargısı*” na ilişkin 10 Nisan 1880 tarihli notu içinde.

⁸⁶ Bu talimatlara ilişkin uygulamadan örnekler de verilmiştir. 1847 yılında Müslüman Osmanlı tebaasından birini öldürmekle suçlanan İngiliz koruması altındaki bir kişinin yargılanması sırasında ortak yargı yetkisinin ileri sürülmesi üzerine, Bab-ı Âli'nin bu yetkiyi tartışmak yerine ilgilinin serbest bırakılmasını tercih ettiği ifade edilmiştir. Bir başka örnekte ise 1871 yılında Osmanlı mahkemesinde yargılanarak on beş yıl hapse mahkûm edilen Joseph Williams 15 yıl hapse mahkûm edilmiş olup, usulsüz yargılanması gerekçesiyle yapılan itiraz üzerine, meselenin Williams'ın serbest bırakılmasıyla çözüldüğü belirtilmiştir. PRO. FO. 424/159. Dışişleri Bakanlığı'ndan Hertslet'in “*Levant'taki Ceza yargısı*” na ilişkin 10 Nisan 1880 tarihli notu içinde.

Palmerstone, her ne kadar ortak yargı yetkisine dair kesin bir görüş ortaya koyarak, sıradan davalarda tercümanların dahi bu yetkiyi kullanabileceğini savunsa da, bu konuda İngiliz hükümet yetkililerinin görüş birliği içinde olmadığı; en azından bunu ısrarla savunmanın önünde bazı teknik zorluklar bulunduğu anlaşılmaktadır. Öncelikle kapitülasyonun 42. Maddesindeki ilgili ifadenin tam olarak neyi karşıladığı konusunun, 1860 yılında İngiliz Kraliyet Hukuk Müşavirleri tarafından incelenerek, buna dair bir rapor hazırlandığı görülmektedir. Burada bahse konu ifadenin, İngiliz elçiliği veya konsolosluğunun İngiliz vatandaşının mahkûmiyetine onay vermesinden öte bir anlam taşımadığı; münhasır yargı yetkisinin Osmanlı mahkemelerinde olduğu belirtilerek, içeriği üç madde halinde somutlaştırılmıştır. Buna göre İngiliz temsilcilerin, 1- Sadece Osmanlı kanunlarına göre değil, adaletin genel ilkeleri uyarınca delillerin yeterliliği ve geçerliliğini, 2- İngiliz vatandaşına isnat edilen suçun, Osmanlı kanundaki gerçek anlam ve amacına uygunluğunu, 3- Sadece Osmanlı kanunları ve ölçütlerine göre değil, en medeni milletlerin adalet ve hakkaniyet anlayışlarına uygun olarak cezanın niteliği ve türü hususlarını inceleme ve denetlemeye yetkili olduğu belirtilmiştir.⁸⁷

Ayrıca İngiliz Dışişleri Bakanlığı'ndan bazı görevliler, İngiliz temsilcilerin İngiliz vatandaşları üzerinde ortak yargı yetkisi iddiasında bulunabilmeleri için İngiliz parlamentosu tarafından yetkilendirilmiş olmaları gerektiğini; aksi takdirde sadece Osmanlı padişahından verilen imtiyaza istinaden yargı yetkisi kullanmış olacakları gibi uygunsuz bir durumla karşılaşılacağını belirtmişlerdir. “Yabancı Yargı Yetkisi Yasası” (Foreign Jurisdiction Act of 1843) tartışılırken bu konu gündeme gelmiş olsa da, ne bu düzenlemede ne de sonrasında böyle bir yetkinin verildiği ifade edilerek, bahse konu teknik zorluğa işaret edilmiştir. Dolayısıyla Palmerstone'un görüş ve talimatlarının da ilgili yasa çıkmadan önceki tartışmalara dayandığı ve hâlihazırda bunda ısrar etmenin uygunsuzluğu savunulmuştur. Bu sebeple temsilciler, Osmanlı mahkemesinin kararına onay verebilir ya da itiraz edebilir. Eğer onay verilirse dava kendi seyrinde devam eder. Ancak itiraz edilirse işlemler, İngiliz Büyükelçiliği'ne başvurulmak üzere askıya alınır ve bu andan itibaren konu diplomasi alanına dâhil olur. Ancak sonuç ne olursa olsun neticede kararın Osmanlı mahkemesinin bir kararı olduğu ifade edilmiştir.⁸⁸

Buradan anlaşıldığı üzere, her ne kadar kendi devletlerinin yetkilendirmemesi dolayısıyla ortak yargı yetkisi iddiasında bir tereddüt olsa da Osmanlı mahkemelerindeki yargılama esnasında, yine “adaletin sağlanması” (!) amacıyla konsolosluk yetkilileri ve tercümanın Osmanlı kanunlarını her aşamada denetleyip gerekli itirazlarda bulunabilmeleri ve konuyu yargı sahasından çıkarıp diplomasiye çekebilmelerine imkân tanınmış ve bu yöntem özellikle tavsiye edilmiştir. Osmanlı yargı örgütü ve kanunlarına güvensizlik bahanesiyle meşru kılınmaya çalışılan bu durum, yargıya müdahalenin yanı sıra doğrudan devletin yasama yetkisine de açık bir müdahale teşkil etmektedir.

Bu süreçte tercümanların üstlenmesi gereken rol konusunda da İngiliz yetkililerince net bir

⁸⁷ 18 Şubat 1860 tarihinde Kraliyet Hukuk Müşavirleri tarafından verilen rapor. PRO. FO. 424/159. Dışişleri Bakanlığı'ndan Hertslet'in “*Levant'taki Ceza yargısı*” na ilişkin 10 Nisan 1880 tarihli notu içinde. 42. Maddenin kapsamı ve yorumuna ilişkin şüpheler konusunda, Kont Dufferin de 1 Aralık 1881 tarihinde konsoloslara göndermiş olduğu yazıda, Hukuk Müşavirlerinin raporunu aynen iletmekle yetinmiştir. PRO. FO. 424/159.

⁸⁸ PRO. FO. 424/159, 21 Mart 1880 tarihli A. H. Layard ve 10 Nisan 1880 tarihli E. Hertslet'in notu hakkında J. Pauncefote'nin 26 Nisan 1890 tarihli tutanağı. Aynı husus, Dışişleri Bakanlığı'ndan Earl Granville tarafından da savulmuş olup, 13 Mayıs 1880 tarihinde kıdemli Büyükelçi A. H. Layard'a gönderdiği yazıda ifade etmiştir.

görüşün ortaya konulamadığı anlaşılmaktadır. Çünkü tercümanlara nitelik ve itibar bakımından tam anlamıyla güvenemediği anlaşılan Palmerstone'un Dışişleri Bakanı sıfatıyla verdiği talimatlar uyarınca her bir davada konsolosun ya da yardımcısının varlığı, özellikle Tanzimat Dönemi'nden itibaren ilişkilerin yoğunlaşmasıyla birlikte uygulanamaz hale gelmiştir. Kaldı ki Palmerstone'un da 1847 yılında, en azından önemli davalarda ve üst derece mahkemelerdeki yargılamalarda bunun tavizsiz uygulanması yönünde talimat vermesiyle bu konudaki tavrının nispeten yumuşadığı görülmektedir.

1879 yılında Ceza Muhakeme Kanunu'nun kabulünün ardından Osmanlı Devleti, çıkarılan muhakeme kanunlarıyla birlikte diğer bazı düzenlemeleri, bir iyi niyet göstergesi olarak ve kapitülasyonlara aykırılık olup olmadığı yönünden incelemeleri için elçiliklere göndermiştir. Elçilikler ise bir irade ortaya koymadan önce detaylı inceleme gereğini öne sürerek bunun için bir tercümanlar komisyonu oluşturulmasını teklif etmiştir. Osmanlı Devleti'nin de delege göndermesi istenen bu komisyon, başta Bab-ı Âli tarafından hoş karşılanmasa da Devletin münhasır egemenlik yetkisinin bir görünümü olan yasama yetkisine müdahale teşkil etmeyeceği ve sadece kapitülasyonlara uygunluk noktasından ele alınacağı konusunda güvence verilmesi üzerine kabul görmüştür.⁸⁹

Toplanması kararlaştırılan komisyondan önce İngiliz konsolosluk tercümanları, 1880 yılında İngiliz Büyükelçiliğine bir yazı göndererek kendilerine yol gösterecek resmi görüşü öğrenmek istemişlerdir. Bu yazıda tercümanlar, 42. Madde uyarınca İngiliz temsilcilerin Osmanlı mahkemelerindeki ortak yargı yetkisini kesin görmekle birlikte, Osmanlı Devleti'nin Fransız hukukundan alarak benimsediği yasalar ve özellikle Ceza Muhakeme Kanunu'nun, kapitülasyondaki bu hükmü tam anlamıyla uygulamaz kılmasa da çok zorlaştırdığını ifade etmişlerdir. Dolayısıyla ilgili yasaların öngördüğü muhakeme sisteminde Osmanlı yetkililerle deneyimli tercümanların işbirliği yapmasının şart olduğu dile getirilmiştir.⁹⁰

Komisyon çalışmalarının ardından hazırlanan raporlar Bab-ı Âli'ye sunulmuş ve Adliye Nezareti'ne iletilmiştir.⁹¹ Tercümanlardan Stravrides'in aktardığı üzere, bu raporlarda komisyon, yabancıların hakları ve ayrıcalıklarına aykırı bir şey olmadığını belirtmiş; ancak adaletin yönetimi için bazı değişiklikler önermiştir. Adliye Nazırı, raporu okuduktan sonra onaylayarak gerekli değişiklikleri yapacağını vaat etmiş; bunun üzerine Adliye Nezareti ile yabancı misyonların tercümanları arasında, bu kanunların yabancılara uygulanma biçimi konusunda bir tutanak imzalanmıştır. Fakat bu işlemler Sadrazam Said Paşa'ya bildirildiğinde, Said Paşa yabancıların isteği üzerine devletin kanunlarının değiştirilemeyeceğini belirterek onaylamamıştır. Sonrasında çok defa yabancı misyonlar sözlü ve yazılı olarak önerilen değişikliklerin uygulanmasını talep etseler de bu

⁸⁹ Osmanlı Devleti'nden Parnis ve Şahbaz Efendi'lerin Bab-ı Âli delegeleri olarak katıldığı tercümanlar komisyonu neticesinde üç ayrı rapor ortaya çıkmıştır. Bu raporları her bir tercüman, mensup olduğu devlete iletmıştır. Halil Cemaleddin / Hrand Asador, s. 487-488.

⁹⁰ PRO. FO. 424/159, Tercümanlar C.G. Stravrides ve Alischan tarafından, 11 Mart 1880 tarihinde A. H. Layard'a gönderilen yazı.

⁹¹ Halil Cemaleddin / Hrand Asador, s. 487-488.

konuda hiçbir şey yapılmadığı, İngiliz arşivinde yer alan ilgili yazışmalarda ifade edilmiştir.⁹²

Gelinen noktada konsolosluk tercümanlarının görevleri konusundaki şüpheler varlığını korumuş olup; 1882 yılında bu konuya açıklık getirmek üzere tekrar bir çabanın söz konusu olduğu anlaşılmaktadır. Öncelikle tercüman Stravrides'ten bu konuda bir muhtıra hazırlaması istenmiş ve ilgili muhtıranın, konsolosluk görevlilerine rehberlik etmek üzere bir genelge olarak yayınlanması önerilmiştir.⁹³

Bu muhtırada Stravrides, kapitülasyon metni uyarınca, Osmanlı mahkemelerindeki karma hukuk ve ticaret davalarında tercümanların sadece hazır bulunmakla yükümlü; ceza davalarında ise Osmanlı hâkimlerle ortak yargı yetkisine sahip olduğunu ifade etmiştir. Fakat uygulamada bu kuralın değişikliğe uğradığı belirtilmiştir. Buna göre, hukuk ve ticaret davaları söz konusu olduğunda teorideki bu hakkın biraz genişleyerek, tercümanın sadece duruşmaya katılmakla sınırlı olmayıp müzakerelere de katılabildiği; bu durumlarda Osmanlı makamlarının tepki ve itirazlarına yol açmadan bu genişletilmiş yetkinin kullanılabilmesinin tercümanın zekâ ve becerisine bağlı olduğu ifade edilmiştir.

Ceza davaları söz konusu olduğunda ise bu sefer teoride var olan ortak yargı yetkisinin uygulamada birtakım kısıtlamalara uğradığı; özellikle çok hâkimli yeni mahkemelerin kurulması ve Ceza Muhakeme Kanunu'nun kabulüyle birlikte bunun abartılı bir iddia haline geldiği ve dolayısıyla zorlaştığı belirtilmiştir. Bu davalarda izlenmesi gereken yol ise İngiliz vatandaşının şüpheli/sanık olup olmamasına göre değişmekte olup, eğer şüpheli/sanık İngiliz vatandaşıysa, tercüman soruşturma, ön inceleme aşamasına katılmalı; konu mahkemeye geldiğinde duruşmada hazır bulunmalı, suçlanan kişinin savunmasını yapmakta tam özgürlüğe sahip olduğundan emin olmalıdır. Sonra müzakerelere katılmalı, davanın esası hakkında mahkeme üyeleriyle tartışarak görüş alışverişinde bulunmalıdır. Açık bir haksızlık yapıldığına kanaat getirirse, mahkeme kararını imzalamayıp itiraz etmelidir. Ancak bu hakkın, sadece açık bir haksızlık durumunda ve dikkatle kullanılması gerektiği vurgulanmıştır.

Diğer taraftan şüpheli/sanık Osmanlı tebaasından olup da karşı taraf İngiliz vatandaşıysa, bu durum kapitülasyonlarda düzenlenmemiştir. Dolayısıyla uygulamada tercümanın davranışının hukuk ve ticaret davalarındaki tutumuna yakın olduğu belirtilmiştir. Yani ön incelemede hazır bulunup duruşmalara katılmalı ve kararı imzalamalıdır. Ancak kararı haksız bulması halinde buna itiraz etme hakkı olmayıp, yapabileceği etkinin tamamıyla yine yeteneği ve itibarına bağlı olduğu

⁹² PRO. FO. 424/159, Tercüman Stravrides'in 9 Ocak 1889 tarihli Memorandumu. Halil Cemaleddin / Hrand Asador tarafından da Ceza Muhakeme Kanunu ile ilgili olarak raporda tercümanlar konusunda ileri sürülen bir öneriden bahsedilmiştir. Buna göre, bir yabancı şüpheli/sanığın sorgusunun tercüman huzurunda yapılması ve karma davalarda kendi himayeleri altındaki yabancı şüpheli/sanıkların itham eden olup olmadıkları hakkında kanaat edinmesi amacıyla tercümanın, gerek yabancı gerek Osmanlı olsun tüm şüpheli/sanık ve şahitlerin sorgulanması esnasında hazır bulunması hususunun önerildiği ifade edilir. Ancak yazar tarafından, her ne kadar kapitülasyonda açıklık olmasa da, zaten uygulamada talep halinde buna izin verildiği belirtilmiştir. Ayrıca elçilikler tarafından 16 Şubat 1881 tarihinde Bab-ı Âli'ye gönderilen bir notada, dikkat edilmesi gerekenler arasında sorgu hâkimi veya iddia makamlarınca tercüman hazır olmaksızın karar verildiği ve bunun engellenmesi hususunun da sayıldığı; ancak bu tadilat önerileri hakkında Osmanlı Devletince kesin bir karar verilmediği belirtilmiştir. Halil Cemaleddin / Hrand Asador, s. 487-490.

⁹³ PRO. FO. 424/159, Kont Dufferin tarafından Kont Granville'ye 25 Mart 1882 tarihinde gönderilen yazı.

özetlenmiştir.⁹⁴

Tercüman Stravrides'in muhtırası içerik olarak İngiliz Dışişleri Bakanlığı yetkililerince tasvip edilse de bunun genelge olarak yayınlanması, tercümanların faaliyetine ilişkin güçlüklerin sadece İngiliz hükümetini değil, diğer büyük devletleri de ilgilendirdiği gerekçesiyle uygun bulunmamıştır. Diğer devlet temsilcileriyle bir araya gelip uzlaşmaya varmadan kesin ve genel bir kararın karışıklığa yol açabileceği belirtilerek, eğer zor bir durumla karşılaşılsa daha önce tavsiye edildiği gibi büyükelçiliğe başvurulması istenmiş; büyükelçiliğin de söz konusu muhtıra uyarınca konsolosluklara talimat verebileceği ifade edilmiştir.⁹⁵

Tercümanların fonksiyonu konusunda, İngiliz hükümetinin yorum yoluyla genişletilmiş ve bu haliyle siyasi amaçlarla kullanmaya da geniş bir hareket alanıyla imkân tanıyan ilgili düzenlemelerin, hem diğer devletler hem de Osmanlı nezdinde dikkat çekmesinin istenmediği düşünülebilir. Fakat 1888 yılında, İngiliz tebaasından birinin sanık sıfatıyla yargılandığı davada tercümanın sergilediği davranış, Bab-ı Âli'nin şikâyetine konu olmuş ve İngiliz makamları nezdinde konunun tekrar gündeme gelerek tartışılmasına yol açmıştır.

İstanbul ilk derece Ceza Mahkemesi'nde görülen söz konusu davada, sanık Charles Wilson, gece vakti iki polis memuruna saldırıdan suçlu bulunarak hapis cezasına çarptırılmıştır. Karara itiraz üzerine yapılan yargılamanın ardından hâkimlerin müzakere odasına geçtikleri sırada, orada hazır bulunan tercüman Jones, önce mahkemeye verilen ifadelerin çelişkili olduğu iddiasıyla itiraz etmiştir. Bunun üzerine başkanın diğer hâkimlere, delillerin iptali için bir gerekçe olup olmadığını değerlendirmeleri önerisine ise karşı çıkarak, haksızlık gördüğü için artık müzakerelere katılamayacağını beyan etmiştir. Fakat başkan, mahkemenin henüz karar vermediğini, verilecek karar aleyhte bile olsa sanığın temyiz ve yargılamanın yenilenmesi hakkı bulunduğunu belirterek; tercümanın bu davranışının taraflılık oluşturduğunu ifade etmiştir. Bunun üzerine tercüman, Türkçeyi iyi bilmediği için bir yanlış anlaşılma olduğundan bahisle müzakerede tekrar yerini alarak sanığın beraatini talep etmiştir. Neticede mahkemenin ilk kararı onaması ardından Jones, başkanı tekrar sözlü olarak rahatsız etmiş ve müzakere odasından protesto ederek çıkmıştır. Duruşma salonundan geçerken sanığı da yanına alarak, kararın tefhimini engellemiştir. Bu olay üzerine Hariciye Nezareti tarafından 3 Aralık 1888 tarihinde İngiliz elçiliğine bir sözlü nota gönderilerek, yoruma gerek bırakmayan bu davranış dolayısıyla tercüman Jones'a şiddetli bir kınama uygulanması ve yargılamanın başka bir tercüman huzurunda yapılması için gerekli talimatların verilmesi istenmiştir.⁹⁶

İngiliz konsolosluğu ise bu notaya cevap vermeden önce, ceza davalarındaki ortak yargı yetkisine ilişkin kapitülasyon maddesinin (42. Mad.) Osmanlı ve İngiliz hükümeti tarafından farklı yorumlandığını bildiği için konuyu İngiliz hükümetine danışmak istemiştir. Bunun yanı sıra, 1879 Ceza Muhakeme Kanunu'nun uygulanmasıyla birlikte, Osmanlı mahkemelerinin tercümanların etkisini azaltma eğiliminde olduğu; bu sebeple Osmanlı'daki konsolos ve tercümanların da tereddüt yaşadığı belirtilerek, bu vesileyle kesin bir çözüm ortaya konulabilirse çok fayda sağlayacağı ifade

⁹⁴ PRO. FO. 424/159, Stravrides tarafından tercümanların görevleri konusunda 21 Mart 1882 tarihinde hazırlanan muhtıra.

⁹⁵ PRO. FO. 424/159, Dışişleri Bakanlığı'ndan Earl Granville tarafından Kont Dufferin'e gönderilen 11 Temmuz 1882 tarihli yazı.

⁹⁶ PRO. FO. 424/159, Bab-ı Âli tarafından 3 Aralık 1888 tarihinde İngiliz Büyükelçiliği'ne gönderilen Sözlü Nota.

edilmiştir. Bu kapsamda Kraliyet Hukuk Müşavirleri'nin konuyu derinlemesine inceleyebilmesi için tercüman Stravrides'ten ve konsolos yardımcısından alınan raporlar da iletilerek; nihai görüş ve İngiliz hükümetinin tercümanları davalarda ne dereceye kadar destekleyebileceklerine ilişkin bir talimat verilmesi istenmiştir.⁹⁷

Stravrides vermiş olduğu raporda, diğer düzenlemelerle birlikte 1879 Ceza Muhakeme Kanunu'nun tercümanlar komisyonunca incelenmesi ile Osmanlı Devleti'nce gerçekleştirilen çok hâkimli mahkeme sistemi ve diğer yargı reformları hakkında yabancı temsilciliklerin bilgilendirilmiş ve ilerici reformlar olarak kabullerinin sağlanmış olduğunu hatırlatmıştır. Bu gerçek karşısında ortak yargı yetkisine ilişkin kapitülasyon maddesinin katı bir şekilde uygulanmasının saçma olacağı gerekçesiyle Osmanlı yetkililerle görüşülerek maddede değişiklik yapılması önerilmiştir. Nitekim bu belirsizliğin Osmanlı makamlarıyla sürekli sürtüşmelere neden olduğu ve kamu yararına da zarar verdiği belirtilmiştir.⁹⁸ Bu görüşe katılan konsolos yardımcısı da zaman ve sorundan tasarruf sağlayabilmek adına, tercümanların hak ve görevleri konusunda Osmanlı hükümetiyle kesin bir düzenleme yapılması yollarının aranmasını önermiştir.⁹⁹

İlgili hususlarda İngiliz hükümeti görüşlerinin ise sırasıyla iletildiği görülmektedir. İlk olarak tercüman Jones olayında, sergilenen tutumun uzlaşmacı olmaması sebebiyle tasvip edilmediği belirtilmekle birlikte, Osmanlı hükümetine gönderilecek cevapta duruşmalarda bulunan tercüman veya konsolos temsilcisinin tüm müzakerelerde sadece bulunma değil; eşit şartlarda müzakerelere katılma hakkı da olduğunun, yani ortak yargı yetkisinin açıkça belirtilmesi istenmiştir.¹⁰⁰

Kapitülasyonlardaki ortak yargı yetkisini düzenleyen maddenin yorumuna dair kesin görüş ve bu kapsamda tercümanın görevine ilişkin konsolosluk görevlilerine rehberlik etmesi için istenen talimat konusunda ise tercüman Stravrides ve konsolos yardımcısı tarafından verilen raporlar eleştirilmiştir. Nitekim ilgili konunun daha önce defalarca hukuk müşavirlerine sorularak görüş alındığı; yeni yargı usulünün doğurduğu endişeler noktasında ise eğer daha önce verilen talimatlar uygulanırsa bir sorun çıkmayacağı ifade edilmiştir.¹⁰¹ Ayrıca ilgili madde, Osmanlı yargı

⁹⁷ PRO. FO. 424/159, Konsolos görevlisi W. White tarafından hükümet adına Sallsbury'e (Markis) 12 Ocak 1889 tarihinde gönderilen yazı.

⁹⁸ Raporunda Osmanlı adalet sisteminde son elli yılda meydana gelen değişiklikleri özetleyen Stravrides, eğer bu maddenin uygulanmasında ısrarcı olunursa, ya tüm reformların görmezden gelinerek yabancıların tamamen şeriat mahkemelerinin merhametine bırakılması ya da mevcut reformların olduğu gibi kabul edilmesi ikilemiyle karşılaşılacağını düşünmektedir. PRO. FO. 424/159, Tercüman Stravrides'in 9 Ocak 1889 tarihli Muhtırası.

⁹⁹ PRO. FO. 424/159, Konsolos yardımcısı Adam Block'un 3 Ocak 1889 tarihli Muhtırası.

¹⁰⁰ Ayrıca tercümanların izleyeceği yol konusunda da konsoloslara öneride bulunulmuş olup, kararın adaletsiz olduğu düşünülüyorsa yazılı itiraz hakkının şüphesiz olduğu; ancak adaletsizlik, eğer elçiliğin doğrudan Bab-ı Âli ile doğrudan ve derhal iletişime geçmesini gerektirecek kadar büyük değilse ve karara karşı temyiz yolu da açıksa, burada uygun olanın itirazdan sonra temyiz yoluna başvurmak olduğu belirtilmiştir. Temyiz aşamasında da yine kararın infaz edilmemesi için gerekli önlemlerin alınması gerektiği ifade edilmiştir. PRO. FO. 424/159, Hükümet adına Dışişleri Bakanlığı'ndan Sallsbury'nin (Markisi) 1 Mart 1889 tarihinde W. White'a cevaben gönderdiği yazı. (No. 10 Konsolosluk).

¹⁰¹ Fakat bununla birlikte, İngiliz hükümetinin bu maddeye yüklediği anlam ve maddedeki hakların nasıl kullanılması gerektiği konusunda konsolosluk memurlarına bilgi vermek üzere bir genelge yayınlamak uygun görülecek olursa, bunun içeriği maddeler halinde sayılmıştır. Burada sayılan hususlar ise Kraliyet Hukuk Müşavirlerinin daha önceki önerilerini içermekte olup, herhangi bir değişiklik söz konusu değildir. İlgili hususlar için bkz. PRO. FO. 424/159, Hükümet adına Dışişleri Bakanlığı'ndan Sallsbury'nin (Markisi) 4-5 Mart 1889 ve tarihinde W. White'a cevaben gönderdiği yazılar. (No.

sistemindeki kusurların başlıca güvencesi olarak görülmüş; hükümetin bu maddeyi koruma ve avantajlarından yararlanma niyetinde Osmanlı yetkilileri nezdinde şüphe uyandırılması ve doğal olarak değiştirilmesine yönelik bir girişim, çok sakıncalı bulunmuştur.¹⁰²

Görüldüğü üzere, Osmanlı hâkimlerle ortak yargı yetkisi ve tercümanların mahkemedeki fonksiyonuna dair İngiliz ve Osmanlı hükümetinin temel noktalarda görüş ayrılığı söz konusudur. Ayrıca burada aktarılan yazışmalar, kapitülasyon hükümleri ve Osmanlı adli sistemindeki aksaklıklar bahane edilerek, tercümanların fonksiyonu hakkında adil yargılanmayı temin amacından çok öte, yargılamada bir denetleyici, müdafî hatta bir hâkim fonksiyonunun dahi iddia edildiği; böylece Osmanlı'nın yasama, yürütme, yargı erklerine bütüncül bir müdahale teşkil ederek, egemenlik yetkisi üzerinde önemli bir sınırlandırıcı unsur oluşturduğunu açıkça ortaya koymaktadır.

C. Tercümanın Yokluğunda Verilen Kararın Hukuki Sonucu

Kapitülasyonlarda karma davaların, suistimal edilmemek şartıyla Osmanlı mahkemelerinde tercüman huzurunda görülmesi düzenlenmiş olmakla birlikte, bu hükmün nasıl uygulanacağına dair açıklık olmamasının, Osmanlı hükümeti ile yabancı temsilcilikler arasında neden olduğu görüş ayrılıklarından biri de tercüman yokluğunda verilen kararın hukuki sonucudur.

Tercüman bulunmadan verilen bir karar, temelde iki noktadan değerlendirerek sonuca tabi tutulmaktadır. Öncelikle eğer tercümanın davet edilmemesi dolayısıyla yokluğunda karar verilmişse, bu durum kapitülasyon hükümlerine açık aykırılık teşkil ettiği için kararın feshedilmesi gerektiği, yani icra kabiliyetinin olmayacağı çoğunlukla kabul edilmektedir.¹⁰³ Ancak usulüne uygun şekilde davet edilmiş olmasına rağmen tercüman çeşitli gerekçelerle mahkemede hazır bulunmazsa, bu durumun nasıl bir sonuç doğuracağı konusu tartışma yaratmıştır. Çünkü kapitülasyon hükümlerinde tercümanın haklı bir mazeretinin olması halinde duruşmanın ertelenebileceği konusunda açık kapı bırakılmış olup, bu durum uygulamada belirsizliğe ve hükmün amacı dışında kullanıldığı durumlara yol açabilmiştir. Nitekim uygulamada davete rağmen tercümanın meşguliyeti, mahkemeyi görevli ve yetkili addetmemesi, hatta davanın tarafı olan yabancıların aleyhine karar verilmesini engellemek veya geciktirmek gibi adalete aykırı durumlarla karşılaşmıştır.

Eğer tercüman usulünce davet edilmesine rağmen mahkemeye gelmemişse, mahkemenin iki seçeneği bulunmaktadır. Bunlardan birincisi, Hariciye Nezareti'ne başvurularak meselenin halledilmeye çalışılmasıdır. Ancak bu yöntem, uygulamada çoğunlukla tercih edilmesine rağmen, davanın sürüncemede kalmasına ve bu sebeple hak kayıplarına yol açmıştır.¹⁰⁴ Örneğin Yunan

11, 12 Konsolosluk).

¹⁰² PRO. FO. 424/159, Hükümet adına Dışişleri Bakanlığı'ndan Sallsbury'nin (Markisi) 4 Mart 1889 tarihinde W. White'a cevaben gönderdiği yazı. (No. 11 Konsolosluk).

¹⁰³ Halil Cemaleddin / Hrand Asador bu sonucu, hükmün bazı istisnai durumlarla sınırlandırılabilmesine dair Mecelle hükmüne dayandırmaktadır. Buna göre ahitnamelerde geçen tercüman hazır olmadıkça hâkimin yabancıya ilişkin davayı görmemesi şeklindeki hükmün de bu anlamda bir nevi sınırlandırma teşkil ettiğini düşünmektedir. Halil Cemaleddin / Hrand Asador, s. 116. “*Yargılama, yer ve zaman veya istisna olarak bazı özel görevler ile sınırlanır, özellik gösterir.*” Mecelle (Mad. 1801), İlhan, s. 570-571.

¹⁰⁴ Halil Cemaleddin / Hrand Asador, burada mahkemenin tercümanı iki kez davet etmesi gerektiğini düşünmektedir. Halil Cemaleddin / Hrand Asador, s. 117-119.

tebaasına mensup tütün kaçakçılarının Üsküdar Ceza Mahkemesi'nde görülen davalarında, davet edilen elçilik tercümanlarının daha önce hazır bulunmakla birlikte, bir süreden beri gelmekten imtina ettikleri Hariciye Nezareti'ne bildirilmiştir. Bu durumun davaların görülmesini geciktirdiği ifade edilerek, ilgili konuda genel olarak elçiliklere tebligat yapılması talep edilmiştir.¹⁰⁵

Arşivde yer alan bir başka örnekte ise 1896 yılında, Beyoğlu Ceza Mahkemesi'nde ilk derece olarak görülen davada, belirlenen duruşma gününü yabancılara bildirmek üzere düzenlenen davetiye, tebliği amacıyla mensup oldukları konsolosluklara gönderilmiştir. Ancak bu davetiyelerin ulaştığına dair ilmühaberler imzalanmadığı için ulaşıp ulaşmadığı anlaşılamamış ve konsolosluk tercümanının daveti konusu belirsiz kalarak davanın ertelenmesine yol açmıştır. İşlerin ertelenmesine meydan vermemek için Hariciye Nezareti vasıtasıyla bu zorluğun ortadan kaldırılmasının elçiliklere iletilmesi talep edilmiştir.¹⁰⁶ Bu doğrultuda Hariciye Nezareti'nin durumu iletmeye üzerine İtalya ve İngiltere elçiliklerinden cevap verilmiş olup İtalya elçiliği, öteden beri davetiye ve diğer adli evrakların usulüne uygun şekilde gönderilmesi halinde konsoloslukları tarafından imzalandığını; bir yanlışlık, usule ve kanuna aykırılık durumunda ise uygun açıklamalarla iade edildiğini belirterek daha çok Osmanlı makamlarını töhmet altında bırakan bir karşılık vermiştir. Ancak İngiltere elçiliğinin, bu gibi durumların tekrarlanmaması adına ilgili kişilerden bilgi talep edeceğini belirterek, uzlaşmacı bir tutum takındığı anlaşılmaktadır.¹⁰⁷ Kaldı ki bu tutum, İngiliz hükümetinin Osmanlı makamlarıyla ilişkilerinde temsilciliklerine ve tercümanlarına önerdiği üsluba ve gerektiğinde Osmanlı makamlarıyla tercümanların değil, elçilik aracılığıyla temas kurularak meselelerin halledilmesi yaklaşımına da uygundur.¹⁰⁸

Görüldüğü üzere kapitülasyonların varlığı, usul ekonomisini de ortadan kaldıracak bir nitelik arz etmiştir. Davaların daha tebligat aşamasında sekteye uğraması, davanın ilerleyen aşamalarda da hak ihlallerini doğuracak şekilde süreci etkileyebilecektir.

Ceza davaları söz konusu olduğunda, tercümanın duruşmaya gelmeyerek davanın sürüncemede bırakılması, kişilerin şahsi hürriyeti bakımından da ağır sonuçlar doğurabileceği için özellikle önem taşımaktadır. Kanunlar gereğince davet edilmiş olmasına rağmen duruşmaya gelmeyen şahitler için davanın ertelenmesine yol açabileceği gerekçesiyle bir ceza öngörülmüştür. Ancak aynı durumda tercümanlar için bir yaptırım mevcut olmayıp; maddi zararların yanı sıra, alıkonulan kişinin tahliyesinin geciktirilmesi gibi şahsi hürriyetlerin de ihlali sonucuyla karşılaşılması

¹⁰⁵ Kaçakçıların yargılanmasında Düyun-u Umumiye İdaresi adına Umur-u Maliye Nazırı Zühdü Bey tarafından, Reji Müdüriyet-i Umumiyesi'nden bu konuya ilişkin taleple birlikte Hariciye Nezareti'nden ilgili husus talep edilmiştir. BOA. HR. TH. 74/49, (R. 18 Temmuz 1303 / H. 9 Zilkade 1304) M. 30 Temmuz 1887. Hariciye Nezareti'nin tercümanların hangi elçiliğe tâbi olduklarını sorması üzerine gönderilen cevapta, Yunan elçiliğine mensup oldukları ve kaçakçılardan birinin de Yunan tebaasından Bakkal Yorgi olduğu iletilmiştir. BOA. HR. TH. 74/49, (R. 24 Eylül 1303/ H. 19 Muharrem 1304) M. 6 Ekim 1887.

¹⁰⁶ İlgili husus, Beyoğlu Bidayet Ceza Mahkemesi tarafından (R. 20 Mart 1312/ H. 17 Şevval 1313) M. 1 Nisan 1896 tarihinde Adliye Nezareti'ne iletilmiş olup; İlgili Nezaret tarafından durum (R. 9 Nisan 1312/ H. 8 Zilkade 1313) M. 21 Nisan 1896 tarihinde Hariciye Nezareti'ne bildirilmiştir. BOA. HR. TH. 384/56.

¹⁰⁷ İtalya ve İngiltere elçiliklerine Hariciye Nezareti tarafından 11 Haziran 1896 tarihinde yapılan tebligata elçiliklerin cevabı için bkz. BOA. HR. TH. 384/56.

¹⁰⁸ PRO. FO. 424/159. Dışişleri Bakanlığı'ndan Hertslet'in "Levant'taki Ceza yargısı" na ilişkin 10 Nisan 1880 tarihli notu içinde.

mümkündür.¹⁰⁹

Tercümanın davete rağmen mahkemeye gelmemesi halinde ikinci seçenek ise bu durumun tutanak altına alınarak yargılamaya devam edilmesi ve karar verilmesidir. Fakat bu seçeneğin tercihi durumunda, siyasi saiklerin de devreye girmesi ve buna imkân tanıyan kapitülasyon hükmünün yoruma açık yapısı, kararın icrası aşamasında zorluklar yaşanmasına; meselenin yine Hariciye Nezareti ve yabancı temsilcilikler nezdinde diplomasi yoluyla çözümüne yol açmıştır.¹¹⁰

Uygulamada söz konusu hakkın kötüye kullanılması ve tercüman olmaksızın verilen kararın yok hükmünde olduğu iddiaları dolayısıyla, Fransızlara verilen kapitülasyon hükmü dayanak alınarak 1867 yılında hükümet tarafından bir muhtıra yayınlanmıştır. Bu muhtırada, öncelikle tercümanların yargılamada bir hâkim ya da vasi konumunda olmayıp; sadece davaya dahil bulunan yabancıların “hamisi” oldukları vurgulanmıştır. İddianın ispatı için delillerin sunulması gerektiğinde, karma davalarda yabancının “hamiliğini” bu kapsamda yapacakları belirtilmiştir.¹¹¹ Dolayısıyla bir mahkeme hükmü ve kararının, tercümanın hazır olmaması gerekçesiyle yok hükmünde sayılamayacağı; ayrıca söz konusu hak ve yetkinin tercümanlara, kapitülasyon hükmünün uygulanmasının engellendiğine dair iddialarında ve yargılamadan çekilmelerinde haklı dayanak oluşturamayacağı ifade edilmiştir.¹¹²

Bununla birlikte yine de Osmanlı mahkemelerince verilen kararların icrasında yaşanabilecek zorluklara karşı, bazı çözümlerin de geliştirilmeye çalışıldığı görülmektedir. Tercümanların tutanak ve kararları imzalaması usulü, bu çözümlerden birini oluşturmaktadır.

¹⁰⁹ Mehdi Fraşerli, s. 182.

¹¹⁰ Bu seçenek, 1902 yılında Yunanistan ile akdedilen Konsolosluk Nizamnamesi’nin 22. Maddesinde açıkça düzenlenmiştir. Dolayısıyla Yunan tebaası söz konusu olduğunda mahkemenin bu yetkisi açıkça vardır; ancak diğer devletlere ilişkin kapitülasyon antlaşmalarında açıklık olmaması ve tercüman olmadan davaların görülemeyeceği hükmü göz önüne alındığında, bir itiraz durumunda yine konunun çözümü diplomasiyi gerektirecektir. Fakat tercüman olmaksızın verilen karar, eğer yabancının lehineyse, doğal olarak çözümü gereken bir mesele söz konusu olmayacaktır. Halil Cemaleddin / Hrand Asador, s. 118-120.

¹¹¹ “Tercemenler deavinin hin-i rüyetinde hâkim ve vasi olmayıp dâvada methali olan tebaa-yı ecnebiyenin hamisi bulunurlar. Bu babta ispat-ı müddei için bir delil ireasi iktiza eder ise tebaa-yı Devlet-i Âliyyeden biri ile bir Fransız meyanesinde vukubulan dâvanın muhakemesinde tercemanın Fransa tebaasından olan tarafın hamisi sıfatında bulunması Fransa devleti ile 1673 senesinde akdedilmiş olan ahidname-i hümayunun 30 ncı maddesinde münderiç olduğundan bend-i mezkûr irae olunur.” Ökçün, A. Gündüz. “Kapitülasyonlar Hakkında Bab-ı Âli’nin Sefaretlere Gönderdiği 7 Temmuz 1867 Tarihli Muhtıra.” *AÜSBFD*, C. 22, S. 3, 1967, s. 150; 1675 yılında Fransa’ya verilen bahse konu kapitülasyon hükmü ise şu şekildedir: “Tekalif-i örfiyeden muaf bir Fransız tüccarı ile bir kimse arasında dava olursa kadiya vardıkta Fransız’ın tercümanı hazır bulunmaz ise davaya bakılmaya. Eğer tercümanları önemli bir işte iseler gelince davet oluna. Ama onlar dahi bu hali vesile edip tercümanımız hazır değildir deyü hile yoluna sapmayıp tercümanlarını getire.” Kurdakul, s. 80.

¹¹² “Hakikat-ı hal bu merkezde olduğundan bir hüküm veya kararın terceman hazır olmadı deyu keenlem yekûn hükmünde addolunması caiz olmayacağı misillu mahkemede esna-yı müzakerette tercemanın hazır bulunma hak ve selahiyetini haiz olması ve muhakemeden çekilerek ihkak-ı hak madde-i mühimmesinin intizam-ı cereyanının kat’ ve tevkif edilmesi iddialarının dermeyanı dahi caiz olamaz. Bu misillu iddialar uhud-u kadimenin hiçbir ahkâmına müstenid olmadığından reddolunmalıdır.” Ökçün, s. 150.

D. Tercümanın Tutanak ve Kararı İmzalamasının Hukuki Değeri

Tercümanların tutanak ve kararı imzalaması usulü kapitülasyonlarda yer almasa da durumun suistimal edilerek kararın icrası aşamasında bir sıkıntı yaşanmaması adına, çok önceden beri gerek hukuk ve ticaret davalarında gerek ceza davalarında bir teamül olarak uygulanmıştır. Fakat burada tartışma, söz konusu tercüman imzasına atfedilen hukuki değer hususundadır. Bu konuda Osmanlı hükümeti, tercümanın imzasının, muhakeme ve müzakere anında hazır bulunduklarının ispatı niteliği taşıdığını ve karara sadece şeklen geçerlik kazandıran bir unsur olduğunu iddia etmiştir. Dolayısıyla aksi halde, yani tercüman hazır bulunmasına rağmen imzalanmaması halinde kararın yok hükmünde addedilemeyeceği savunulmuştur.¹¹³

Buna rağmen uygulamada tercümanlar, kendi tebaaları aleyhine karar verileceğini anladıkları zaman huzurdan çekilme veya verilen kararı imzadan imtina gibi yollara başvurabilmiştir. Bu hallerde mesele, yine Osmanlı hükümeti ile yabancı temsilcilikleri arasında diplomasi kanalıyla çözülmeye çalışılmıştır.¹¹⁴

Sayılan tüm bu hususlarda, kapitülasyonlarda kapsamının açıkça ifade edilmemesi dolayısıyla tercümanların görevinin sınırlarını tayin, önem taşıyan asıl noktayı oluşturmaktadır. Ayrıca bu konuda aşırıya varan değerlendirmelerin olduğu görülmektedir. Kapitülasyonlar uyarınca, elçilik ve konsolosluklara verilen Osmanlı ülkesindeki mensup oldukları devlet tebaalarını himaye görevinin bir boyutunu da bu kişilerin Osmanlı mahkemelerindeki yargılanmalarında tercüman bulundurabilme hakkı oluşturur. Doğal olarak bu hak, elçilik ve konsolosluk tercümanlarına da adaletsiz uygulamalar karşısında aynı “himaye” fonksiyonunu yüklemiştir. Ancak yukarıda ilgili bölümde de değinildiği üzere, bu durum tercümanların hiçbir zaman bir müdafî veya hâkim gibi hareket etmesine varacak genişlikte değerlendirilmemelidir. Tercümanların sadece kanunlara ve muhakeme usulüne riayet edilmesini temin için basiretli bir kontrolör olması gerekmektedir.¹¹⁵

E. Ceza Davalarında Tercümanlar

Osmanlı hükümetine veya tebaasına ya da başka bir tabiiyeti haiz yabancıya karşı suç işleyen yabancıların, Osmanlı mahkemelerinde ilk derece ve istinafen görülen ceza davalarında gerçekleştirilen inceleme ve yargılama sırasında tercümanın hazır bulunacağı, neredeyse tüm kapitülasyonlarda açıkça yer almaktadır.¹¹⁶ Tercümanın müzakere anındaki varlığına ise yukarıda ifade edildiği üzere, verilen bir tezkire ile sonradan geçici olarak izin verilmiş; ancak devletin sonuna kadar bu usul varlığını korumuştur.

Osmanlı tebaasının yabancıya karşı işlemiş olduğu bir suç söz konusu ise bu durumda yabancı şikâyetçinin sorgusu veya dinlenmesi sırasında tercüman bulunması gereği, kapitülasyonlarda yer

¹¹³ Konan, *Yabancıların Hukuki Statüsü*, s. 209.

¹¹⁴ Halil Cemaleddin / Hrand Asador, s. 120-121.

¹¹⁵ Belçika elçilik tercümanı (Mösyö Margotiç), “Tercümanların Vazifesi” adlı eserinde bu hususları ifade etmiştir. Mösyö Otray’ın ise elçiliklerin bazı durumlarda tercümanlara hükme sebep olan kararı imzadan kaçınmak ve hatta mahkemeyi terk etmek konusunda bir yetki tanırsa, bunun aşırı bir yetki olması dolayısıyla son derece ihtiyatlı bir şekilde ve açık adaletsizlik halinde kullanılması gerektiğini belirttiği aktarılmıştır. Mehdi Fraşerli, s. 151-152.

¹¹⁶ Halil Cemaleddin / Hrand Asador, s. 464-466.

almamaktadır. Ancak hâkimlerin takdirinde olmak üzere uygulamada tercümanların huzuruna izin verilmiştir. Bununla birlikte, bu durum ihtiyari olup, davet edilmesine rağmen tercümanın duruşmaya gelmemesi halinde, mahkeme yargılamaya devam edebilecektir.¹¹⁷

1867 yılında hükümetçe verilen muhtırada da ilgili hususa değinilmiş olup; zaten aleni olarak gerçekleştirilen yargılamalarda, eğer konsolos veya tercümanı katılmak isterse özel bir hürmet gösterilerek davet edilebileceği; ancak bu konuda mahkemenin herhangi bir hukuki mükellefiyetinin olmadığı açıkça ifade edilmiştir.¹¹⁸ Ardından 1880’li yıllarda hükümetçe savcılıklara gönderilen yazılarda da teamül ve kamu yararı gereği uygulanan bu usulün devam ettirilmesi istenmiştir.¹¹⁹

Soruşturma evresinde (heyet-i ithamiye) ve temyiz aşamasında tercüman bulundurulması hususu kapitülasyon metinlerinde düzenlenmemiş olmasına karşın, uygulamada bu aşamalarda da tercümanların varlığına müsaade edilmiştir.¹²⁰

Yabancılar hakkında genel olarak Osmanlı mahkemeleri tarafından verilen karara şeklen geçerlik tanımak adına, teamül olarak uygulanan tercümanların kararı imzalamaları usulünün suistimali halinde, bu durumun ceza davaları bakımından kişi hürriyetine olan sakıncaları dikkate alındığında özellikle rahatsızlık oluşturduğu anlaşılmaktadır. Nitekim 1879 yılında Ceza Muhakeme Kanunu’nun kabulünün ardından ceza mahkemelerinin başkanları bunu fırsat bilerek, kararları tercümanın imzalaması usulüne karşı çıkmış; ancak bu durum elçiliklerin itirazına uğramıştır. Bunun üzerine Bab-ı Âli, 1881 yılında bir genelge yayınlarak, hukuk ve ticaret davalarında geçerli olan kurala uygun olarak ceza mahkemelerinde ve sorgu dairelerinde de tercümanların kararı imzalamaları usulüne, huzurlarını ispatta daha muteber bir yol olmaması gerekçesiyle resmen izin vermiştir. Ancak bu imzanın fonksiyonunun sadece tercümanın huzurunu ispat ve karara yabancılar nezdinde şeklen geçerlilik vermekten ibaret olduğu vurgulanmıştır.¹²¹

Kaldı ki ceza davalarında tercümanın kararı imzalayıp imzalamaması meselesi, şüpheli veya sanık yabancı olup da yakalanamadığında önem taşımaktadır. Çünkü bu durumda cezanın infazının konsolosluktan istenmesi gerekmele birlikte, konsolosluğun da ilgili duruma itirazı üzerine

¹¹⁷ Halil Cemaleddin / Hrand Asador, s. 470-472.

¹¹⁸ Ökçün, s. 150-151.

¹¹⁹ (H. 18 Cemaziyelevvel 1297/ R. 15 Nisan 1296) M. 25 Nisan 1880, (H. 4 Recep 1299/ R. 10 Mayıs 1298) M. 22 Mayıs 1882 ve (16 Rebiülahir 1297 / R. 15 Mart 1296) M. 28 Mart 1880 tarihli Adliye Nezareti’nden bilcümle Vilayet İstinaf Mahkemeleri müdde-i umumiliklerine yazılan tahrirat-ı umumiye suretleri, Ceride-i Mehakim, S. 42, s. 330; S. 155, s. 1233-1234; S. 39, s. 306-307.

¹²⁰ Halil Cemaleddin / Hrand Asador, s. 471-473.

¹²¹ “Dava-i muhtelitenin hin istintak ve muhakemesinde huzuru lazım gelen tercümanlar celb olunmaksızın mahkemelerce bazen hükümler verilmekte ve tercümanlar huzurunda vuku bulan kararları havi zabıtnamelerin onlar tarafından dahi imza olunmasına mehakim-i mezkure rüesası muhalefet etmekte olduklarından bahisle sefaretlerce şikâyet vuku bulmaktadır. Ecnebilerin muhakemesinde tercümanların huzuru ahden lazım gelip onların adem-i huzuru takdirinde muhakemenin icrası mücaz olmayacağına ve onların esna-yı muhakemede hazır bulunduklarını ledel iktiza isbat etmek için imzalarından daha muteber bir şey bulunmayacağına mebni istintak-u zabt ve karar varakalarına hukuk ve ticaret mahkemelerinde cari olan kaideye tevfikan tercümanlar tarafından vaz-u imza olunmasının usul ittihazı kararlaştırıldığından...” Adliye Nezareti’nin (H. 9 Cemaziyülevvel 1298/ R. 28 Mart 1297) M. 9 Nisan 1881 tarihinde tüm mahkemelere gönderilmek üzere yayınlamış olduğu genelge (tahrirat-ı umumiye) için bkz. Ceride-i Mehakim, S. 94, s. 745.

uygulamada sorun, diplomasi alanına intikal edilerek çözülmüştür. Ancak yabancı şüpheli veya sanık yakalanmışsa karar, tercüman tarafından imzalanmasa dahi infaz edilebilmiştir.¹²²

Tarafların yanı sıra, yabancı şahitlerin dinlenilmesi esnasında da tercüman bulundurulması gereği elçiliklerce iddia edilmiştir. Ancak kapitülasyonlarda buna dair bir düzenleme olmadığı gerekçesiyle Osmanlı hükümetinin kesin olarak karşı çıktığı anlaşılmaktadır. 1897 yılında, mahkemece şahitliklerine gerek duyulan Alman tebaasına mensup kişilerin davetiyeleri Alman konsolosluğuna gönderilmiş; ancak konsolosluk, şahitlerin tercüman huzurunda dinlenileceklerine dair açıklama olmadığı gerekçeyle davetiye tebellüğ etmemiştir. Bunun üzerine Adliye Nezareti kanalıyla gelen şikâyet, Hariciye Nezareti tarafından Alman elçiliğine bir sözlü nota gönderilerek iletilmiştir. Bu notada, kapitülasyon hükümleri gereğince sadece davada tarafların yabancı olması halinde tercümanın huzuruna izin verildiği; dolayısıyla davetiye tebliğden kaçınmanın uygun olmadığı bildirilmiştir. Buna cevap olarak Alman elçiliğince, 1895 yılında gönderilmiş olan bir notada Alman tebaasından olan şahitlerin dinlenilmesi sırasında tercüman bulundurulması gereğinin sebepleriyle Osmanlı hükümetine daha önce bildirildiği belirtilmiştir. Ancak bu olayla söz konusu gerekçelerin ciddiye alınmadığı anlaşılmış olup; davetiyelerin şahitlere tebliği için konsoloslara ihtarda bulunulmayacağı elçilik tarafından sert bir üslupla ifade edilmiştir.¹²³

Diğer taraftan elçiliklerce, yabancı şahitlerin dinlenilmesinde dahi tercüman hazır bulunmaz ve ifadesini kendi imzasıyla onaylamazsa, bu ifadelerin resmîyet kazanmayacağı da iddia edilmiştir. Dolayısıyla tercümanın hazır olmadığı ve ifadesini imzalamadığı bir yabancı şahit hakkında, eğer yabancı şahitlikten dava açılacak olursa, buna karşı çıkılacağı; davete icabet etmemesi sebebiyle hakkında para cezasına hükmedilmesi halinde ise bu hükmün icra kabiliyetinin olmayacağı savunulmuştur. Ancak müzakereler neticesinde, uygulamada tercüman olmadan yabancı şahitlerin dinlenilmesine elçiliklerce izin verildiği durumlar da mevcuttur.¹²⁴

Ceza davalarında özellik gösteren hususlardan biri de Osmanlı Devleti'nde memur olarak istihdam edilen yabancıların, memuriyetlerinden kaynaklanan bir suç dolayısıyla Şurâ-yı Devlet'te gerçekleştirilecek yargılamalarında tercümanın bulundurulmasına gerek olup olmayacağı meselesidir. Şurâ-yı Devlet Bidayet Mahkemesi, bu davalarda yabancılar hakkında verilen ilamların infazında zorluk yaşanabileceği endişesiyle, tercümanların bulundurulması gerektiğini düşünmekle birlikte, idare meclislerinde ve Şurâ-yı Devlet'te buna ilişkin bir teamül olmadığı için tercümanları davet usulünün doğal olarak belirlenmediğini ifade etmiştir. Dolayısıyla eğer elçiliklerden doğrudan tercüman talep edilmesinde bir tereddüt söz konusu olursa, işlemlerin gecikmesi muhtemel görülerek, bu konuda Hariciye Nezareti'nin de bilgisi dâhilinde Şurâ-yı Devlet Mahkemesi'ne istenecek

¹²² İlgili duruma dair uygulamadan örnekler için bkz. Halil Cemaleddin / Hrand Asador, s. 468-470.

¹²³ BOA. HR. İD. 2036/19. Hariciye Nezareti'nin 19 Mayıs 1897 tarihinde Almanya elçiliğine gönderdiği sözlü nota üzerine, Alman elçiliğinin 22 Haziran 1897 tarihinde alınan cevabı.

¹²⁴ 1309 (M. 1901) yılında gerçekleşen bir suç dolayısıyla Fransız konsolosluğu aracılığıyla davet edilen şahitlerin buna icabet ederek dinlenilmeleri sırasında, mensup olduğu devlet tercümanının da bulunması talep edilmiştir. Ancak mahkeme kapitülasyonlarda yer almaması dolayısıyla buna izin vermemiştir. Bunun üzerine tercüman şahitlerle birlikte mahkemeyi terk etmiştir. Ardından mahkeme ve ilgili konsolosluk arasındaki görüşmeler neticesinde konsolosluk şahitleri mahkemeye göndermeye rıza göstermiş ve şahitler tercüman olmaksızın dinlenmiştir. Halil Cemaleddin / Hrand Asador, s. 474-475.

tercümanların belirli bir süre içinde hazır olmaları gereği ve bunun sebeplerinin belirlenmesi talep edilmiştir.¹²⁵

Bu talep Şurâ-yı Devlet Tanzimat Dairesi tarafından Hariciye Nezareti'ne iletilerek, hakkında bir teamül olmayan yabancıların memuriyetine ilişkin suçlardan yargılanmalarında tercümanın huzuruna ahden ve kanunen bir zorunluluk olup olmadığı konusunda görüşü istenmiştir.¹²⁶ Konuyu değerlendiren Bab-ı Âli Hukuk Müşavirleri, bir yabancının Osmanlı Devleti'nin hizmetine girmesiyle yabancılık vasfının düşüp düşmeyeceği konusunda, ilgili kişinin tâbi olduğu devlet kanununa bakılması gerektiği; ancak kişinin Osmanlı ile yapmış olduğu sözleşmede yabancı vasfını koruyacağı açıkça belirtilmişse kanuna bakmaya gerek olmaksızın yabancı sayılacağı değerlendirmesinde bulunmuştur.¹²⁷

Burada asıl meselenin devlet hizmetine sözleşmesiz giren veya sözleşmesinde tabiiyetini koruyacağına ilişkin herhangi bir kayıt olmayan yabancıların tabiiyetlerinin belirlenmesi olduğu tespit edilmiştir. Nitekim bazı devlet kanunlarının izinsiz yabancı devlet hizmetine girmeyi tabiiyetin düşme sebebi olarak addettiği belirtilmiştir. Ancak diğer taraftan, Osmanlı kanunlarında da devlet hizmetine giren yabancıların Osmanlı tabiiyetini kazanacaklarına veya memuriyetlerinden dolayı haklarında Osmanlı tebaası gibi işlem yapılacağına dair bir kanunun mevcut olmadığına işaret edilmiştir. Dolayısıyla bu durumda yabancılar hakkında Osmanlı tebaası addedilerek işlem yapılsa ve hüküm verilse dahi bunun icra edilmesine konsolosluklarca itiraz edileceği açık olup; yabancı sıfatıyla yargılamalarına karar verilmiş ve Şurâ-yı Devlet başkanlığına da bu yolda cevap yazılması istenmiştir.¹²⁸ Ancak daha sonrasında bu konuya ilişkin elçiliklere tercüman göndermeleri gereğini ve sebeplerini bildiren bir yazı iletilmediği gibi, mahkemeye de buna dair bir emir ulaşmadığı anlaşılmaktadır. Çünkü Şurâ-yı Devlet Bidayet Mahkemesi tarafından yazılan yazıda, bu sebeple işlemleri icra edilemeyen davaların sürüncemede kaldığı ve ilgililerin de müracaat ederek mağduriyetlerini ifade ettikleri aktarılmıştır.¹²⁹

¹²⁵ Mahkeme bu durumu örneklendirerek, kendisinin Fransa tebaasından olduğunu belirten Galata Postanesi Müdürü Vitalis Efendi'nin zimmet suçundan derdest olan yargılamasında, hakkında verilecek ilamın icrasında bu sebeple zorluk yaşanacağı öngörülmüştür. BOA. ŞD. 2542/15, (R. 8 Şubat 1304/ H. 16 Cemaziyelahir 1306) M. 20 Şubat 1889 tarihli Şûra-yı Devlet Bidayet Mahkemesi'nin yazısı.

¹²⁶ BOA. ŞD. 2542/15, (R. 20 Şubat 1304 / H. 2 Recep 1306) M. 4 Mart 1889 tarihli yazı.

¹²⁷ Şûra-yı Devlet Bidayet Mahkemesi Reisi bu değerlendirmeyi eleştirerek, hiç kimsenin başka bir devletle sözleşme imzalayarak kendi kanunlarını hükümsüz kılamayacağını belirtmiştir. Devletlerin özel bir izin veya ruhsat vermelerinin siyasi veya askeri önemli hizmetlere tayin edilenlere mahsus olup, adi hizmete giren yabancıların ilişkileri, tasarrufları, miras/intikalleri, şahsi cezaları konusunda yabancı sıfatında tanındıkları; dolayısıyla memuriyetlerinden dolayı yargılanmaları gibi istisna bir durum için herhangi bir kural veya teamülün olmadığı ifade edilmiştir. Buna göre diğer durumdaki uygulamaya bağlı kalınarak bu kişilerin yabancı olarak yargılanmaları; elçiliklere gerekli tebligat yapılarak idare meclislerine ve Şûra -yı Devlet'e tercüman gönderilmesi konusunda onay alınması gerektiği savunulmuştur. Bu davalarda benimsenecek yargılama usulü konusunda elçiliklerle yapılması gereken görüşmelerin ise, işleri sürüncemede bırakmamak adına daha sonraya bırakılması tavsiye edilmiştir. BOA. ŞD. 2542/15, Şûra -yı Devlet Bidayet Mahkemesi Reisi tarafından Tanzimat Dairesi'ne gönderilen tarihsiz yazı.

¹²⁸ BOA. ŞD. 2542/15, Bab-ı Âli (Hariciye Dairesi, İstişare Odası) tarafından (R. 28 Mart 1305/ H. 8 Şaban 1306) M. 9 Nisan 1889 tarihinde yazılan yazı.

¹²⁹ Ayrıca burada İtalya tebaasından Galata Postanesi eski ulaşım memuru Lans Efendi aleyhine Posta ve Telgraf Nezareti'nce açılan sirkat davasında, yabancının ifadesinin zapta geçirilmesi sırasında, bu sebeple zorluk yaşandığından

Aynı şekilde, özel düzenlemelerle kabahat türünden bazı ceza davalarının görülmesi meclis-i idareye bırakılmış olup; burada yabancılara ilişkin bir dava söz konusu olduğunda tercümanın huzuruna dair kapitülasyonlarda hüküm olmadığı gibi bir teamülün de bulunmaması tereddüt doğurmuştur. Hatta bazen yabancının bu davalarda tercüman bulundurmamak istemesi karşısında, davanın ticaret mahkemesine gönderilmesinin dahi tercümanın davaya müdahalesinden daha tercihe şayan görüldüğü durumlar söz konusudur.¹³⁰

Diğer taraftan, Osmanlı Devleti'nin 19. yüzyılın son çeyreğinden itibaren çıkarmış olduğu kanunlar ve diğer düzenlemelerle kapitülasyonların uygulanma alanını daraltmaya çalıştığı görülmektedir. Bu kapsamda yabancının, Osmanlı tebaası gibi haklardan aynı şekilde istifade etmeleri engellenemese de en azından vergisel ve yargısal yükümlülüklerde Osmanlı tebaasıyla eşit addedilmesi sağlanmaya çalışılmıştır. Dolayısıyla istisna olarak söz konusu düzenlemeler kapsamında bir ceza yargılamasına konu olan yabancının, Osmanlı tebaası gibi değerlendirilmesi dolayısıyla her hâlükârda davalarının Osmanlı mahkemelerinde ve tercüman huzuruna gerek olmaksızın gerçekleştirilebileceği Osmanlı makamlarınca ileri sürülmüştür.

Bahse konu düzenlemelerden ilki, 1888 yılında çıkarılan Amâlet-i Fârîka Nizamnamesi'dir.¹³¹ İlgili düzenlemede, tanınan menfaat ve teminatlarla sahip olmakla bu konuda meydana gelecek davaların, taraflar yabancı dahi olsa nizamiye mahkemelerinde görüleceği açıkça ifade edilerek, yabancılar Osmanlı tebaası ile eşit addedilmiştir.¹³² Bu durum iki yabancının söz konusu olduğu bir davada, öncelikle konsolosluk mahkemelerinin yetkisini devre dışı bıraktığı için elçiliklerce itiraza uğramış; bundan bir netice alınmaması üzerine, en azından Fransızca bilen yabancı üyelerin bulunduğu ticaret mahkemelerinde söz konusu davaların görülmesi teklif edilmiştir. Fakat bu teklifler de Osmanlı Devleti'nin kesin tutumuyla reddedilmiştir. İlgili davaların nizamiye mahkemelerinde görülmesi sırasında tercüman bulunması konusunda ise Fransa elçiliği bunun gerekliliğini savunmuş; fakat Adliye Nezareti, burada davacı tarafın zaten nizamnamenin koruması altında olması sebebiyle sadece davalı tarafın yargılamasının tercüman huzurunda yapılması görüşünü ileri sürmüştür. Aksi durumlarla karşılaşılsa da genel olarak uygulamanın nizamname doğrultusunda olduğu

bahsedilmektedir. BOA. ŞD. 2542/15, Şûra-yı Devlet Bidayet Mahkemesi tarafından (R. 10 Nisan 1305/ H. 22 Şaban 1306) M. 22 Nisan 1889 tarihinde yazılan yazı.

¹³⁰ Bu konuda Mehdi Fraşerli, bu tür düzenlemelerin müskirat satışı ve tuz inhisarına ilişkin olup yabancılar tarafından onaylanmış olmaları sebebiyle, ilgili davaların idare meclislerinde görüleceğini; yargılama esnasında ise tercümanın huzuruna gerek olmadığını savunmuştur. Ancak gerçekleşen birkaç olayda yabancının tercüman talep etmesi üzerine, ilgili davaların ticaret mahkemesinde görülmesinin tercih edilerek, buna dair Ceza'ir-i Bahri Sefid Vilayeti'nin isteğiyle bir emir verildiği ifade edilmiştir. Mehdi Fraşerli, s. 180-181.

¹³¹ "Fabrika Mamulâtıyla Eşya-yı Ticariyeye Mahsus Alâmet-i Fârikalara Dair Nizamname" Düstur, I. Tertip, C. VI, (H. 29 Şaban 1305/ R. 29 Nisan 1304) M. 11 Mayıs 1888, s. 76 vd.

¹³² "Teba-yı ecnebiyeden olup memalik-i devlet-i aliyede sanayi ve ticaret ashâbı bulunanlar dahi kendi imalatına veyahut eşya-yı ticariyelerine mahsus bir alâmet-i farika ittihâzı hakkında işbu nizam ahkâmına riayet eyledikleri halde bunun havi olduğu menâfi ve teminata nail olarak bu babda vuku bulacak davaları tarafeyn ecnebi olsa bile on birinci maddede gösterildiği üzere işbu nizamnameye tevfiқан mehakim-i devlet-i aliyede rüyet olunacaktır." (6. Mad.); "Alâmet-i farikadan dolayı tevelliüd eden deavi-yi adiyeye bidayet mahkemelerinde müstacelen rüyet olunur. Alâmet-i farikaya müteallik mevadd-ı cezaiye dahi mehakim-i mezkûrede görülür. Müddealeyh tarafından hin-i muhahekemede alâmet-i farikanın tasarrufu hakkında dava vuku bulur ise davaya dahi muhakaemeyi rüyet eden mahkeme-i cezaiye tarafından karar verilir." (11. Mad.)

anlaşılmaktadır.¹³³

Bir diğer düzenlemeyi 1909 yılında çıkarılan Matbaalar Kanunu¹³⁴ oluşturmaktadır. Bu kanuna göre suç teşkil eden bir hareketin faili, imtiyaz sahibi bir yabancı dahi olsa ilgili kanunun geçici maddesi¹³⁵ gereğince, mensup olduğu konsolosluğun aracılığı olmaksızın aynı Osmanlı tebaası gibi bu kanun hükümlerine tâbi tutulacaktır. Bu hükümle de amaçlanan, iki yabancı arasındaki ceza davalarında konsolosluk mahkemelerinin devre dışı bırakılması olup, elçiliklerce yine itiraza uğramıştır.¹³⁶ Bununla birlikte ilgili davaların Osmanlı mahkemelerinde görülmesi sırasında, yabancıların tamamıyla Osmanlı tebaası gibi değerlendirilmeleri dolayısıyla tercüman bulundurulamayacağı ifade edilmiştir.¹³⁷ Çünkü kapitülasyonlarda yer alan imtiyazların, ancak açıkça düzenlenmeleri halinde geçerli olabileceği; açıklık olmayan hallerde geniş bir şekilde yorumunun mümkün olmadığı savunulmuştur.¹³⁸

Bu istisnai hallerden birini de 1867 yılında çıkarılan, yabancıların taşınmaz edinimine dair nizamname ve buna ek protokol oluşturmaktadır. Ancak burada yer alan hükümler, sadece ceza yargılamaları değil, hukuk yargılamalarına ilişkin de istisnalar içermektedir.

Görüldüğü üzere ceza davaları söz konusu olduğunda, kişi hürriyetlerinin zedelenme ihtimalinin yüksekliği, taraflarca konunun daha bir dikkat ve önemle ele alınmasına yol açmıştır. Yabancı devlet temsilcileri, mensup oldukları devlet tebaasının dâhil oldukları yargılamalarda, her ihtimal ve durumda tercümanların varlığını iddia ve talep etmiştir. Buna karşılık Osmanlı yetkilileri, mümkün olduğunda kapitülasyon hükümlerinin gerçek anlamı çerçevesinde kalmaya çalışmış; Avrupa hukuku örnek alınarak yapılan düzenlemelerle söz konusu ayrıcalıktan kurtulmaya çalışmıştır.

F. “Tebaa-i Ecnebiyenin Emlâk İstimlâkine Dair Nizamname” ve Ek Protokol Uyarınca Yargılamada Tercüman Bulundurulmasına Gerek Olmayan Haller

1867 yılında çıkarılan Tebaa-i Ecnebiyenin Emlâk İstimlâkine Dair Nizamname (Safer Kanunu)¹³⁹ uyarınca Osmanlı ülkesinde taşınmaz mal sahibi olan yabancıların, taşınmazla ilgili bir dava söz konusu olduğunda gerek davalı gerek davacı konumunda olsunlar, doğrudan doğruya

¹³³ Akay, Tolga. “Osmanlı Devleti’nde Marka Hukukunun Gelişimi.” *TBB Dergisi*, S. 126, 2016, s. 380-384. Ancak tercümanların huzuru noktasında Halil Cemaleddin / Hrand Asador, yabancıların Osmanlı tebaasına eşit tutulma gayesi çerçevesinde ilgililerden biri yabancı dahi olsa tercümanın bulunmayacağını ifade ederek, biraz daha katı bir görüş benimsemiştir. Halil Cemaleddin / Hrand Asador, s. 427-429, 483-484.

¹³⁴ Matbaalar Kanunu, (H. 11 Recep 1327/ R. 16 Temmuz 1325) M. 29 Temmuz 1909, Düstur, II. Tertip, C. I, s. 404 vd.

¹³⁵ “Matba küşad edecek kimse bazı imtiyazat-ı ahdiyeyi haiz olan teba-yı ecnebiyeden ise vezaif ve teklifat ve mücazatça işbu kanunun ahkâmına devlet-i Osmaniye tebaası gibi tamamıyla ve mensup bulunduğu konsoloshane vesateti olmaksızın tâbi olacağını mütezammın hükümete sened verecek ve işbu senedi devlet-i metbuası sefarethane veya konsoloshanesinden tasdik ettirecektir.”

¹³⁶ Mahdi Fraşerli, s. 184.

¹³⁷ Halil Cemaleddin / Hrand Asador, s. 484.

¹³⁸ Mahdi Fraşerli, s. 182-183.

¹³⁹ (H. 7 Safer 1284/ R. 29 Mayıs 1283) M. 10 Haziran 1867, Düstur, 1.Tertip, C.1, s. 230-236.

Osmanlı mahkemelerine müracaat etmeleri gerekmektedir.¹⁴⁰

Yabancıların bu kanundan yararlanabilmeleri ise mensup oldukları devlet tarafından bu kanuna bağlı ek protokolün imzalanması şartına bağlanmıştır.¹⁴¹ Ancak protokol metni incelendiğinde taşınmaz mal edinilmesine hiç değinilmeyerek, yabancıların taraf olduğu hukuk, ticaret hatta ceza davalarının görülmesine ilişkin hükümlerle konut dokunulmazlığını ilgilendiren hükümlerin ayrıntılı şekilde düzenlendiği dikkat çekmektedir. Dolayısıyla bu durum, yukarıda bahsedilen düzenlemelerde olduğu gibi, yabancılara tanınan imtiyazların Osmanlı Devleti tarafından en azından bu vesileyle kısıtlanma çabasını ortaya koymaktadır.¹⁴²

Protokol hükümleri uyarınca, konsolos ikametgâhına 9 saatten uzak mesafede bulunan bidayet mahkemelerinde (karye ihtiyar meclisleri, kaza deavi meclisleri) yabancılara ilişkin 500 kuruşa kadar para cezası öngörülen cünha ve kabahat davaları ile 1000 kuruşa kadar hukuk davalarının, istinafi kabil olmak üzere, konsolos veya tercüman hazır olmaksızın görülmesine izin verilmiştir. Ancak söz konusu miktara kadarki davaların, ikinci derecede sancak (liva) mahkemelerinde istinafen görülmesi sırasında konsolos ve tercümanın bulunması zorunludur.¹⁴³

Konsolos ikametgâhına 9 saatten daha az mesafede bulunan bidayet mahkemelerinde, yabancıya ilişkin daha yüksek derecede ve miktarda olmayan davalar, konsolos veya tercümanları hazır olmaksızın sancak (liva) mahkemesinde istinafi kabil olmak üzere görülebilecektir. İlgili davaların istinafi halinde ise konsolos veya tercümanın hazır olması şartıyla görülmesine, söz konusu yabancının duruşmadan önce yazılı olarak onay vermesi şartıyla izin verilmiştir.¹⁴⁴

Ancak konsolos ikametgâhına 9 saatten uzak mesafedeki kazalarda oturan yabancılara ilişkin 500 kuruştan daha fazla para cezasını ve genel olarak hapis cezasını gerektiren davaların ve 1000 kuruşun üzerindeki hukuk davalarının görülmesine dair protokolde hüküm bulunmamakta olup; bu durumların bir tezkire-i samiye ile açıklandığı görülmektedir.¹⁴⁵

Bu tezkire uyarınca, ilgili ceza davalarının konsolosluk bulunan yer mahkemesine nakli, Kanun hükümlerine aykırı görülmüştür. Protokolde meskenin aranmasına bile bazı durumlarda izin

¹⁴⁰ İstimlâk-i Emlâk Nizamnamesi (Mad.2)

¹⁴¹ İstimlâk-i Emlâk Nizamnamesi (Mad.5); İlgili protokolün tam metni için bkz. Altuğ, Yılmaz. *Yabancıların Arazi İktibas Meselesi*. 3. Baskı, İstanbul Üniversitesi Yayınları, No.1424, İstanbul, 1969, s. 78-81; İstimlâk-i Emlâk Nizamnamesi, ek protokol ve bunların uygulanmasında ortaya çıkan hukuki uyumsuzluklar hakkında ayrıca bkz. Akyılmaz, S. Gül. “Cumhuriyet Öncesi Dönemde Yabancıların Taşınmaz Edinimiyle İlgili Düzenlemelerin Gerekçeleri, Kapsamları ve Uygulamaların İncelenmesi: Hukuk Tarihi Yönünden Değerlendirme.” *Türkiye’de Tarihî Gelişim Süreci İçinde Yabancıların Taşınmaz Edinimlerinin Analizi*, TÜBİTAK, *Türkiye’de Taşınmaz Edinimi ve Etkilerinin Değerlendirilmesi Projesi*, s. 51-57.

¹⁴² Konan, Belkis. “İstimlâk Kanunu Öncesi ve Sonrasında Yabancıların Osmanlı Devleti’nde Taşınmaz Mal Mülkiyeti Edinme Hakkı.” *Osmanlı Coğrafyası Kültürel Arşiv Mirasının Yönetimi ve Tapu Arşivlerinin Rolü Uluslararası Kongresi*, Kasım 2012, Bildiriler C.1, 2013, s. 146.

¹⁴³ Halil Cemaleddin / Hrand Asador, s. 478-480; Mehdi Fraşerli, s. 180, 217-219.

¹⁴⁴ Mehdi Fraşerli, s. 217-219; Halil Cemaleddin / Hrand Asador, s. 480.

¹⁴⁵ Halil Cemaleddin / Hrand Asador, s. 480-482. Protokolde açıklık olmayan söz konusu hususlar hakkında düzenlenen (H. 4 Muharrem 1308 / R. 18 Ağustos 1306) M. 20 Ağustos 1890 tarihli tezkire-i samiyenin tam metni için bkz. Halil Cemaleddin / Hrand Asador, s. 482-483.

verildiği düşünüldüğünde, bu gibi yerlerde konsolos veya tercümanın huzuruna bakılmaksızın davanın görülmesinin evleviyetle uygun olacağı belirtilmiştir. Dolayısıyla bu durumda da konsolos veya tercümanı hazır olmaksızın istinafi kabil olmak üzere bidayeten dava görülecek; istinaf incelemesinde ise konsolos ve tercümanın bulunması gerekecektir. Ancak istinaf merci olan sancak ve vilayet merkezinde de konsolos bulunmazsa, en yakın yerdeki konsolos davet edilecektir. Eğer konsolos, davete icabet ederek gelir veya tercüman gönderirse, onun huzurunda dava görülecek; kendi icabet etmez ve tercüman da göndermezse, dava gıyabında istinafen görülebilecektir. Fakat bir cinayet davası söz konusuysa, mahallinde ilk incelemesi yapıldıktan sonra doğrudan doğruya istinaf mahkemesinde görülerek karar verilmesi gerektiği belirtilmiştir.

Eğer bir ticaret davası söz konusuysa, haklarında istisnasız şekilde geçerli olan Ticaret Muhakeme Kanunu ve teamüle uygun olarak davaların görüldüğü; dolayısıyla bu davalarda eskisi gibi işlem yapılmaya devam edilmesi gerektiği ilgili tezkirede belirtilmiştir. Emlaka tasarruftan doğan davalarda ise yabancıların tabiiyetinin dikkate alınmayarak haklarında Osmanlı tebaası gibi işlem yapılması yabancıların taşınmaz edinimine dair Kanun gereğince olup, ilgili davalarda bu konunun mevzu bahis olmayacağı ifade edilmiştir.

Konsolos ikametgâhına 9 saatten uzak mesafedeki kazalarda oturan yabancılara ilişkin 1000 kuruştan fazla hukuk davalarının, emlaka ilişkin davalar gibi konsolos veya tercümanın huzuruna gerek olmaksızın bidayeten görülmesi; 10.000 kuruştan fazla hukuk davalarının görülmesi hakkında, nizamiye mahkemelerinin teşkilatına dair kanunun 25. Maddesine kıyasen liva ve vilayetten hangisinde konsolos varsa orada istinaf olunması, ilgili tezkirede belirtilmiştir.¹⁴⁶

Bir taşınmaz hakkındaki kiracılık ilişkisinin dava konusu olması halinde ise üç ihtimal söz konusudur. Birincisi, kiraya verenin Osmanlı tebaası, kiracının yabancı olması halidir. Bu durumda yabancı, taşınmaz sahibi olarak yer almadığı için ve bu yabancıların taşınmaz edinimine dair kanun öncesinde de mevcut bir ilişki olduğundan dolayı tercüman, Osmanlı mahkemelerinde görülecek bu davada hazır bulunabilecektir. İkinci ihtimal, kiraya verenin yabancı, kiracının Osmanlı olması halidir ki, bu halde yabancı taşınmaz sahibi olarak yer almaktadır. Dolayısıyla ilgili Kanun uyarınca Osmanlı tebaası gibi değerlendirilecek olup, Osmanlı mahkemelerinde görülecek bu davada tercümanın bulundurulması gerekmez. Son ihtimal, iki tarafın da yabancı olması halidir. Bu ihtimal hakkında elçiliklerle Osmanlı yetkilileri arasında görüş ayrılığı söz konusudur. Nitekim elçilikler, bu hallerde konsolosluk mahkemelerinin yetkisinin teamül gereği olduğunu iddia etmişlerdir. Ancak Osmanlı makamlarınca, Osmanlı mahkemelerinde görülmesi gereken bu davalarda, sadece kiracı sıfatıyla yer alan yabancının tercüman bulundurabileceği; taşınmaz sahibi konumundaki tarafın ise bahse konu Kanun gereğince böyle bir hakkının olmayacağı, ileri sürülmüştür.¹⁴⁷

G. Divan-ı Harb'teki Yargılamalar Sırasında Tercüman

Osmanlı ülkesindeki yabancıların yargılamalarında tercümanın huzuruna ilişkin kapitülasyonlardaki hükümler, esasında genel mahkemelere ilişkin olup istisnai mahkemeler için

¹⁴⁶ BOA. MV. 56/26, (H. 24 Zilhicce 1307/ R. 28 Temmuz 1306) M. 9 Ağustos 1890 tarihli Meclis-i Vükela Kararı.

¹⁴⁷ Mehdi Fraşerli, s. 224-226; Bu konuya ilişkin Adliye Nezareti tarafından (H. 17 Zilkade 1297/ R. 9 Teşrinievvel 1296) M. 21 Ekim 1880 tarihinde bir genelge de yayınlanmıştır. Ceride-i Mehakim, S. 68, s. 539.

öngörülmemiştir. Ancak uygulamada tercümanlar, Divan-ı Harb gibi istisnai mahkemelerin yargılamasına dahi katılabilmişlerdir.¹⁴⁸ Hatta Divan-ı Harb'te yargılanan kişi Osmanlı tebaası olmasına karşın, yabancıların siyasi şartların sağladığı elverişli ortamdan istifade ederek bu davalarda da tercümanın bulunması konusunda ısrar etmeleri üzerine taleplerinin kabul edildiği görülmektedir.¹⁴⁹

Bu konuda bazı kaynaklarda, Rusya ile yapılan 93 Harbi'nde Bab-ı Âli'nin, konsolosluğa bilgi verilmek ve yabancıların sanık sıfatında bulunması haliyle sınırlı olmak üzere Divan-ı Harb'lerin tercüman huzurunda yabancılar karşı da hüküm verme yetkisini kabul ettiği ileri sürülmüştür. Yabancıların şikâyetçi konumunda olduğu durumlarda ise tercüman huzuruna yer olmadığı belirtilmiştir. Fakat bu duruma elçiliklerin itirazı üzerine, uygulamada yabancıların ne şekilde alakadar olursa olsun tercümanın hazır olduğuna dair örneklerin bulunduğu ifade edilmiştir.¹⁵⁰

SONUÇ

Günümüzde adil yargılanma hakkı kapsamında muhakeme hukukuna ilişkin güvencelerden biri olan tercümandan yararlanma hakkı, İslam ve Osmanlı hukukunda, temelde farklı kaynaklardan hareket edilerek benzer kapsamda değerlendirilmiş ve benimsenmiştir. Bu anlayışın bir uzantısı şeklinde, yabancıların Osmanlı mahkemelerinde yargılanmaları esnasında, mensup oldukları elçilik veya konsolosluk tercümanlarının hazır bulunmasına dair hükümler de kapitülasyonlarda erken devirlerden itibaren karşımıza çıkmaktadır.

Yabancı devletler, Osmanlı Devleti'ndeki elçilik ve konsolosluklarında görev yapan tercümanları hiçbir zaman sadece bir çevirmen olarak görmemiş; kapitülasyonların sağladığı koşullar altında, özellikle Osmanlı yargı örgütü içinde kendi uyruklarının korunması bakımından onlara büyük değer atfetmiştir. Bu sebeple tercümanların Osmanlı hukukunu, teamüllerini ve adli teşkilatın işleyişini çok iyi bilmeleri beklenmiştir.

Osmanlı Devleti, Avrupa'daki örneklerine uygun olarak gerçekleştirdiği yargı reformlarıyla kanunlarını ve adli teşkilatını modernize ettikçe, kendisi için ağır bir yük teşkil eden kapitülasyonlardan kurtulma isteğini her vesilede ortaya koymuştur. Ancak Devlet'in bu çabaları hiçbir zaman yeterli görülmemiş, yabancıların yargılanmalarına dair kapitülasyon hükümleri ve özellikle bu konuda yorum yoluyla son derece geniş nitelikte değerlendirilen tercümanların konumu, Osmanlı adalet örgütünde var olan sıkıntıların başlıca güvencesi ve siyasi çıkarların temininde etkin

¹⁴⁸ Konan, *Yabancıların Hukuki Statüsü*, s. 207-208.

¹⁴⁹ Bu durumu üstün olana göre hüküm verilmesine (el-hüküm-i li-men-i galeb) bir örnek olarak gören Mehdi Fraşerli, bu konuya ilişkin Ermeni olayları sırasında yaşanan bir durumu örnek gösterir: Olaylar esnasında Halep'teki Katolik Kilisesi ruhbanından bir rahip de kargaşada katledilerek cesedi yakılmıştır. Esasında bu rahip İtalyan olmasına karşın Katolik yabancıların himayesinin Fransa'ya ait olması dolayısıyla Fransa hükümeti, suça kalkışan kişinin cezalandırılmasını ısrarla talep ederek Miralay Mahzar Bey'i zanlı olarak göstermiştir. Osmanlı hükümeti burada Mahzar Bey'i zanlı olarak kabul etmese de ısrar üzerine sorguya almıştır. Fransa hükümeti bununla yetinmeyerek Mahzar Bey'in Divan-ı Harb'teki sorgu ve yargılaması sırasında da tercüman bulundurmaya talep etmiştir. Bu durum kapitülasyonlarda yer almamasına rağmen, Divan-ı Harb'in devlet katında askeri kuvvete mahsus bir olağanüstü mahkeme olduğu dikkate alındığında, söz konusu talebin son derece uygunsuz olduğu savunulmuştur. Ancak zamanın ve siyasi dengelerin hassasiyeti sebebiyle buna müsaade edilmek durumunda kalındığı belirtilmiştir. Mehdi Fraşerli, s. 181.

¹⁵⁰ Cemaleddin -/Asador, s. 473-474.

bir araç olarak görülmüştür.

Kapitülasyon hükümlerinde tercümanın ifa etmesi gereken fonksiyonun kapsamı ve sınırlarının net olarak ifade edilmemesi dolayısıyla Osmanlı hükümeti ile yabancı devletlerin temsilcilikleri arasında görüş ayrılıkları ve tartışmalar meydana gelmiştir. İngiltere temsilciliğindeki “son dragoman”¹⁵¹ Andrew Ryan da bu konuya işaret etmiş; meselenin büyük ölçüde 1675 tarihli kapitülasyonun Türkçe metninde yer alan kelimelerin yorumuna dayandığını belirtmiştir. Bu tartışmada Osmanlı tarafı tercümanı, sadece kanunlara ve muhakeme usulüne riayet edilmesini temin için basiretli bir kontrolör ve resmi bir gözlemci olarak görürken; İngiliz tezi, ceza davaları söz konusu olduğunda bir nevi hâkim konumuna varan değerlendirmelerde bulunmuştur. İki tarafın kesin bir tavır sergilediğini belirten Ryan, böyle bir sorun üzerinde anlaşma sağlamanın da ne kadar güç olduğuna vurgu yapmaktadır. Nitekim tercümanlara ve genel olarak kapitülasyonlara dair Ryan’ın şu gözlemi, durumu çok net bir şekilde ortaya koymaktadır: *“Bize göre en küçük olaylarda bile vatandaşlarımızın ayrıcalıklarını korumaları, güvenlikleri açısından son derece önemliydi. Türklerin o dönemde bile yargı sistemini yabancı güçlerle paylaşmanın sonucunda ulusal egemenliklerinin kısıtlanması nedeniyle özsaygıları derin bir yara almıştı. Kapitülasyonlar gerçekten de herhangi bir yönü üzerinden anlaşma sağlanmasının pek beklenemeyeceği bir yapıdaydı.”*¹⁵²

Sonuç olarak, tercümanların mahkemelerdeki hâkim konumuna varan genişletilmiş fonksiyonları konusunda Osmanlı Devleti, görüşünde kesin bir tavır sergileyerek karşı durmaya çalışsa da uygulamada siyasi şartlar ve ilişkilerin hassasiyeti çerçevesinde her zaman başarı sağlanamamış; çoğunlukla meseleler, tercümanların itirazı üzerine diplomasi aracılığıyla bir neticeye bağlanabilmiştir. Fakat bu durum, davaların uzamasına, hak kayıplarına ve mağduriyetlere yol açmakla birlikte, Osmanlı mahkemelerinin bağımsızlığına ve devletin egemenlik yetkisine de önemli bir müdahale teşkil etmiştir. Bu konu, Ryan’ın ifade ettiği gibi özsaygısı derin bir yara alan Osmanlı’nın, kapitülasyon zincirinden kesin olarak kurtulması gereğini bir kez daha idrak etmesini sağlamıştır.

KAYNAKÇA

ARŞİV BELGELERİ

Cumhurbaşkanlığı Devlet Arşivleri Başkanlığı Osmanlı Arşivi (BOA)*

HR. TH. 21/68

HR. TH. 74/49

HR. TH. 384/56

¹⁵¹ Dragoman unvanı, 1923’te Lozan Barış Antlaşması’nda kapitülasyonların kaldırıldığının kabulüyle tarihe karışmış olup; Andrew Ryan, İngiliz elçiliğinde resmi olarak bu unvana sahip son kişidir. Bu tarihten sonra da İngiliz elçiliğinde konsolosluk memurları, uzman olarak görev yapmış; ancak atamaları ve işlevleri yeni koşullara uyarlanmıştır. Ryan, s. 4.

¹⁵² Ryan, s. 21-22.

* Kullanılan belgelerin tarih ve ilgileri metin içinde belirtilmiştir.

HR. İD. 2036/19

MV. 56/26

ŞD. 2542/15

İngiltere Devlet Arşivi (PRO)*

FO. 424/159

KİTAP ve MAKALELER

Ali Haydar Efendi. *Şerhu Mecelleti'l Ahkâm C. IV.* Çev. Raşit Gündoğdu / Osman Erdem, Gül Neşriyat, İstanbul, 2006.

Altuğ, Yılmaz. *Yabancıların Hukuki Durumu.* İsmail AKGÜN Matbaası, İstanbul, 1963.

Altuğ, Yılmaz. *Yabancıların Arazi İktibas Meselesi.* 3. Baskı, İstanbul Üniversitesi Yayınları, No.1424, İstanbul, 1969.

Akay, Tolga. “Osmanlı Devleti’nde Marka Hukukunun Gelişimi.” *TBB Dergisi*, S. 126, 2016, s. 363-392.

Akyılmaz, S. Gül. “Cumhuriyet Öncesi Dönemde Yabancıların Taşınmaz Edinimiyle İlgili Düzenlemelerin Gerekçeleri, Kapsamları ve Uygulamaların İncelenmesi: Hukuk Tarihi Yönünden Değerlendirme.” *Türkiye’de Tarihsel Gelişim Süreci İçinde Yabancıların Taşınmaz Edinimlerinin Analizi, TÜBİTAK, Türkiye’de Taşınmaz Edinimi ve Etkilerinin Değerlendirilmesi Projesi*, s. 33-73.

Akyılmaz, Gül. *Siyasi Tarih.* Güncellenmiş ve Genişletilmiş 3. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2022.

Atasoy, Abdussamed. “1879 Usûl-i Muhâkemât-ı Cezaiye Kanunu ve Temyiz Mahkemesi Kararları Kapsamında Osmanlı Hukukunda Tercüman.” *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 8, S. 1, 2025, s. 157-173.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Adil Yargılanma İlkesi Işığında Hukuk Devleti ve Yargı Reformu. TÜSİAD, Aralık 2003.

Aydın, Mehmet Akif. “Mahkeme.” *TDVİA*, C. 27, Ankara, 2003, s. 341-344.

Bağış, Ali İhsan. *Osmanlı Ticaretinde Gayrimüslimler, Kapitülasyonlar - Beratlı Tüccarlar - Avrupa ve Hayriye Tüccarları (1750-1839).* Turhan Kitabevi, Ankara, 1983.

Balcı, Sezai. *Babîâli Tercüme Odası.* 1. Baskı, Libra Yayınları, İstanbul, Aralık 2013.

* Kullanılan belgelerin tarih ve ilgileri metin içinde belirtilmiştir.

** Dipnotlarda verilen tarihlerde, Türk Tarih Kurumu, Tarih Çevirme Klavuzu’ndan yararlanılmıştır.

- Baskıcı, Murat. “Lozan Barış Anlaşmasının Ekonomik ve Mali Hükümleri.” *Yaşayan Lozan*, Ed. Çağrı Erhan, T.C. Turizm ve Kültür Bakanlığı Yayınları, Ankara, 2003.
- Boogert, Maurits H. Van den. *Kapitülasyonlar ve Osmanlı Hukuk Sistemi, 18. Yüzyılda Kadılar, Konsoloslar ve Beratlılar*. Çev. Ali Coşkun Tuncer, 1. Basım, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, Ocak 2014.
- Bozkurt, Gülnihal. *Azınlık İmtiyazları - Kapitülasyonlardan Tek Hukuk Sistemine Geçiş*. Atatürk Kültür, Dil, Tarih Yüksek Kurumu, Atatürk Araştırma Merkezi, Ankara, 1998.
- Bozkurt, Gülnihal. *Batı Hukukunun Türkiye’de Benimsenmesi - Osmanlı Devleti’nden Türkiye Cumhuriyeti’ne Resepsiyon Süreci (1839-139)*. 3. Baskı, Türk Tarih Kurumu, Ankara, 2020.
- Bozkurt, Nebi. “Tercüman.” *TDVİA*, C. 40, İstanbul, 2011, s. 489-490.
- Collas, Bernard Camille. *1864’te Türkiye, Tanzimat Sonrası Düzenlemeler ve Kapitülasyonların Tam Metni*. Çev. Teoman Tunçdoğan, Bileşim Yayınları, İstanbul, Ekim 2005.
- Çiçek, Kemal. “Osmanlı Devleti’nde Yabancı Konsolosluk Tercümanları.” *Kıbrıs’tan Kafkasya’ya Osmanlı Dünyasında Siyaset, Adalet ve Raiyyet*, Ed. Kemal Çiçek - Abdullah Saydam, Derya Kitabevi, Trabzon, 1998, s. 172-183.
- Demiryürek, Mehmet. “İngiltere Tercümanları ve 1758 Tercüman Reformu.” *Belleten*, C. LXXX, S. 288, Ağustos 2016, Ankara, s.439-482.
- Develioğlu, Ferit. *Osmanlıca - Türkçe Ansiklopedik Lûgat*. 31. Baskı, Aydın Kitabevi Yayınları, Ankara, 2015.
- Ekinci, Ekrem Buğra. *Osmanlı Mahkemeleri (Tanzimat ve Sonrası)*. Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Arı Sanat Yayınları, İstanbul, 2017.
- Gayretli, Mehmet. *Tanzimat’tan Cumhuriyet’e Kanunlaştırma Çalışmaları*. 1. Baskı, Nizamiye Akademi, İstanbul, 2015.
- Gökbilgin, M. Tayyip. “Konsolos.” *İslam Ansiklopedisi*, C. 6, Milli Eğitim Basımevi, İstanbul, 1977, s. 836-841.
- Halil Cemaleddin / Hrand Asador. *Ecanibin Memaliki-i Osmaniyyede Haiz Oldukları İmtiyazat-ı Adliye*. Hukuk Matbaası, Dersaadet, 1331.
- Hertslet, Edward. *Treaties and Tariffs Regulating The Trade Between Great Britain and Foreign Nations*. Harrison and Sons, London, 1875.
- İlhan, Cengiz. *Günümüz Türkçe’siyle Mecelle (Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye)*. 2. Tıpkı Basım, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.
- İnan, Kenan. “Osmanlı Döneminde Yabancı Elçilik ve Konsolosluklarda Görevli Tercümanlarının Statüleri.” *Tarih ve Toplum*, C. 26, S. 154, Ekim 1996, s. 196-201.

- İnceoğlu, Sibel. *Adil Yargılanma Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi* – 4. Avrupa Konseyi, Nisan 2018.
- İpşirli, Mehmet. “Elçi.” *TDVİA*, C. 11, 1995, s. 3-15.
- Karakoç, İrem. “Osmanlı Hukuku’nda Elçilik Tercümanlığından Yabancı Devlet Mahmîliği ve Vatandaşlığına: Hukukun Araçlaştırılmasının Örnekleri.” *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 7, S. 1, 2024, s. 128-150.
- Karal Akgün, Seçil - Kulu, M. Mustafa. “İngiltere Devlet Arşiv Belgeleri Işığında 19. Yüzyıl Sonunda İstanbul’da İngiltere Büyükelçiliğinde Dragomanlar.” *XV. Türk Tarih Kongresi*, IV. Cilt, III. Kısım, 11-15 Ağustos 2006, s. 1857-1870.
- Kaşıkar, M. Serhat. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Âdil Yargılanma Hakkı ve Türkiye*. Adalet Yayınevi, Ankara, 2009.
- Kılıç, Ali Şahin. “Tercümandan Faydalanma Hakkı Çerçevesinde Sanığın Seçtiği Dilde Savunma Yapması Üzerine Bir Değerlendirme.” *AÜHFD*, S. 65, 2016, s. 2101-2131.
- Kocabaşoğlu, Uygur. *Majestelerinin Konsolosları, İngiliz Belgeleriyle Osmanlı İmparatorluğu’ndaki İngiliz Konsoloslukları (1580-1900)*. 1. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2004.
- Konan, Belkıs. “Osmanlı Devleti’nde Protégé (Koruma) Sistemi.” *AÜHFD*, C. 58, S. 1, 2009, s. 169-188.
- Konan, Belkıs. *Osmanlı Devleti’nde Yabancıların Hukuki Statüsü*. Irmak Yayıncılık, Ankara, 2010.
- Konan, Belkıs. “1915 Tarihli ‘Memalik-i Osmaniye’de Bulunan Ecnebilerin Hukuk ve Vezaiifi Hakkında Kanun-ı Muvakkat’a Göre Yabancıların Osmanlı Devletinde Hukuki Durumunun Değerlendirilmesi.” *I. Türk Hukuk Tarihi Kongresi*, Ed. Fethi Gedikli, 21-22 Aralık 2012, 1. Baskı, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2014, s. 225-245.
- Konan, Belkıs. “İstımlak Kanunu Öncesi ve Sonrasında Yabancıların Osmanlı Devleti’nde Taşınmaz Mal Mülkiyeti Edinme Hakkı.” *Osmanlı Coğrafyası Kültürel Arşiv Mirasının Yönetimi ve Tapu Arşivlerinin Rolü Uluslararası Kongresi*, Kasım 2012, Bildiriler C.1, 2013, s. 139-148.
- Köse, Üzeyir. “Tercümanlık ve İslam Muhakeme Hukukundaki Rolü.” *Rize İlahiyat Dergisi*, S. 25, 2023, s. 45-59.
- Kurdakul, Necdet. *Osmanlı Devleti’nde Ticaret Antlaşmaları ve Kapitülasyonlar*. 1. Baskı, Döner Neşriyat, İstanbul, 1981.
- Kütükoğlu, Mübahat. “Ahidnâme.” *TDVİA*, C. 1, 1988, s. 536-540.
- Lewis, Bernard. *Babil’den Dragomanlara*. 1. Basım, Kapı Yayınları, İstanbul, Ocak 2008.
- Mehdî Fraşerli. *Osmanlı Devleti’nde Kapitülasyonların Uygulanışı (İmtiyâzât-ı Ecnebiyyenin Tatbikât-ı Hâzırası)*. Yay. Haz. Fahrettin Tızlak, Fakülte Kitabevi, Isparta, 2008.

- Meriç, M. Cemil. *Hukuku Düvel, II. Kitap: Devletler Arasında Münasebat Devlet Reisleri, Hariciye Vekilleri, Elçiler, Konsoloslar*. Ankara Hukuk Fakültesi Neşriyatı, İstanbul, 1934.
- Okiç, M. Tayyip. “Hadiste Tercüman.” *AÜİFD*, C. 14, 1966, s. 27-52.
- Orhonlu, Cengiz. “Tercüman.” *İslam Ansiklopedisi*, C. 12/I, 2. Baskı, Milli Eğitim Basımevi, İstanbul, 1979.
- Ökçün, A. Gündüz. “Kapitülasyonlar Hakkında Bab-ı Âli’nin Sefaretlere Gönderdiği 7 Temmuz 1867 Tarihli Muhtıra.” *AÜSBFD*, C. 22, S. 3, 1967, s. 139-151.
- Örsten Esirgen, Seda. “Tanzimat’tan Cumhuriyet’e Türk Hukukunda Kanunlaştırma Hareketleri.” *Adalet Dergisi (Türk Hukuk Tarihi Özel Sayısı)*, S. 62-63, 2019, s. 429-480.
- Ryan, Andrew. *Sonuncu Dragoman*. Çev. Berilgen Cenkçiler, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara, 2015.
- Savaş, Ali İbrahim. “Konsolos.” *TDVİA*, C. 26, 2002, s. 178-180.
- Tezcan, Durmuş. “Tercümandan Yararlanma Hakkı.” *AÜSBFD*, C. 52, S. 1, 1997, s. 693-700.
- Ünal Özkorkut, Nevin. “Kapitülasyonların Osmanlı Devleti’nin Yargı Yetkisine Getirdiği Kısıtlamalar.” *AÜHFD*, C. 53, S. 2, 2004, s. 83-94.
- Yazar, Hakan. “Osmanlı İmparatorluğu’nda İngiliz Konsoloslar, Tercümanlar ve Tüccarlar: Hukuki Statüleri Üzerine Bir İnceleme, 1700-1750.” *Türkiye Cumhuriyeti’nin 100. Yılında Prof. Dr. Zeki ARIKAN’ın Anısına Tarih Tasarımları*, Ed. Prof. Dr. Mehmet Demiryürek / Dr. Fatma Akın / Hakan Yazar, 1. Baskı, İdeal Kültür Yayıncılık, İstanbul, 2023.

Zamanaşımına Uğramış Kambiyo Senedinin Hukuki Niteliği

Sefa ER ^{1*} 

¹Hitit Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Türkiye

Makale Bilgisi	ÖZET
Makale Geçmişi Geliş: 17.03.2025 Kabul: 27.06.2025 Yayın: 29.06.2025 Anahtar Kelimeleri: Zamanaşımının Etkisi, Soyutluk İlkesi, Zamanaşımına Uğramış Kambiyo Senedi, Delil Başlangıcı, Eksik Unsurlu Kambiyo Senedi.	Kambiyo senetleri genellikle temel ilişki kapsamındaki borcun ifası uğruna düzenlenmektedir. Bu durumda temel ilişkiden doğan borç sona ermeyeceği için biri temel ilişkiden kaynaklanan, diğeri kambiyo ilişkisinden kaynaklanan birbirinden bağımsız iki farklı alacak hakkı ortaya çıkmaktadır. Kambiyo senedinin vadesi gelince alacaklı temel ilişkideki dava sebebini ileri sürerek temel ilişkiye de dayanabilecek ise de genellikle kambiyo ilişkisindeki dava sebebini ileri sürerek kambiyo hukukuna dayanarak talepte bulunmaktadır. Öte yandan alacaklı tarafından kambiyo hukukuna dayanarak talepte bulunulmadığı durumda temel ilişkideki dava sebebi ileri sürülerek borçludan talepte bulunulması mümkündür. Özellikle kambiyo senedinin zamanaşımına uğraması üzerine alacaklı tarafından temel ilişkiye dayalı olarak talepte bulunulduğu durumda, alacaklının elinde bulunan kambiyo senedinin temel ilişkinin ispatı bakımından hangi niteliğe sahip olduğu hususu önemli bir tartışma olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu çalışmada zamanaşımına uğramış kambiyo senedinin kambiyo vasfını kaybedip kaybetmeyeceği, alacaklı tarafından temel ilişki kapsamında talepte bulunulduğu durumda bu senedin temel ilişkideki hukuki niteliğinin ne olacağı irdelenmeye çalışılmıştır.

Legal Nature of a Bill of Exchange That Has Become Time-Barred

Article Info	ABSTRACT
Article History Received: 17.03.2025 Accepted: 27.06.2025 Published: 29.06.2025 Keywords: Effect of Limitation, Principle of Abstractness, Time-Barred Bill of Exchange, Initiation of Evidence, Bill of Exchange with Missing Elements.	Bills of exchange are generally issued for the purpose of fulfilling the debt under the underlying relationship. In this case, two independent claims arise: one arising from the basic relationship, the other arising from the exchange relationship. When the bill of exchange matures, a claim can be made by asserting the cause of action in the basic relationship or in the exchange relationship. In particular, if the bill of exchange is time-barred, the claim must be made based on the underlying relationship, since the bill of exchange cannot be relied upon. In this case, it should be discussed what legal status the time-barred bill of exchange has in terms of proving the underlying relationship. In this study, it has been attempted to examine whether a bill of exchange that has become time-barred will lose its bill of exchange status and what the legal nature of this bill of exchange will be in the case of a request made within the scope of the basic relationship.

To cite this article:

Er, S. (2025). “Zamanaşımına Uğramış Kambiyo Senedinin Hukuki Niteliği”, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 8(1), s. 436-465.



This article is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License (CC BY-NC 4.0)

<https://doi.org/10.51120/NEUHFD.2025.159>.

*Sorumlu Yazar: Sefa ER, sefaer@hotmail.com

GİRİŞ

Kambiyo senetleri Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK) “Kıymetli Evrak” başlıklı üçüncü kitabının dördüncü kısmında 670 ilâ 823. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Türk hukukunda olduğu gibi karşılaştırmalı hukukta da kambiyo senetlerine ilişkin düzenlemeler yapılırken bu senetlerin tedavül kabiliyetini oldukça kolaylaştırmak amaçlanmış; ayrıca kamu güvenliğine sahip olması dolayısıyla sıkı şekil şartları getirilmiştir¹.

Kambiyo senetlerinin tâbi olduğu sıkı şekil şartlarının karşılığı olarak kambiyo senedi hamili, bu senetten kaynaklanan alacağını ispat soyutluğu sayesinde daha çabuk elde edebilme imkânına sahip olmaktadır². Gerçekten de bir kambiyo senedi hamili öncelikle kambiyo hukuku kapsamında alacağını, ispat soyutluğundan yararlanarak, alacağın varlığını ispat etmeden senedi ibraz etmek suretiyle, asli borçludan talep edebilecek; tahsil edemezse varsa başvuru borçlularına da başvurabilecektir³. Alacaklı tarafından kambiyo hukukuna dayanılarak talepte bulunulduğu durumda kanunda öngörülen zamanaşımı süresinin geçmesi ve borçlunun da zamanaşımı def'inde bulunması halinde alacaklı, artık kambiyo hukukuna dayanamayacak; sadece ya TTK'nın 732. maddesi gereğince sebepsiz zenginleşme sebebini ya da kendi âkîdiyle olan temel ilişkideki dava sebebini ileri sürerek talepte bulunabilecektir⁴. Böyle bir durumda alacaklının elinde bulunan ve birden çok kambiyo ilişkisini kapsayan kambiyo senedinin kambiyo vasfını kaybedip kaybetmeyeceği hususu ile bu senedin temel ilişkiye dayanan taleplerdeki rolünün açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Bu husus Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulunun 25.12.2019 tarihli ve 2019/1 Esas, 2019/8 Karar sayılı kararı⁵ ile daha bir önemli hale gelmiştir.

Zamanaşımına uğramış kambiyo senetlerinin hukuki niteliği hakkında öğreti ve uygulamada farklı değerlendirmeler söz konusudur. Özellikle zamanaşımı def'inin ileri sürülmesinin senedin kambiyo vasfı üzerindeki etkisi ve zamanaşımına uğramış kambiyo senedinin temel ilişkiye dayanan

¹ Ebenroth, Carsten Thomas/ Boujong, Karlheinz. *Handelsgesetzbuch*, Hrsg. Detlev Joost vd, 5. Auflage, C.H.Beck, München, 2024, (Kap. 3. Teil 1. B. II.), Rn. 26; Baumbach, Adolf/ Hefermehl, Wolfgang/ Casper, Matthias. *Wechselgesetz, Scheckgesetz, Recht des Zahlungsverkehrs*. 24. Auflage, C.H.Beck, München, 2020, (WG Art. 1), Rn. 4.

² Pulaşlı, Hasan. *Kıymetli Evrak Hukuku*. 10. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023, s. 50; Öztan, Fırat. *Kıymetli Evrak Hukuku*. 2. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 1997, s. 373.

³ Karlı, Özlem. *Sebebi Gösterilmeyen Borç Tanınması*. 1. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008, s. 74; Pulaşlı, s. 50; Öztan, s. 373.

⁴ Kendigelen, Abuzer/ İsmail Kırca. *Kıymetli Evrak Hukuku Genel Esaslar Kambiyo Senetleri*. 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 270; Bozer, Ali/ Göle, Celal. *Kıymetli Evrak Hukuku*. 11. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2024, s. 69; Kınacıoğlu, Naci. *Kıymetli Evrak Hukuku*. 5. Baskı, Nobel Yayınları, Ankara 1999, s. 288; Pulaşlı, s. 242; Ebenroth/ Boujong, Kap. 3. Teil 1. B. II, Rn. 75; Baumbach/ Hefermehl/ Casper, WG Art. 70, Rn. 4.

⁵ RG. 14.07.2020- 31185.

taleplerde delil niteliği hususlarında farklı düşünceler mevcuttur⁶.

Bu çalışmada kambiyo vasfından hareket edilerek zamanaşımına uğramış kambiyo senedinin kambiyo vasfını kaybedip kaybetmeyeceği, alacaklı tarafından kendi akidiyle olan temel ilişki kapsamında talepte bulunulduğu durumda bu senedin temel ilişkideki hukuki niteliğinin ne olacağı irdelenmeye çalışılmıştır. Zira kambiyo senedi alacaklısının temel ilişki kapsamında ileri sürebileceği hakların doğru tespit edilebilmesi için temel ilişki kapsamında düzenlenen kambiyo senedinin bu ilişki üzerinde ne gibi etkisinin olduğu tartışılması gereken bir husustur.

I. KAMBIYO SENETLERİNİN TEMEL İLİŞKİYLE OLAN MÜNASEBETİ

A. Genel Olarak

Kambiyo senetleri, esas itibariyle mevcut bir borcun ifası amacıyla düzenlenmektedir. Temel ilişki kapsamındaki borcun ifasının kambiyo senedi ile yapılacağına dair sözleşmeye dayanılarak kambiyo senedinin verilmesi ile taraflar arasında ayrıca kambiyo ilişkisi meydana gelmektedir⁷. Bu kambiyo ilişkisi kapsamında sorumluluk altına giren kişiler ise kambiyo taahhüdünde bulunmuş olmaktadır. Bu itibarla her kambiyo ilişkisiyle birlikte bir kambiyo taahhüdü ortaya çıkmakta ve bu taahhüdünün altında mutlaka bir temel ilişki bulunmaktadır. Hatta kambiyo taahhüdünün altında borç ilişkisinden ziyade hatır ilişkisi bulunsada yine bir temel ilişki söz konusu olmaktadır⁸. Dolayısıyla kambiyo senedinin düzenlenmesi, temel bir ilişkiden kaynaklanmakta olup kambiyo taahhüdüyle birlikte temel ilişkideki alacak hakkından bağımsız kambiyo alacağı olarak ifade edilen yeni bir alacak doğmaktadır⁹.

Bir temel ilişkide borcun ifası amacıyla kambiyo senedi düzenlemesi ile ortaya çıkan kambiyo ilişkisi, temel ilişki ile paralel ancak ondan bağımsız ayrı bir hukuki ilişkiyi ifade etmektedir¹⁰. Her

⁶ Alman hukukunda Türk hukukundan farklı olarak zamanaşımına uğramış kambiyo senedinin hukuki niteliği tartışmalı değildir. Bunun sebebi Alman hukukunda senetle ispatın farklı şekilde düzenlenmiş olmasıdır. Zira Türk hukukunda bir belgenin senet olarak kabul edilebilmesi için belirli özelliklerin bulunması gerekirken, Alman hukukunda bir düşüncenin yazılı hale gelmesi, bu belgenin, mahkeme önünde senet olarak ileri sürülmesi için yeterlidir. Ayrıca Türk hukukundan farklı olarak bu belgenin imzalanması şart olmadığı gibi herhangi bir hukuki işlem hakkında bilgi vermesi de gerekmemektedir. Bununla birlikte Alman hukukunda senet, kesin delil olarak öngörülmediği için senede karşı senetle ispat zorunluluğu da bulunmamaktadır. Dolayısıyla hâkim, kararına etki edebilecek tüm delilleri herhangi bir bağlayıcılık altında olmadan, takdir hakkı çerçevesinde serbestçe değerlendirebilecek; bir senede karşı, tanık ifadelerine de başvurabilecektir. Bkz. Schreiber, Klaus. *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung: ZPO, Band 2: §§ 355-945b*. 6. Auflage, C.H.Beck, München, 2020. (ZPO § 415), Rn. 1-28.

⁷ Ülgen, Hüseyin, vd. *Kıymetli Evrak Hukuku*. 13. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2021, s. 94; Okan, Ali Arman. “Kambiyo Senetlerinde Zamanaşımı ve Sonuçları.” *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 50, S. 9-10, 1976, s. 57.

⁸ Poroy, Reha/ Tekinalp, Ünal. *Kıymetli Evrak Hukuku Esasları*. 24. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2021, s. 275; Kınacıoğlu, s. 286; Ülgen, s. 94. Öztan, s. 376.

⁹ Serozan, Rona/ Baysal, Başak/ Sanlı, Kerem. *Serozan Borçlar Hukuku Genel Bölüm*. 8. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022, s. 36; Demirayak Ünal, Ezgi Başak. “Zamanaşımına Uğrayan Kambiyo Senedinin Temel Borç İlişkisine Dayalı Dava ve Takiplerdeki Rolü.” *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 16, S. 199-200, 2021, s. 558; Kaya, Sedat. “Zamanaşımına Uğramış Bonodaki Temerrüdün YİBHKG Kararı Işığında Değerlendirilmesi.” *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, C. 13, S. 52, 2022, s. 414.

¹⁰ Ebenroth/ Boujong, Kap. 3. Teil 1. B. II, Rn. 75; Baumbach/ Hefermehl/ Casper, WG Art. 70, Rn. 7; Serozan/ Baysal/ Sanlı, s. 36; Demirayak Ünal, s. 558; Kaya, s. 414.

ne kadar temel ilişki ve kambiyo ilişkisi birbirinden bağımsız olsa da kambiyo senedinin temel ilişki kapsamındaki mevcut bir borcun ifası amacıyla düzenlenmesi sebebiyle bu iki ilişki etkileşim halinde bulunmaktadır¹¹. Bu etkileşimin bir sonucu olarak kambiyo senedinin düzenlenmesi ile birlikte ifa amacının özel türlerinden olan ifa yerine edim veya ifa uğruna edim kavramları söz konusu olmaktadır¹².

B. İfa Yerine Edim

İfa yerine edim, temel ilişki kapsamındaki borcun, borçlanılan edimden başka bir edim ile sona erdirilmesini ifade etmektedir¹³. Başka bir deyişle ifa yerine edim, tarafların ifa zamanında veya öncesinde borçlanılan edimden başka bir edim ile borcun ödenmesine dayanmaktadır. İfa yerine edimde yenilemede olduğu gibi borçlunun yeni bir borç altına girmesi söz konusu değildir¹⁴. Zira burada yenilemenin aksine yeni bir borç kurulmamakta, sadece borcun konusu değişmektedir¹⁵. Örneğin bir kişi borcuna karşılık evinin mülkiyetini alacaklıya devrederse alacaklı tatmin edilmiş ve borçlu borcundan kurtulmuş olur; evin değerinin borcu karşılayıp karşılamamasının bir anlamı yoktur. Aynı şekilde kambiyo senedinin ifa yerine düzenlenmiş olması durumunda da temel ilişkiden kaynaklanan borç sona ermekte; bu borcun yerine kambiyo taahhüdü geçmektedir¹⁶. İfa yerine düzenlenen kambiyo senedindeki kambiyo taahhüdünün yerine getirilmesi ile ifanın bütün sonuçları ortaya çıkmakta ve borç sona ermektedir¹⁷. Ancak kambiyo taahhüdü yerine getirilmez ise, temel ilişkiden doğan borç sona erdiği için, alacaklı artık temel ilişkiye dayanarak talepte bulunamamaktadır¹⁸.

¹¹ Uyar, Talih. “Müruruzamana Uğrayan Kambiyo Senetlerinin Akibeti.” *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 45, S. 1-2 1971, s. 15; Öztan, s. 380

¹² Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. 27. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 1031; Oğuzman, M. Kemal/ Öz, M. Turgut. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. I*. 22. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2024, s. 272; Cemal, Ahmet. “Edime Uygun İfa Kuralının Bir İstisnası Olarak İfa Uğruna Edim.” *İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 3, S. 5, 1969, s. 240; Bozer/ Göle, s. 68.

¹³ Serozan, Rona, vd. *Borçlar Hukuku Genel Hüküm C. 3, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme*. 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016, s. 91; Öztan, s. 381; Oğuzman/Öz, s. 274.

¹⁴ Önay, Işık. *Yenileme*, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 219; Güler Özer, Zeynep. *İfa Yerine Edim, İfa Uğruna Edim*. İstanbul Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Doktora Tezi, 2025, s. 35; Serozan, s. 91; Öztan, s. 381; Eren, s. 944.

¹⁵ Balcı, Betül. *İfa Uğruna Edim*. 1. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2024, s. 58; Eren, s. 944; Önay, 219; Serozan, s. 91.

¹⁶ Y. 11. HD., E. 2023/4188, K. 2024/3777, T. 09.05.2024 (ET: 12.02.2025, www.lexpera.com.tr.) “...Dava konusu bonoların dayanağı olan temel ilişki taraflar arasındaki 25.10.2002 tarihli protokole dayanmaktadır. Söz konusu protokolde Gaziosmanpaşa 3. Asliye Hukuk Mahkemesinin 1998/1120 E. sayılı dosyası taraflarının protokolde belirtilen şartlarda anlaştıkları belirtilmiş, davalının borcunun 250.000.000,00 TL (İki Yüz Elli Milyar Türk Lirası) olarak belirlenmiştir. Protokol ile birlikte temel ilişkiye dayalı borç, dava konusu bonolara bağlanarak söz konusu Gaziosmanpaşa 3. Asliye Hukuk Mahkemesinin 1998/1120 E. sayılı dosyasından vazgeçme ya da feragat şartı öngörülmezsizin yenilenmiştir. Mahkemece söz konusu protokolle taraflar arasındaki borcun bağımsız bir borç haline geldiği gözetilmeksizin asıl dava davacısı tarafından dava konusu protokolün ihlal edilmesi sebebiyle dava konusu bonoların bedelsiz kaldığı gerekçesiyle asıl davanın reddine karar verilmesi doğru görülmemiş, kararın bu nedenle bozulmasına karar vermek gerekmiştir...”

¹⁷ Tekinay, Selahattin Sulhi, vd. *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993, s. 762; Serozan, s. 92; Öztan, s. 381; Oğuzman/Öz, s. 276; Önay, s. 220; Eren, s. 944; Güler Özer, s. 83.

¹⁸ Tekinay, s. 762; Cemal, s. 245; Önay, s. 222; Eren, s. 944.

C. İfa Uğruna Edim

İfa uğruna edimde temel ilişkiden kaynaklanan borcun sona erdirilmesi değil, alacaklının temel ilişkiden kaynaklanan alacağına ulaşması için ek bir güvence sağlanması söz konusu olmaktadır¹⁹. Başka bir deyişle ifa yerine edimin aksine ifa uğruna edimde temel ilişkiden kaynaklanan borç sona ermemekte; sadece taraflar bu borcun sona erdirilebilmesi için başka bir araca başvurmayı kararlaştırmaktadır. Bu itibarla ifa uğruna edim ile alacaklı birbirine paralel ve yarışma halinde olan iki hakka sahip olmaktadır²⁰.

Alacaklının ifa uğruna edimi değerlendirerek tatmin olduğu miktarda temel borç da sona erecektir²¹. Başka bir deyişle ifa uğruna edimin değerlendirilmesi (malın satılması, alacağın devri gibi) durumunda aynı anda temel borcun da sona erdiğinin kabul edilmesi gerekir²². Öte yandan ifa uğruna edimin değerlendirilmesi neticesinde elde edilen değer in sebepsiz zenginleşme, ayıba veya zapta karşı tekeffül hükümleri vb. gereğince geri verilmesi durumunda temel borcun tekrar canlanması söz konusu olacaktır²³. Bu bakımdan ifa uğruna edim sebebiyle temel ilişkinin sona erme halinin, elde edilen değer in iadesi bozucu şartına tabi tutulduğu ifade edilebilecektir²⁴.

İfa uğruna edim, hukuki niteliği itibariyle iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir²⁵. Bu sözleşmeye göre borçlu temel borcu güvence olması amacıyla başka bir vasıta sağlama borcu altına girerken, alacaklı hakkını temin için ilk olarak ifa uğruna edime başvurma ve bu edimin değerlendirilebilmesi için gerekli özeni gösterme borcu altına girmektedir²⁶. Dolayısıyla alacaklı, ifa uğruna edime başvurmaksızın temel ilişkideki alacağa başvurması halinde sözleşmeye aykırılık kapsamında borçlu tarafından bir def'i ileri sürülebilecektir²⁷. Bununla birlikte alacaklı, ifa uğruna edime ilişkin gerekli özeni göstermesine rağmen ifa uğruna edim üzerinden hakkına kavuşamamış ise temel ilişkideki alacağına başvurma hakkı bulunmaktadır²⁸. Zira ifa uğruna edimde alacaklı, temel alaktan vazgeçmiş değildir. Sadece borçluya, ifa uğruna edimin değerlendirilmesi süresince ek bir

¹⁹ Tekinay, s. 763; Serozan, s. 94; Oğuzman/Öz, s. 276; Önay, s. 222; Eren, s. 945; Balci, s. 105.

²⁰ Domaniç Hayri. *Kıymetli Evrak Hukuku*. 2. Baskı, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1975, s. 14; Susuz, Kağan. *Kambiyo Senetlerinde Zamanaşımı*. 1. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008, s. 21; Poroy/ Tekinalp, s. 143; Öztan, s. 381; Kaya, s. 415; Demirayak Ünal, s. 558; Baumbach/ Hefermehl/ Casper, WG Art. 1, Rn. 41; Arman, s. 57; Cemal, s. 246; Sungurbey, s. 191; Tekinay, s. 763; Eren, s. 945; Güler Özer, s. 125.

²¹ Engin, Baki İlkay. "İfa Uğruna Edim" Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı. Ed. Hayri Domaniç, Beta Yayınevi, 1999, s. 857; Sungurbey, İsmet. *Borç İkrarı ve Borç Vaadi*. 1. Baskı, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1957, s. 91; Kocaağa, Köksal. "Borçlanılan Edimin İfası Kuralının Bir İstisnası Olarak İfa Amacıyla Edim." *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C. 24, S. 1, s. 151; Ercan, Ensar. *Zamanaşımına Uğramış Kambiyo Senedinin Hukuki Niteliği ve Kambiyo Alacaklısının Temel Borç İlişkisine Başvurma İmkani*. Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2023, s. 117; Tekinay, s. 763; Eren, s. 945.

²² Engin, 857; Kocaağa, s. 157; Kınacıoğlu, s. 287; Eren, s. 945; Önay, s. 221.

²³ Engin, 857; Kocaağa, s. 157; Kınacıoğlu, s. 287; Eren, s. 945; Ercan, s. 116; Güler Özer, s. 141.

²⁴ Engin, 857; Ercan, s. 116; Önay, s. 221; Tekinay, s. 763; Eren, s. 945.

²⁵ Yalman, Süleyman. "Edime Uygun İfa Kuralının İstisnaları." *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. Prof. Dr. Halil CİN'e Selçuk Üniversitesinde 10. Hizmet Yılı Armağanı, 1995, s. 503; Cemal, s. 246; Kocaağa, s. 152; Güler Özer, s. 135; Balci, s. 76.

²⁶ Serozan, s. 94; Öztan, s. 381; Yalman, s. 502; Cemal, s. 246; Kocaağa, s. 152; Sungurbey, 91.

²⁷ Sungurbey, s. 153; Yalman, s. 503; Kocaağa, s. 154.

²⁸ Serozan, s. 94; Yalman, s. 502; Cemal, s. 246; Kocaağa, s. 152; Engin, s. 857; Ercan, s. 117.

süre tanınmış olmaktadır.

İfa uğruna edimde temel ilişkiden kaynaklanan borç sona ermediği, alacaklının temel ilişkiden kaynaklanan alacağına paralel ikinci bir hakka sahip olduğu gözetildiğinde ifa yerine edimin aksine ifa uğruna edimde, bu iki borç arasında denkleşme durumu mevcuttur²⁹. Dolayısıyla ifa uğruna edimin temel borç ilişkisindeki edimden değer olarak çok olması halinde alacaklının iade borcu söz konusu olacaktır³⁰. Aynı şekilde alacaklının eline ifa uğruna edim nedeniyle asıl edimden daha az miktar geçtiği takdirde aradaki farkı temel ilişki kapsamında borçludan talep edebilecektir³¹.

Kambiyo senedinin ifa uğruna düzenlendiği durumda da temel ilişkiden kaynaklanan borç sona ermeyeceği için biri temel ilişkiden doğan alacak hakkı, diğeri kambiyo ilişkisinden doğan alacak hakkı olmak üzere birbirinden bağımsız ve birbirine paralel iki alacak hakkı ortaya çıkmaktadır³². Böylece ifa uğruna kambiyo senedi düzenlenmesiyle birlikte alacaklı, temel ilişkiden doğan alacakla yarışan bağımsız ikinci bir alacak hakkı elde etmiş olmaktadır³³. Ancak ifa uğruna kambiyo senedi düzenlenmesiyle birlikte temel ilişkiden kaynaklanan borcun vadesi, kambiyo senedinin vadesine kadar ertelenmiş sayılır; temel ilişkiden kaynaklanan alacak, kambiyo senedinin vadesinden önce talep edilemez³⁴. Temel ilişkiden kaynaklanan borcun, temel ilişki kapsamında kambiyo senedinin vadesinden önce talep edilmesi halinde borçlunun kambiyo senedine dayanılması yönünde bir def'i ileri sürmesi mümkündür³⁵. Bununla birlikte kambiyo senedinin vadesi gelince alacaklı ister temel ilişkiden kaynaklanan alacağı için temel ilişkiye, isterse kambiyo ilişkisinden kaynaklanan alacağı için kambiyo taahhüdüne dayanarak talepte bulunabilir³⁶. Alacaklının kambiyo senedinin vadesinde temel ilişkiye dayanarak talepte bulunması halinde borçlu tarafından ileri sürülen def'i gereğince kambiyo senedini zedelemekten geri vermesi gerekmektedir³⁷.

Ayrıca TBK'nın 133/2 maddesi; *“Özellikle mevcut borç için kambiyo taahhüdünde bulunulması veya yeni bir alacak senedi ya da yeni bir kefalet senedi düzenlenmesi, tarafların açık yenileme iradeleri olmadıkça yenileme sayılmaz”* hükmünü haizdir. Buna göre kambiyo taahhüdünün ifa yerine geçeceği hususunda açık bir şekilde sözleşme bulunmuyorsa kambiyo taahhüdünün “ifa

²⁹ Serozan, s. 94; Cemal, s. 256; Ercan, s. 116; Tekinay, s. 763; Eren, s. 945.

³⁰ Serozan, s. 94; Cemal, s. 256; Ercan, s. 116; Tekinay, s. 763; Eren, s. 945.

³¹ Serozan, s. 94; Cemal, s. 256; Tekinay, s. 763; Eren, s. 945.

³² Domaniç, s. 14; Susuz, s. 21; Poroy/ Tekinalp, s. 143; Öztan, s. 381; Kaya, s. 415; Demirayak Ünal, s. 558; Baumbach/ Hefermehl/ Casper, WG Art. 1, Rn. 41; Güler Özer, s. 155.

³³ Domaniç, s. 14; Susuz, s. 21; Poroy/ Tekinalp, s. 143; Öztan, s. 381; Kaya, s. 415; Demirayak Ünal, s. 558, Ülgen, s. 100; Bozer/Göle, s. 65; Eren, s. 945; Serozan, s. 96; Baumbach/ Hefermehl/ Casper, WG Art. 1, Rn. 41.

³⁴ Baumbach/ Hefermehl/ Casper, WG Art. 70, Rn. 2; Ebenroth/ Boujong, HGB § 353, Rn. 23; Ülgen, s. 100; Demirayak Ünal s. 558; Kendigelen/ Kırca, s. 271; Poroy/ Tekinalp, s. 143; Güler Özer, s. 156; Balcı, s. 79.

³⁵ Sungurbey, s. 151; Ercan, s. 117; Baumbach/ Hefermehl/ Casper, WG Art. 70, Rn. 7; Güler Özer, s. 156.

³⁶ Öğretide BAUMBACH/ HEFERMEHL/ CASPER; kambiyo senedinin düzenlenmesinden sonra lehtarın, artık temel ilişki kapsamında talepte bulunamayacağını, talepte bulunduğu takdirde ise borçlunun ileri süreceği def'i neticesinde kambiyo senedini iade etmek zorunda olduğunu, eğer kambiyo senedini aynen iade edemiyorsa artık temel ilişkiye dayanmayacağını, ancak kambiyo alacağının zamanaşımına uğraması durumunda sebepsiz zenginleşme davası da açılmayacaksa borçlunun kambiyo senedini geri isteyemeyeceğini, zamanaşımına uğramış kambiyo senedinin alacaklıda kalmaya devam edeceğini, alacaklının bu senede artık, Alman hukukundaki delil sistemi nedeniyle, temel ilişkinin delili olarak dayanabileceğini belirtmektedir. Bkz. Baumbach/ Hefermehl/ Casper, WG Art. 70, Rn. 7.

³⁷ Baumbach/ Hefermehl/ Casper, WG Art. 70, Rn. 7; Ülgen, s. 100; Kendigelen/ Kırca, s. 271; Poroy/ Tekinalp, s. 143.

uğruna” yapılmış olduğu kabul edilmektedir. Dolayısıyla kambiyo taahhüdünün ifa yerine geçeceği açıkça belirtilmediği sürece, temel ilişkiden kaynaklanan borç sona ermeyeceği için alacaklı kambiyo senedine veya temel ilişkiye dayanarak talepte bulunmak konusunda yarışan haklara sahip olacaktır³⁸. Böylece kambiyo taahhüdünün ifa uğruna yapılmış olması durumunda alacaklı kambiyo senedi vasıtasıyla tatmin edilmediği sürece temel ilişkiden kaynaklanan borç sona ermeyecektir.

II. KAMBİYO SENETLERİNDE ZAMANAŞIMI

A. Genel Olarak Zamanaşımı Kavramı

Zamanaşımı, bir alacak hakkının belli bir süre kullanılmamış olması sebebiyle bu hakkı zayıflatarak cebri icra ve dava yoluna başvurma imkânını ortadan kaldıran hukuki bir müessesedir³⁹. Zamanaşımı, alacağı talep etme yetkisini sadece belli bir sürenin geçmesi nedeniyle zaman itibarıyla sınırlandırmaktadır. Alacak hakkını uzun süre talep etmeyen alacaklı, esasında alacak hakkını kaybetmez; sadece borçlunun iradesine aykırı olarak bu alacağını devlet himayesinden yararlanarak elde etme imkânından yoksun olur⁴⁰. Başka bir deyişle zamanaşımında alacak hakkı varlığını sürdürmekle birlikte bu hakkın belirli bir sürenin geçmesinden sonra devletin himayesinden yararlanma ayrıcalığının kaybedilmesi söz konusu olmaktadır⁴¹. Bu nedenle zamanaşımı durumunda, hak düşürücü süreden farklı olarak hak, maddi anlamda varlığını kaybetmeyecek; ancak bu hak devlet himayesinden yararlanılarak talep edilemeyecektir. Nitekim TBK’da zamanaşımının borcu sona erdiren bir kurum olmadığı gözetilerek, zamanaşımı “*Borçların ve Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, Zamanaşımı*” başlıklı üçüncü bölümün birinci ayrımında sona erme hâlleri içerisinde düzenlenmemiş, ikinci ayrımında sona erme hâllerinden bağımsız olarak düzenlenmiştir.

Öte yandan kanunda zamanaşımı süresi olarak belirtilen sürenin geçmesinden sonra bir hakkın cebri icra ve dava yoluna başvurma hakkından yoksun kalabilmesi için borçlunun def’i niteliğindeki zamanaşımı savunmasında bulunması gerekir⁴². Zira TBK’nın 161. maddesi; “*Zamanaşımı ileri sürülmedikçe, hâkim bunu kendiliğinden göz önüne alamaz*” hükmünü haizdir. Buna göre borçlunun zamanaşımı def’ini ileri sürmediği bir durumda zamanaşımının mahkeme tarafından resen dikkate alınması mümkün değildir. Dolayısıyla zamanaşımına uğramış hak, zamanaşımı def’inin ileri sürülmemesi durumunda hâlen daha devlet himayesinden yararlanacaktır⁴³. O hâlde devlet himayesinin ortadan kalkması, zamanaşımı def’inin ileri sürülmesiyle meydana gelecek; böylece

³⁸ Ülgen, s. 100; Demirayak Ünal s. 558; Baumbach/ Hefermehl/ Casper, WG Art. 1, Rn. 41.

³⁹ Oğuzman/Öz, s. 586; Eren, s. 1312; Tekinay, s. 1030.

⁴⁰ von Tuhr, Andreas. *Borçlar Hukukunun Umumi Kısım 1-2*. Çev. Cevat Edege, 1. Baskı, Olgaç Matbaası, Ankara, 1983, s. 687; Eren, s. 1312; Ebenroth/ Boujong, Kap. 3. Teil 1. B. II, Rn. 74; Baumbach/ Hefermehl/ Casper, WG Art. 70, Rn. 1.

⁴¹ Nitekim Mecelle’nin 1674. maddesinde de “Tekâdümi-zeman ile hak sâkıt olmaz” ifadesiyle borcu zamanaşımına uğrayan ve devlet himayesinden yararlanamayan kişinin dini açıdan borçluluğunun devam edeceği belirtilmiştir. Bkz. Kılınç, Ahmet. “Mecelleye Göre Zamanaşımı: Uygulamada Görülen Aksaklıklar ve Çözüm Önerileri.” *Türkiye Adalet Akademisi Uluslararası Mecelle Sempozyumu Türkçe Tebliğleri*, 1. Baskı, Bursa Kültür A.Ş., Bursa, 2021, s. 137.

⁴² Erdem, Mehmet. *Özel Hukukta Zamanaşımı*. 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 350; Yıldırım, Hakan. *Kambiyo Senetlerinde Rehin Cirozu*. 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 155; Kendigelen/ Kırca, s. 268; Eren, s. 1312.

⁴³ Oğuzman/ Öz, s. 587; Eren, s. 1327; Tekinay, s. 1030.

alacak, eksik bir borca dönüşecektir⁴⁴. Zira eksik borçta alacak maddi anlamda varlığını devam ettirmekle birlikte sadece bu alacağın tahsili için cebri icra ve dava yoluna başvurulamamaktadır⁴⁵.

Zamanaşımına ilişkin olarak TBK'nın 146 ilâ 161 maddeleri arasında genel hüküm niteliğinde düzenlemeler bulunmaktadır. TBK'nın 146. maddesi; "*Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, her alacak on yıllık zamanaşımına tabidir*" hükmünü haizdir. Buna göre, genel olarak, her alacak on yıllık zamanaşımına tabidir; ancak kanunlarda başka zamanaşımı süreleri öngörülebilecektir. Bu kapsamda kambiyo senetleri bakımından da TTK'da özel zamanaşımı süreleri düzenlenmiştir.

B. Kambiyo Senetlerinde Zamanaşımı Kavramı

TTK'nın 749 ilâ 751. maddeleri arasında poliçeye ilişkin, TTK'nın 814. maddesinde çeke ilişkin olarak özel zamanaşımı hükümleri düzenlenmiş; bonoya ilişkin ise TTK'nın 778/1-h maddesinde poliçe hükümlerine atıf yapılmıştır. Aynı şekilde TTK'nın 818/1-p maddesinde de çekte zamanaşımının kesilmesine dair poliçe hükümlerine atıf yer almıştır. Bu itibarla kambiyo senetleri söz konusu olduğunda zamanaşımı yönünden öncelikle özel hüküm niteliğindeki TTK hükümleri uygulanacak; özel hüküm bulunmayan hallerde ise genel hüküm niteliğindeki TBK hükümleri uygulanacaktır⁴⁶. Örneğin kambiyo senetlerinde zamanaşımını durduran sebeplere ilişkin TTK'da özel bir düzenleme yapılmadığından bu hususta TBK'nın 153. maddesinde yer alan genel hükümler uygulanacaktır.

Poliçe ve bonoda uygulanacak olan TTK'nın 749/1 maddesi gereğince; poliçede kabul eden muhataba, bonoda ise düzenleyene karşı ileri sürülebilecek istemler vadenin geldiği tarihten itibaren üç yıl geçmekle zamanaşımına uğrar. Öte yandan poliçe ve bonoda asli borçluların tabi olduğu üç yıllık zamanaşımı süresinden farklı olarak başvuru borçlusu durumundaki poliçede düzenleyen ve cirantalara, bonoda ise cirantalara başvurmak isteyen hamilin istemleri, protesto çekilmişse protesto tarihinden, protesto çekilmesine gerek olmayan hallerde vadenin geldiği tarihten itibaren bir yıl geçmesiyle zamanaşımına uğrayacaktır (TTK m. 749/2). Bununla birlikte bir cirantanın poliçede diğer cirantalarla düzenleyen aleyhine, bonoda diğer cirantalar aleyhine ileri süreceği istemler, cirantanın poliçeyi ödediği veya poliçenin dava yolu ile kendisine karşı ileri sürüldüğü tarihten (dava tarihinden) itibaren altı ay geçmekle zamanaşımına uğrayacaktır (TTK m. 749/3).

Ödeme aracı olması nedeniyle çekte, poliçe ve bonodan farklı olarak zamanaşımına ilişkin özel düzenleme yapılmıştır. Zira çekte asli borçlu olmadığı için poliçe ve bonodan farklı olarak başvuru borçluları için ayrı bir süre düzenlemesine yer verilmemiştir. TTK'nın 814/1 maddesi gereğince; hamilin, cirantalarla düzenleyene ve diğer çek borçlularına karşı sahip olduğu başvurma hakları, ibraz süresinin bitiminden itibaren üç yıl geçmekle zamanaşımına uğrar. Öte yandan çek borçlularından birinin diğerine karşı sahip olduğu başvurma hakları, bu çek borçlusunun çeki ödediği veya çekin dava yolu ile kendisine karşı ileri sürüldüğü tarihten itibaren üç yıl geçmekle

⁴⁴ Kocayusufpaşaoğlu, Necip, vd. *Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme*. 7. Tıpkı Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017, s. 48; Tutumlu, Mehmet Akif. *Zamanaşımı Def'i*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 47; Tekinay, s. 1030; Eren, s. 1328; Erdem, s. 7.

⁴⁵ Paksoy, Meliha Sermin. *Zamanaşımından Feragat (TBK m.160)*. 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012, s. 34; Erdem, s. 351.

⁴⁶ Ercan, s. 69; Oğuzman/ Öz, s. 587; Eren, s. 1327; Tekinay, s. 1035.

zamanaşımına uğrar (TTK m. 814/2). Görüldüğü üzere çekte vadenin yokluğu, asli borçlunun olmaması, ibraz süresine tabi olma, muhatabın banka olması gibi yapısal unsurlar zamanaşımı hükümlerinin de poliçe ve bonodan farklılaşmasına neden olmuştur. Bu kapsamda özellikle belirtilmelidir ki çekte öngörülen zamanaşımı süreleri içinde ilgililere başvurulabilmesi için her şeyden önce başvuru hakkının kaybedilmemiş olması gerekir⁴⁷. Başvuru hakkının kaybedilmemesi için de hamilin çeki ibraz süresi içinde muhatap bankaya ibraz etmesi ve ödeme yapılmaması halinde bu durumu usulüne uygun olarak tespit ettirmesi gerekir. Dolayısıyla TTK’da öngörülen ibraz süresinin geçirilmiş olması halinde çekte başvuru borçlularının sorumluluklarının düşeceği için zamanaşımının da anlamı kalmayacaktır⁴⁸. Bu itibarla bono ve poliçeden farklı olarak “zamanaşımına uğramış bir çek” ifadesinden, ibraz süresi içerisinde ibraz edilmiş olup, TTK’nın 808. maddesi gereğince ödenmeme halinin resmi bir belge, protesto ile veya muhatap tarafından ibraz günü de gösterilmek suretiyle çekin üzerine yazılmış olan tarihli bir beyanla veyahut da bir takas odasının çek zamanında teslim edildiği hâlde ödenmediğini tespit eden tarihli bir beyanıyla tespit edildiği senetlerin anlaşılması gerekmektedir.

Kambiyo senetleri, bünyesinde bir veya birden fazla kambiyo ilişkisini ve dolayısıyla kambiyo taahhüdünü barındıran senetlerdir. Kambiyo senedinin düzenlenmesi sırasında senedin türüne göre bir veya iki kambiyo ilişkisi bulunurken tedavül aşamasında bu sayı genellikle artmaktadır. Dolayısıyla kambiyo senetlerinde zamanaşımı bakımından her bir kambiyo ilişkisindeki kişilere ve durumlarına göre ayrı ayrı değerlendirme yapılması gerekir. Örneğin bonoda ödememe protestosunun varlığı halinde lehtar, hamile karşı bir yıllık zamanaşımı süresinin dolması nedeniyle ileri sürebileceği zamanaşımı def’ini ödeme yapan cırantaya karşı ileri süremeyecek ve rücu sorumluluğu devam edecektir⁴⁹.

C. Zamanaşımının Kambiyo Senedi Üzerindeki Etkisi

“Zamanaşımına uğramış kambiyo senedi” kavramından genel olarak kanunda belirtilen sürelerin tamamlandığı fakat borçlu tarafından henüz zamanaşımı def’inin ileri sürülmediği aşamadaki kambiyo senedi anlaşılmaktadır⁵⁰. Ancak öğretide ve uygulamada “zamanaşımına uğramış

⁴⁷ Aksu, Raziye. “Yargıtay Kararları Işığında Çekte Zamanaşımına İlişkin Düzenlemelerin İncelenmesi.” *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi*, C. 13, S. 1, 2023, s. 629; Ülgen, s. 354; Öztan, s. 1360; Kendigelen/ Kırca, s. 336.

⁴⁸ Narbay, Şafak/ Çelik, Ferhat. “Süresi İçerisinde İbraz Edilmeyen Çekin Hukuki Niteliği.” *Legal Hukuk Dergisi*, C. 14, S. 167, 2016, s. 6069; Okan, s. 59; Aksu, s. 630.

⁴⁹ Ercan, s. 77; Aksu, s. 633.

⁵⁰ Poliçede sebepsiz zenginleşmenin düzenlendiği TTK’nın 732. maddesinde, poliçenin zamanaşımına uğramasından bahsedilmiş ve sebepsiz zenginleşme davasında zamanaşımı, poliçenin zamanaşımına uğradığı tarihi takip eden tarihten itibaren bir yıl olduğu düzenlenmiştir. Bu düzenlemeden de esasında “zamanaşımına uğramış kambiyo senedi” kavramından kanunda belirtilen sürelerin tamamlandığı, fakat borçlu tarafından henüz zamanaşımı def’inin ileri sürülmediği aşamadaki kambiyo senedi kastedilmektedir. Bkz. Öztan, s. 912; Poroy/ Tekinalp, s. 291; Kendigelen/ Kırca, s. 269; Ayrıca Bkz. Y. 11. HD., E. 2021/5604, K. 2023/114, T. 10.01.2023 (ET: 12.02.2025, www.lexpera.com.tr.) “...dava konusu bononun 30.04.2005 vade tarihini taşıdığı, mülga 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun (6762 sayılı Kanun) 690 ıncı maddesinin yollamasıyla 661 inci maddesi uyarınca hamilin bonoyu düzenleyene karşı açacağı davalarda zamanaşımı süresinin vadeden itibaren üç yıl olduğu, 3 yıllık zamanaşımı süresinin takibin yenilendiği tarihten önce 26.10.2010 tarihi itibarıyla dolduğu ve davaya konu bononun kambiyo vasfını yitirdiği, 6762 sayılı Kanun’un 644 üncü maddesi uyarınca zamanaşımına uğrayan bonolara dayalı sebepsiz zenginleşme davasının bononun zamanaşımına uğradığı tarihten itibaren bir yıllık zamanaşımı süresi içinde açılması gerektiği, bononun 26.10.2010 tarihinde

kambiyo senedi” kavramından kanunda belirtilen sürelerin tamamlanmasıyla birlikte borçlu tarafından zamanaşımı def’inin ileri sürülmesinden sonraki kambiyo senedinin de kastedildiği görülmektedir. Bu iki aşamanın sonuçları oldukça farklı olduğundan “zamanaşımına uğramış kambiyo senedi” ifadesinden anlaşılması gerekenin ne olduğunun açıklığa kavuşturulması gerekir.

Kanunda zamanaşımı süresi olarak düzenlenmiş olan sürenin geçmesiyle borçlu sadece alacaklıya karşı zamanaşımı def’i ileri sürme hakkı elde etmektedir⁵¹. Belirlenen zamanaşımı süresinin geçmesiyle birlikte, alacak hakkı konusunda farazi bir zayıflama olsa da alacaklı, kanunun kendisine verdiği tüm yetkileri hâlâ kullanabilir, alacağını tahsil için cebri icra veya dava yoluna başvurabilir⁵². Her ne kadar hakkın farazi olarak zayıflamış olması ve borçlunun zamanaşımı def’i ileri sürme hakkı elde etmesi nedeniyle cebri icra veya dava yoluna başvurmada tereddütler yaşanacak olsa da borçlunun zamanaşımı def’inde bulunmama ihtimali karşısında alacaklının cebri icra veya dava yoluna başvurması her zaman yararına olacaktır. Bu kapsamda bir kambiyo senedi alacağı için kanunda belirtilen zamanaşımı süreleri geçmiş olsa da bu kambiyo senedine dayanılarak kambiyo senetlerine özgü takip talebinde bulunulabilir veya mahkemede dava açılabilir. Kambiyo senetlerine özgü takip talebinde bulunulduğunda 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu’nun (İİK) 168/1 maddesi gereğince; icra memuru senedin kambiyo senedi olduğunu ve vadesinin geldiğini görürse, borçluya senet sureti ile birlikte hemen bir ödeme emri gönderir. Başka bir deyişle kambiyo senetlerine özgü bir takip talebinde bulunulduğunda icra memuru, sadece senedin kambiyo vasfını taşıyıp taşımadığını, takipte bulunanın bu yola başvurma hakkının olup olmadığını ve senet vadesinin gelip gelmediğini inceleyecektir⁵³. Görüldüğü üzere icra memurunun veya hâkimin zamanaşımı süresinin geçtiğini resen gözetmesi veya karşı tarafa hatırlatması mümkün değildir (TBK m. 161).

Zamanaşımına uğramış kambiyo senedine ilişkin kendisine ödeme emri gönderilen borçlu, beş gün içerisinde bir dilekçe ile icra mahkemesine alacağın zamanaşımına uğradığı yönünde itirazda bulunabilecektir (İİK m. 168/5). Bu itiraz, icra hâkimi tarafından değerlendirilir. Ayrıca icra hâkimi, borçlunun zamanaşımı itirazını alacaklının ibraz ettiği kambiyo senedindeki tarihe göre varit görür ve alacaklı da zamanaşımının kesildiğini veya tatil edildiğini resmi veya imzası ikrar edilmiş bir belge ile ispat edemezse, itirazın kabulüne; aksi halde reddine karar verir (İİK m. 169/a-4). İtirazın kabulü kararı ile takip durur; alacaklının genel hükümlere göre dava açma hakkı mahfuzdur (İİK m. 169/a-5).

Kural olarak icra mahkemesi kararlarının kesin hüküm teşkil etmemesi nedeniyle icra mahkemesinin zamanaşımı def’ini haklı bulması, hamilin aynı kambiyo senedine dayanarak genel mahkemelerde dava açmasına engel değildir⁵⁴. Bu itibarla kambiyo senedine dayanarak açılan davada borçlunun zamanaşımı def’inde bulunması halinde mahkeme, borçlunun bu savunmasını haklı

zamanaşımına uğradığı, huzurdaki davanın ise 1 yıllık zamanaşımı süresi dolduktan çok sonra 26.09.2019 tarihinde açıldığı, ... davanın zamanaşımı nedeniyle reddine karar verilmesi gerektiği... ”.

⁵¹ Erdem, s. 350; Kendigelen/ Kırca, s. 268; Eren, s. 1312.

⁵² Konuralp, Haluk. *Medeni Usul Hukukunda Yazılı Delil Başlangıcı*. Tıpkı Basım, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 67; Kocayusufoğlu, s. 54; Ercan, s. 86.

⁵³ Atalı, Murat/ Ermenek, İbrahim/ Erdoğan, Ersin. *İcra ve İflas Hukuku*. 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 372-373.

⁵⁴ Atalı/ Ermenek/ Erdoğan, s. 373; Susuz, s. 145.

görürse davanın reddine karar verir⁵⁵. Böylece borçlunun zamanaşımı def'ini ileri sürmesiyle birlikte alacak, maddi anlamda varlığını devam ettirecek ancak eksik borç haline gelecektir. Alacaklı artık kambiyo hukuku kapsamında cebri icra veya dava yoluna başvurma haklarından mahrum kalacaktır⁵⁶.

Görüldüğü üzere “zamanaşımına uğramış kambiyo senedi” kavramı ile kanunda belirtilen sürelerin tamamlandığı fakat kambiyo senedine konu alacak yönünden borçlu tarafından henüz zamanaşımı def'inin ileri sürülmediği aşamadaki kambiyo senedi kastediliyor ise bu durumda alacaklı halen kambiyo hukuku kapsamında alacağını cebri icra veya dava yoluyla talep hakkına sahip olduğundan senedin kambiyo vasfına sahip olduğu hususu genel olarak öğreti⁵⁷ ve uygulamada⁵⁸ kabul edilmektedir⁵⁹. Dolayısıyla “zamanaşımına uğramış kambiyo senedi” kavramından kanunda belirtilen sürelerin tamamlanması sonrasında borçlu tarafından zamanaşımı def'inin ileri sürülmesinden sonraki kambiyo senedinin anlaşılması daha anlamlı olacaktır. Zira bu aşamada artık alacaklı, kambiyo hukukuna dayanarak talepte bulunamayacaktır.

Zamanaşımı def'inin ileri sürülmesinden sonra kambiyo hukukuna dayanılamayacak olması nedeniyle “zamanaşımına uğramış kambiyo senedinin” kambiyo vasfını kaybedip kaybetmeyeceği hususu üzerinde de durulması gerekir. Öğretide bir görüş⁶⁰ kanunda belirtilen zamanaşımı süresinin geçmesiyle alacaklının kambiyo hukuku kapsamında cebri icra veya dava yoluna başvurabileceğini, ancak zamanaşımı def'iyle birlikte alacaklının artık kambiyo hukukuna dayanamayacak olması nedeniyle “zamanaşımına uğramış kambiyo senedinin” kambiyo vasfını kaybedeceğini belirtmektedir. Öğretideki bir diğer görüş⁶¹ ise kanunda belirtilen zamanaşımı süresinin geçmesiyle birlikte borçlunun zamanaşımı def'inde bulunması üzerine alacaklının kambiyo senedine dayalı

⁵⁵ Atalı/ Ermenek/ Erdoğan, s. 373; Susuz, s. 146.

⁵⁶ Ergün, Mevci. *Kambiyo Senetlerine Özgü Takip Yolları*. 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 1989, s. 53-54; Mutluay, M. Kemal. “Zamanaşımına Uğramış Bononun Takip ve Maddi Hukuktaki Yeri.” *Yargıtay Dergisi*, C. 6, S. 4, 1980, s. 565; Uyar, s. 24.

⁵⁷ Doğan, Ayşe Albayrak. “Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu’nun 2019/1-8 Sayılı 25.12.2019 Tarihli Kararının Değerlendirilmesi”. *Yürürlüğünün 8. Yılında ve Yargıtay Kararları Işığında Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu IV, Tebliğler-Tartışmalar*. Ed. Arslan Kaya vd., On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 204-205; Konuralp, s. 67; Erdem, s. 350-351; Kendigelen/ Kırca, s. 268; Eren, s. 1312; Susuz, s. 150; Öztan, s. 879.

⁵⁸ Y. HGK., E. 2017/937, K. 2021/357, T. 25.03.2021 (ET: 12.02.2025, www.lexpera.com.tr.) “...hamil, bonoya ilişkin zamanaşımı süresinin geçmesi hâlinde dahi bonoya dayanarak borçluya karşı takip yapabilir veya genel mahkemelerde alacak davası açabilir. Ancak borçlunun zamanaşımı def'inde bulunması hâlinde, alacaklı kambiyo hukukundan kaynaklanan haklarını yitirecektir. Bu durum, bonoya ilişkin zamanaşımı süresinin geçmesi ile değil, borçlunun zamanaşımı def'inde bulunması ile ortaya çıkmaktadır...”.

⁵⁹ Genel kabulün aksine öğretide ÖZKAN, hamilin zamanaşımı sürelerini kaçırmayla kambiyo senedi niteliğinin ortadan kalkacağını, zira TTK’nın 732. maddesi kapsamında sebepsiz zenginleşme davası için kambiyo hukukundan doğan hiçbir hakkın varlığını sürdürmemesi gerektiğini belirtmektedir. Bkz. Özkan, Ömer. “Poliçede Sebepsiz Zenginleşme Davası.” *Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu’na 65. Yaş Günü Armağanı*, Ed. Hayri Domaniç, Beta Basım Yayın, İstanbul, 1999, s. 521.

⁶⁰ Uslu, Kazım Menderes. *Yeni TTK Yasa Tasarısı Nazara Alınarak Kambiyo Senetlerinde Zamanaşımı*. 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006, s. 266; Demir, Ömer Faruk. “Zamanaşımına Uğramış Kambiyo Senedinin Delil Değerinin Delil Başlangıcı Unsurları Bakımından Değerlendirilmesi.” *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 22, S. 2, 2024, s. 666; Susuz, s. 145; Doğan, s. 205; Konuralp, s. 67; Aksu, s. 660.

⁶¹ Bozgeyik, Hayri. *Poliçede Müracaat Hakkı*. 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003, s. 176; Kayış, Ferhat. “Zamanaşımına Uğramış Kambiyo Alacaklarına Dayalı İhtiyati Haciz Talepleri.” *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 13, S. 144, 2018, s. 79; Yasan, Mustafa. *Yeni Ticaret Kanunu Tasarısı Hükümleri ile de Karşılaştırmalı Olarak Kambiyo Senetlerinde Sebepsiz Zenginleşme*. 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2008, s. 90; Öztan, s. 876; Kaya, s. 422; Ercan, s. 87.

olarak cebri icra veya dava yoluna başvurmamasının senedin kambiyo vasfını etkilemeyeceğini, örneğin zamanaşımı def'i ileri sürülsün veya sürülmesin zamanaşımına uğramış kambiyo senedine dayalı olarak TTK'nın 732. maddesi gereğince sebepsiz zenginleşme davası açılabileceğini, bu davanın kambiyo hukuku kapsamında bir dava olduğunu ve bu durumun zamanaşımına uğramış kambiyo senedinin kambiyo vasfını kaybetmediğinin göstergesi olduğunu belirtmektedir.

Yargıtay kararlarında da genel olarak kanunda belirtilen zamanaşımı sürelerinin geçmesiyle birlikte borçlu tarafından henüz zamanaşımı def'inin ileri sürülmediği aşamada kambiyo senedi vasfının devam ettiği⁶², alacaklının (hamilin) kambiyo hukuku kapsamında talepte bulunabileceği, ancak zamanaşımı def'inin ileri sürülmesi sonrasında artık kambiyo hukukuna dayanılamayacağı için zamanaşımına uğramış kambiyo senedinin kambiyo vasfını kaybedeceği belirtilmektedir⁶³. Bu hususta Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulunun 25.12.2019 tarihli ve 2019/1 Esas, 2019/8 Karar sayılı kararı, Yargıtay'ın görüşünü yansıtmaya açısından özel öneme sahiptir. Anılan kararın sonuç kısmında; zamanaşımına uğrayan ve bu nedenle kambiyo senedi vasfını kaybederek delil başlangıcına dönüşen bonodaki vade tarihinin; temel ilişkiye dayanılarak yapılan bir takip veya açılan bir davada temerrüde esas alınamayacağına karar verilmiştir. Sonuç kısmında “zamanaşımına uğrayan ve bu nedenle kambiyo senedi vasfını kaybederek” ifadesi yer alsa da kararın gerekçesinde; bononun Kanun'da belirtilen zamanaşımı süresinin geçmesi ile birlikte kendiliğinden kambiyo senedi vasfını kaybetmeyeceği, ancak borçlunun zamanaşımı definde bulunması halinde bononun kambiyo senedi vasfını kaybedeceği belirtilmiştir⁶⁴.

Kanaatimizce kanunda belirtilen zamanaşımı süresinin geçmesiyle birlikte borçlunun da

⁶² Y. 11. HD., E. 2020/2929, K. 2021/1141, T. 11.02.2021 (ET: 12.02.2025, www.lexpera.com.tr.) “...Davacı vekili, davalının davacılar aleyhine zamanaşımına uğramış bono nedeniyle takip yaptığını, davacıların satım sözleşmesi sırasında verilen bonodan müteselsil kefil (avalist) olarak sorumlu olduklarını, bonoların zamanaşımına uğraması nedeniyle davacılar aleyhine takip yapılamayacağını ileri sürerek davacıların davalıya borçlu olmadıklarının tespitini... talep ve dava etmiştir... davacıların herhangi bir sebeple menfi tespit davası açabilecekleri, zamanaşımı def'inin ise takip veya dava sırasında ileri sürülmesi gerektiği, süresinde ileri sürülmemeyen hakkın yitirileceği, davacıların genel haciz yoluyla takibe itiraz süresini kaçırarak ayrı bir dava yoluyla zamanaşımı def'ini ileri süremeyeceği...”.

Yargıtay'ın bazı kararlarında kambiyo senetleri için kanunda öngörülen sürelerin geçmesiyle birlikte senedin kambiyo vasfını kaybettiği belirtilmiştir. Bkz. Y. 11. HD., E. 2020/3093, K. 2021/4249, T. 29.04.2021 (ET: 12.02.2025, www.lexpera.com.tr.) “...davanın sadece avalist ... yönelik açılmış olduğu, bonodaki üç yıllık zamanaşımı süresi takip tarihinden önce sona erdiğinden davalı ... avalist olarak sorumluluğu sona ermiş olup, kambiyo vasfı sona ermiş bir bonoya dayalı olarak avaliste karşı takip yapılamayacağı...”.

⁶³ Y. HGK., E. 2017/937, K. 2021/357, T. 25.03.2021 (ET: 12.02.2025, www.lexpera.com.tr.) “...Zamanaşımına uğrayan bir bono kambiyo senedi vasfını kaybettiği için kambiyo hukukunun tanıdığı özel imkânlardan yararlanamayacak ve hatta adi senede dahi dönüştürülecektir. Zira zamanaşımına uğrayan bono fiziki olarak ortada olsa bile maddi hukuk anlamında artık hiçbir şey ifade etmemekte sadece ispat hukuku alanında delil başlangıcı olarak kabul edilmektedir...”.

Y. 11. HD., E. 2024/2338, K. 2024/7360, T. 21.10.2024 (ET: 12.02.2025, www.lexpera.com.tr.) “...zamanaşımına uğramış bonoda aval verenin sorumluluğunun kendiliğinden sona ermiş olmasına göre...”

⁶⁴ Y. İBK., E. 2019/1, K. 2019/8, T. 25.12.2019 (ET: 12.02.2025, www.lexpera.com.tr.) “...Hemen belirtilmelidir ki, bonoya ilişkin zamanaşımı süresinin geçmesi ile birlikte bonoya dayalı talep hakkı kendiliğinden sona ermemektedir... Bu itibarla hamil, bonoya ilişkin zamanaşımı süresinin geçmesi hâlinde dahi, bonoya dayanarak borçluya karşı takip yapılabilir veya genel mahkemelerde alacak davası açabilir. Ancak borçlunun zamanaşımı definde bulunması hâlinde, alacaklı kambiyo hukukundan kaynaklanan haklarını yitirecektir. Bu durum, bonoya ilişkin zamanaşımı süresinin geçmesi ile değil, borçlunun zamanaşımı definde bulunması ile ortaya çıkmaktadır. Borçlu süresi içinde zamanaşımı definde bulunmazsa söz konusu bono, hamile, zamanaşımına uğramamış bir bononun sağladığı tüm imkânları sağlayacaktır...”.

zamanaşımı def'inde bulunması üzerine alacaklı, sadece kambiyo ilişkisi kapsamında cebri icra veya dava yoluna başvuramaz; senedin kambiyo vasfı zamanaşımı def'inden etkilenmez. Zira zamanaşımı def'inin ileri sürülmesi hakkın maddi varlığını etkileyen bir unsur değildir; bu def'inin ileri sürülmesi hakkın cebri icra veya dava yoluyla talep edilebilirliği üzerinde sonuçlar doğurur. Dolayısıyla zamanaşımı def'inin ileri sürülmesiyle birlikte taraflar arasındaki kambiyo ilişkisi varlığını sürdürürken; bu ilişkiden kaynaklanan kambiyo alacağı yönünden devletin himayesinden yararlanma ayrıcalığının kaybedilmesi söz konusu olmaktadır⁶⁵. Kambiyo alacağı hakkı, kıymetli evraka dair teorilerden sözleşme teorisine⁶⁶ göre, temel ilişki ve bu ilişkinin tarafları arasında ifa için yapılan sözleşme çerçevesinde kambiyo senedinin düzenlenmesi ve bu senedin düzenleyen tarafından lehtara verilmesiyle doğar. Zamanaşımı def'inin kambiyo senedinden doğan alacak hakkı üzerinde etkili olabilmesi için bu hakkın aynı zamanda maddi varlığını da kaybetmiş olması gerekir⁶⁷. Başka bir deyişle nasıl ki kambiyo ilişkisi kapsamında alacak hakkının meydana gelmesi için tarafların birbirine uygun iradeleri çerçevesinde Kanunda belirtilen unsurları taşıyan kambiyo senedinin düzenlenmesi ve lehtara teslim edilmesi gerekiyor ise kambiyo vasfının sona erdiğinden bahsedebilmek için de hakkın maddi varlığının sona ermesi gerekir. Bu itibarla zamanaşımı def'inin ileri sürülmesi ile hakkın maddi varlığının sona ermesi söz konusu olmadığından “zamanaşımına uğrayan kambiyo senedinin” kambiyo vasfının da kaybolduğundan söz edilemez.

III. KAMBYO SENEDİNİN TEMEL İLİŞKİDE İSPAT GÜCÜ

A. Kambiyo Senetlerinde Soyutluk

Borç sözleşmeleri sebebe bağlı (illi) işlemler olup bu sözleşmelerin geçerliliği, sebebi oluşturan temel işlemin geçerliliğine bağlıdır⁶⁸. Öte yandan taraflar borç sözleşmesini sebebinden soyutlayarak bağımsız bir hale getirebilirler⁶⁹. Nitekim TBK'nın 18. maddesi; “*Borcun sebebini içermemiş olsa bile borç tanınması geçerlidir*” hükmünü haizdir. Buna göre taraflar yapmış oldukları bir borç sözleşmesinde (borç tanımada) bunun sebebini (temeldeki ilişkiyi) göstermeyerek soyut bir hukuki işlem yapabilirler⁷⁰. Yine TBK'nın 555. maddesinde düzenlenen havale de soyut bir hukuki işlem ifade etmektedir. Zira havale gönderen ve havale gönderilen arasındaki temel ilişki sebep gösterilmeksizin sadece havale gönderilene ödeme yetkisinin verilmesi havalenin soyut bir hukuki işlem olduğunu göstermektedir⁷¹. Dolayısıyla taraflar yapmış oldukları bir borç

⁶⁵ von Tuhr, s. 687; Eren, s. 1312.

⁶⁶ Kıymetli evrak teorileri kapsamında ileri sürülen başlıca görüşler arasında, kreasyon teorisi, akit teorisi ve hukuki görünüş ilkesiyle güçlendirilmiş akit teorisi yer almaktadır. Türk hukukunda hâkim görüş durumunda olan “hukuki görünüş ilkesiyle güçlendirilmiş akit teorisi”nde de belirtildiği gibi hak, kural olarak sözleşme kapsamında doğmaktadır. Hakkın hangi anda doğduğuna ilişkin tartışmalar ise kreasyon ve akit teorileri arasında yaşanmaktadır. Kreasyon teorisine göre kanunda belirtilen unsurları taşıyan bir senet üzerine düzenleyen imza atmasıyla birlikte kambiyo senedi ve ondan doğan hak meydana gelmektedir. Akit teorisine göre ise hak tarafların arasında kurulacak bir sözleşmeden doğmaktadır. Dolayısıyla senedin tek başına hazırlanması ve düzenleyen tarafından imzalanması yeterli değildir. Ayrıca aynı sözleşme kapsamında senedin lehtara teslim edilmesi gerekmektedir. Bkz. Öztan, s. 103-109; Poroy/ Tekinalp, s. 61; Pulaşlı, s. 45-47; Kendigelen/ Kırca s. 78-81; Bozer/ Göle, s. 23.

⁶⁷ Ercan, s. 80; Demirayak Ünal, s. 563.

⁶⁸ Eren, s. 191; Oğuzman/ Öz, s. 207; Tekinay, s. 137.

⁶⁹ Eren, s. 191; Oğuzman/ Öz, s. 207; Tekinay, s. 137.

⁷⁰ Eren, s. 191; Oğuzman/ Öz, s. 209; Tekinay, s. 137.

⁷¹ Yavuz, Cevdet/ Acar, Faruk/ Özen, Burak. *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*. 10. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul,

sözleşmesinde (borç tanınmasında veya havalede) temel ilişkiyi göstermeyebilirler. Öğretide temel ilişkinin gösterilmediği, ancak temel ilişki ile bağlantının devam ettiği bu borç ilişkilerini ifade etmek için “şekli anlamda soyut borç” kavramı kullanılmaktadır⁷².

Kambiyo senetlerindeki soyutluk ise senedin düzenlenmesine sebep olan temel ilişkinin senetten anlaşılmamasını, kambiyo ilişkisinin temel ilişkiden bağımsız bir varlığa kavuşmasını ifade etmektedir⁷³. Yukarıda da bahsedildiği üzere her kambiyo ilişkisinin altında mutlaka bir temel ilişki bulunmaktadır. Temel ilişki olmadan kambiyo senedinin düzenlenmesi düşünülemez. Ancak kambiyo senedinin metninden temel ilişkinin ne olduğunun anlaşılmaması gerekir. Başka bir deyişle kambiyo senedinin düzenlenmesiyle birlikte temel ilişkinin renkleri artık bu senetten anlaşılamayacaktır⁷⁴. Dolayısıyla kambiyo senedinin düzenlenmesiyle birlikte tamamen renksiz bir alacak hakkının söz konusu olduğu, temel ilişkiden bağımsız bir durum ortaya çıkmaktadır⁷⁵. Borçlandırıcı işlem temel ilişkiden bağımsız olduğu için kazandırmanın geçerliliğinin temel ilişkinin geçerliliğine bağlı olmayan borç ilişkilerine öğretide “maddi anlamda soyut borç” denilmektedir⁷⁶. Görüldüğü üzere şekli anlamda soyut borçta, borcun sebebi gösterilmemekte ancak borcun temel ilişkiyle bağlantısı devam etmektedir. Oysa maddi anlamda soyut borçta, borcun sebebi gösterilmemekle birlikte temel ilişkiden bağımsız bir durum ortaya çıkmakta, temel ilişkiyle bağlantısı oldukça zayıflamaktadır⁷⁷.

Kambiyo senetlerinde soyutluk TTK’da özel olarak düzenlenmiştir. Poliçenin unsurlarını düzenleyen TTK’nın 671/1-b maddesindeki “Belirli bir bedelin ödenmesi hususunda kayıtsız ve şartsız havale” ifadesi ile bu husus kastedilmektedir. Aynı hüküm çek hakkındaki TTK’nın 780/1-b maddesinde de yer almıştır. Yine bononun unsurlarının düzenlendiği TTK’nın 776/1-b maddesinde “Kayıtsız ve şartsız belirli bir bedeli ödemek vaadi” ifadesi kullanılmıştır. Dolayısıyla senetteki havalenin veya ödeme vaaadinin temel ilişkiyle bağlantısının kurulması halinde bu senetler kambiyo vasfını kazanamayacaktır.

Kambiyo senetlerindeki alacak, temel ilişkiden bağımsız bir varlığa sahip olduğundan alacaklının talebini sadece bu senede dayandırması yeterlidir; senedin düzenlenmesine sebep olan temel ilişkinin varlığını ve mahiyetini ispat yükümlülüğü yoktur⁷⁸. Dolayısıyla geçerli bir temel ilişki olmadığının ispatı ve bu husustaki kişisel def’ileri ileri sürme hususu borçluya bırakılmaktadır. Bu duruma öğreti ve uygulamada “ispat soyutluğu” adı verilmektedir⁷⁹. Bu itibarla hem “şekli anlamda

2014, s. 1336; Özakman, Cumhur. “Havale İlişkisinin Borçlar Hukuku Açısından İncelenmesi ve Kıymetli Evrak Hukukundaki Görünüşü.” *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 41, S. 1-2, 1975, s. 266; Günergök, Özcan. *Havale İlişkisi*. İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 1995. s. 34.

⁷² Sayhan, İsmet. *Kambiyo Senetlerinde Mücerretlik İlkesi ve Bedel İlişkisi*. 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2006, s. 52; Eren, s. 191; Karlı, s. 70; Ülgen, s. 101

⁷³ Bahtiyar, Mehmet. *Kıymetli Evrak Hukuku*. 19. Baskı, Beta Basım Yayın, İstanbul, 2022, s. 8; Öztan, s. 373; Ülgen, s. 101; Baumbach/ Hefermehl/ Casper, WG Art. 1, Rn. 39.

⁷⁴ Öztan, s. 373; Ülgen, s. 101; Eren, s. 192.

⁷⁵ Öztan, s. 373; Baumbach/ Hefermehl/ Casper, WG Art. 1, Rn. 39.

⁷⁶ Bahtiyar, s. 8; Eren, s. 192; Karlı s. 70.

⁷⁷ Bahtiyar, s. 8; Eren, s. 192; Karlı s. 70.

⁷⁸ Öztan, s. 373; Ülgen, s.103; Baumbach/ Hefermehl/ Casper, WG Art. 1, Rn. 40.

⁷⁹ Eren, s. 192; Öztan, s. 373; Ülgen, s.103; Bahtiyar, s. 8; Karlı, s. 71; Tekinay, s. 140; Oğuzman/ Öz, s. 210.

soyut borç” hem de “maddi anlamda soyut borç” söz konusu olduğunda ispat soyutluğu kendini ispat yükünün yer değiştirmesi olarak göstermektedir⁸⁰. Başka bir deyişle normal şartlarda alacaklının üzerinde olan “geçerli bir hukuki sebebin bulunduğunu” ispat yükü, ispat soyutluğu sayesinde yer değiştirmektedir⁸¹. Zira “şekli anlamda soyut borç” ve “maddi anlamda soyut borç” halinin temelini oluşturan TBK’nın 18. ve 555. maddesi gereğince sebebi gösterilmeyen borç tanınmasının/vaadinin veya havalenin geçerli bir hukuki sebebe dayandığına dair kanuni bir karine bulunmaktadır⁸².

Kambiyo senetlerinde temel ilişkiden bağımsız bir alacak söz konusu olsa da borçlu ispat soyutluğu nedeniyle üzerinde olan ispat yükü kapsamında bu temel ilişkiden kaynaklanan def’ileri alacaklıya karşı ileri sürebilecektir. Başka bir deyişle ispat soyutluğu kapsamında kambiyo senedi borçluları, kendilerinin de taraf olduğu temel ilişkisi nedeniyle alacaklısına (kendi akidine) karşı, temel ilişkiden doğan def’ileri ileri sürebilecektir⁸³. Kambiyo senedinin üçüncü kişilere devredildiği durumda ise borçlu kendi temel ilişkisinden kaynaklanan def’ileri kural olarak iyiniyetli üçüncü kişiye karşı ileri süremeyecektir⁸⁴. Temel ilişkisinden kaynaklanan def’ilerin iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülememesinin temel nedeni kambiyo senetlerinin soyutluğu değil⁸⁵, bu senetlerde kamu güvenliğine sahip olma ilkesinin geçerli olmasından kaynaklanmaktadır⁸⁶. Zira özellikle tedavül kabiliyetinin oldukça yüksek olduğu emre ve hamiline yazılı kambiyo senetlerinde kamu güvenliğine sahip olma ilkesi söz konusu olduğundan senetlerin üçüncü kişilere devredilmesiyle kamu güvenliğine sahip olma ilkesi birlikte değerlendirilmelidir⁸⁷. TTK’nın 687/1 maddesi; “*Policeden dolayı kendisine başvurulanan kişi, düzenleyen veya önceki hamillerden biriyle kendi arasında doğrudan doğruya var olan ilişkilere dayanan def’ileri başvuran hamile karşı ileri süremez; meğerki, hamil, poliçeyi iktisap ederken bile bile borçlunun zararına hareket etmiş olsun.*” hükmünü haizdir. Dolayısıyla kambiyo senetlerinde üçüncü kişilere karşı temeldeki ilişkinin ileri sürülmesi önlenmiş, kamu güvenliğine sahip olma ilkesinden hareketle bunun sınırı “bile bile borçlunun zararına hareket etmiş olma” ile belirlenmiştir⁸⁸.

⁸⁰ Öztan, s. 373; Ülgen, s.102.

⁸¹ Ülgen, s. 103; Öztan, s. 373; Eren, s. 192; Karlı, s. 71; Tekinay, s. 140; Oğuzman/ Öz, s. 210.

⁸² Ebenroth/ Boujong, Kap. 3. Teil 1. B. II, Rn. 25; Eren, s. 196; Tekinay, s. 140.

⁸³ Ülgen, s. 103; Eren, s. 192; Öztan, s. 373; Karlı, s. 71; Tekinay, s. 140; Oğuzman/ Öz, s. 210; Baumbach/ Hefermehl/ Casper, WG Art. 1, Rn. 40.

⁸⁴ İnan, Nurkut. *Türk Hukukunda Hatır Senetleri ve Özellikle Hatır Bonoları*. 1. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1969, s. 103; Sönmez, Numan Sabit. *Kambiyo Senetlerinde Şahsi Def’iler*. 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 28; Adıgüzel, Burak. “Yargıtay Kararları Işığında Kambiyo Senetlerinde Bile Bile Borçlu Zararına Hareket.” *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi*, C. 4, S. 2, s. 130; Öztan, s. 375; Kendigelen/Kırca, s. 124; Bahtiyar, s. 20; Sayhan, s. 110; Ülgen, s.102.

⁸⁵ Öğretide ÜLGİN, kambiyo senedinin üçüncü kişilere ciro edilmesi durumunda temel ilişkisinden kaynaklanan def’ilerin iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülememesinin nedeninin kambiyo senetlerinin soyutluğu olarak açıklamaktadır. Bkz. Ülgen, s. 102; KINACIOĞLU ise temel ilişkisinden kaynaklanan def’ilerin iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülememesini kambiyo taahhüdünün temel borç ilişkisinde bağımsız bir borç doğurmasına dayandırmaktadır. Bkz. Kınacıoğlu, s. 108.

⁸⁶ Ebenroth/ Boujong, Kap. 3. Teil 1. B. II, Rn. 26; İnan, s. 103; Öztan, s. 375; Kendigelen/ Kırca, s. 124; Sayhan, s. 110; Sönmez, s. 28; Adıgüzel, s. 130.

⁸⁷ Baumbach/ Hefermehl/ Casper, WG Art. 1, Rn. 40; Ercan, s. 111.

⁸⁸ Y. HGK., E. 2017/612, K. 2020/258, T. 05.03.2020 (ET: 12.02.2025, www.lexpera.com.tr.) “...ihtilafın çözümlenebilmesi için hangi hâllerde varlığının kabul edilmesi gerektiği yönünde yasal düzenleme olmayan, kanun

Görüldüğü üzere ispat soyutluğundan yararlanılabilmesi için alacaklının talebini elindeki senede dayandırması gerekir. Alacaklı bu senede dayanmakla birlikte senedin düzenlenmesine sebep olan temel ilişkiyi de belirterek talepte bulunsada dahi senede ve senedin tabi olduğu hukuka dayandığı için ispat soyutluğundan yararlanabilecektir. Şekli anlamda soyut borç niteliğinde olan yazılı bir borç tanınması/vaadi veya havalede sadece senette borcun sebebi gösterilmemektedir, ancak senedin temel ilişkiyle bağlantısı halen devam etmektedir⁸⁹. Maddi anlamda soyut borç niteliğinde olan kambiyo senetlerinde ise borcun sebebi gösterilmemekle birlikte temel ilişkiden bağımsız bir durum ortaya çıkmaktadır⁹⁰. Bu durumda alacaklının elindeki senede dayanmadan sadece temel ilişkiye dayanarak talepte bulunması durumunda, TBK'nın 18. ve 555. maddelerindeki kanuni karineye dayanılmadığı için, ispat soyutluğundan da yararlanması da mümkün olmayacaktır.

Hemen belirtmelidir ki şekli anlamda soyut borç niteliğinde olan yazılı bir borç tanınması/vaadi veya havale ile talepte bulunan alacaklı sadece temel ilişkiye dayanmış ise genel kural gereğince ispat yükü kendi üzerinde olacak, ancak elindeki senedin temel ilişkiyle bağlantısı devam ettiğinden, bu senede ispat hukuku kapsamında adi senet olarak dayanabilecektir⁹¹. Zira bu senet borcun sebebini içermese de, temel ilişkiyle bağlantısı devam ettiği için temel ilişkinin delili niteliğinde olacaktır. Oysa maddi anlamda soyut borç niteliğinde olan kambiyo senetlerinde bu husus, kambiyo senetlerinin temel ilişkiden bağımsız olmaları nedeniyle özellik arz etmektedir. Zira alacaklının, elindeki kambiyo senedine dayanmadığı⁹² veya dayanamadığı bir halde, temel ilişkiye dayanarak talepte bulunması durumunda ispat yükü kendi üzerinde olan alacaklının, kambiyo senedine adi senet olarak dayanamayacak olmasının altında senedin kambiyo vasfını kazanmış olması ve bu senedin temel ilişkiden bağımsız başka bir alacağı belirtmesi yatmaktadır.

B. Zamanaşımına Uğramış Kambiyo Senedinin Temel İlişkide İspat Gücü

Kambiyo senedinin ifa uğruna düzenlendiği durumda alacaklı, temel ilişkiden doğan alacakla yarışan ancak ondan bağımsız ikinci bir alacak hakkı elde etmiş olur⁹³. Kambiyo ilişkisinden doğan bu ikinci alacak hakkı temel ilişkiden ayrı bir sözleşmeye dayanmaktadır⁹⁴. Bu nedenle temel ilişkinin

koyucunun takdiri hâkime bıraktığı “bile bile borçlunun zararına hareket” (TTK m.599) kavramı ve bu durumun ispatı hususuna değinmek yararlı olacaktır. Kambiyo senetlerinde kamu itimadına mazhar olma ilkesi çerçevesinde ortaya çıkmış olan şahsi def’ilerin sonraki hamillere ileri sürülememesinin bir istisnası olan bu kavram, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun 2. maddesinde düzenlenen iyi niyet kuralı ile ilişkilidir...”

⁸⁹ Eren, s. 191; Sayhan, s. 52; Karlı, s. 70; Ülgen, s. 101.

⁹⁰ Eren, s. 192; Sayhan, s. 52; Karlı, s. 70; Ülgen, s. 101.

⁹¹ Eren, s. 191; Sayhan, s. 52; Karlı, s. 70.

⁹² Alacaklının elinde kambiyo senedi varken ve kambiyo hukuku kapsamında talepte bulunması mümkünken sadece temel ilişkiye dayanması uygulamada görülen bir durum değildir, bu durum sadece teorik bir tartışma olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira alacaklı kambiyo senedine dayanabilecekken temel ilişkiye dayanması durumunda kambiyo senedini zedelemekten geri vermek ve böylece kambiyo ilişkisini sonlandırmak zorundadır. Bkz. Baumbach/ Hefermehl/ Casper, WG Art. 70, Rn. 7; Ülgen, s. 100; Kendigelen/ Kırca, s. 271; Poroy/ Tekinalp, s. 143; Alacaklının elinde kambiyo senedi varken temel ilişkiye dayanması sadece kambiyo senedine zamanaşımı def’i nedeniyle veya örneğin çekin ibraz edilmemesi nedeniyle başvuru hakkının düşmesinde olduğu gibi başvuru borçlularına başvurulamaması durumunda bir anlam ifade edecektir. Bkz. Ercan, s. 169.

⁹³ Susuz, s. 21; Poroy/ Tekinalp, s. 143; Domaniç, s. 14; Öztan, s. 381; Kaya, s. 415; Demiryak Ünal, s. 558; Ülgen, s. 100.

⁹⁴ Susuz, s. 21; Poroy/ Tekinalp, s. 143; Domaniç, s. 14; Öztan, s. 381; Kaya, s. 415; Demiryak Ünal, s. 558; Ülgen, s.

yanında kambiyo ilişkisinin kurulmasıyla birlikte iki farklı sözleşme ve iki farklı dava sebebi ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla iki farklı dava sebebi söz konusu olduğu için alacaklı kambiyo hukuku kapsamında bu dava sebebine dayanarak talepte bulunabileceği gibi temel ilişki kapsamında bu ilişkiden kaynaklanan dava sebebine dayanarak da talepte bulunabilir⁹⁵.

Dava sebebi, bir davanın açılmasına neden olan ve talep sonucunu haklı göstermek için gerekli olan maddi fiil veya hukuki işlemler şeklinde ortaya çıkan vakılardır⁹⁶. HMK'nın 119/1-e maddesi gereğince dava dilekçesinde; "davacının iddiasının dayanağı olan bütün vakıaların sıra numarası altında açık özetleri" yer almalıdır⁹⁷. Dolayısıyla alacaklı kambiyo hukukuna dayanarak talepte bulunacaksa dava sebebi olarak kambiyo ilişkisindeki vakıaları ileri sürmesi, temel ilişkiye dayanarak talepte bulunacaksa dava sebebi olarak temel ilişkideki vakıaları ortaya koyması gerekecektir. Bununla birlikte kambiyo senedinin vadesi gelince alacaklı ister temel ilişkideki dava sebebini ileri sürerek temel ilişkiye, isterse kambiyo ilişkisindeki dava sebebini ileri sürerek kambiyo hukukuna dayanarak talepte bulunabilecek ise de uygulamada genellikle alacaklının kambiyo hukukuna dayanarak alacağına daha çabuk kavuşması söz konusu olduğundan temel ilişkiye dayanarak talepte bulunulmadığı görülmektedir. Alacaklı tarafından kambiyo hukukuna dayanılarak talepte bulunulduğu durumda kanunda öngörülen zamanaşımı süresinin geçmesi ve borçlunun da zamanaşımı def'inde bulunması halinde artık kambiyo hukukuna dayanılamayacak; ya TTK'nın 732. maddesi gereğince sebepsiz zenginleşme sebebini ya da temel ilişkideki dava sebebini ileri sürerek borçludan talepte bulunulabilecektir⁹⁸. Özellikle kambiyo senedinin zamanaşımına uğraması üzerine alacaklı tarafından temel ilişkiye dayalı bir takip başlatılması veya dava açılması durumunda bu hukuki ilişkiye dair vakıaları ispatlaması gerekir. Başka bir deyişle alacaklı artık kambiyo senedine dayanmadığı için ispat soyutluğundan da yararlanamayacak; dolayısıyla ispat yükü alacaklının üzerinde olacaktır⁹⁹. Bu itibarla alacaklının elinde bulunan zamanaşımına uğramış kambiyo senedinin temel ilişkinin ispatı bakımından hangi niteliğe sahip olduğu hususu önemli bir tartışma olarak karşımıza çıkmaktadır.

Öğretide bir görüş¹⁰⁰; unsur eksikliği bulunan bir kambiyo senedi nasıl ki temel ilişkiye

100.

⁹⁵ Karıksız, Muhammet Can. "Teminat Amacıyla Düzenlenen Kambiyo Senetleri ve Soyutluk İlkesi", *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 26, S. 2, 2022, s. 687; Kaya, s. 415; Öztan, s. 903.

⁹⁶ Özekes, Muhammet. *Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku C. 2*. 15. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 1430; Arslan, Ramazan, vd., *Medeni Usul Hukuku*. 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 335; Tanrıver, Süha. *Medeni Usul Hukuku C. 1*. 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 494; Ermenek, İbrahim. *Medeni Usul Hukukunda Davaların Birleştirilmesi ve Ayrılması*. 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 147.

⁹⁷ HMK'nın 119/1-g maddesi gereğince "dayanılan hukuki sebepler" de dava dilekçesinde gösterilmelidir. Dolayısıyla HMK'nın 119/1-e maddesindeki dava sebebi ile HMK'nın 119/1-g maddesindeki hukuki sebep kavramlarının birbirinden farklı hususlar olduğu anlaşılmaktadır.

⁹⁸ Kendigelen, Abuzer. *Çek Hukuku*. 5. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 402; Öztan, s. 904; Pulaşlı, s. 245; Poroy/Tekinalp s. 273; Susuz, s. 162; Domaniç, s. 78; Kendigelen/ Kırca, s. 270.

⁹⁹ Ülgen, s. 103; Eren, s. 192; Öztan, s. 373; Bahtiyar, s. 8; Karlı s. 71; Tekinay, s. 140; Oğuzman/ Öz, s. 210.

¹⁰⁰ Tuna, Ergun. *Ticaret Hukuku Prensipleri Kıymetli Evrak C. 3*. Marmara Üniversitesi Nihad Sayar Eğitim Vakfı Yayınları, İstanbul, 1995, s. 226; Ayrıca zamanaşımına uğramış bononun adi senet olduğu hususu Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulunun 25.12.2019 tarihli ve 2019/1 Esas, 2019/8 Karar sayılı kararının üçüncü karşı oy yazısında savunulmuştur. Bkz. "...Zamanaşımına uğrayan bonoda kambiyo hukukundan kaynaklanan talep hakları yitirilmiş ise de aralarında temel ilişki bulunan keşideci ve lehtar bakımından senette hem imza hem de "ödeyeceğim"

dayanan taleplerde adi senet olarak kullanabiliyorsa zamanaşımına uğramış kambiyo senetlerinin de temel ilişkiye dayanan taleplerde adi senet olarak kullanılması gerektiğini, ayrıca kambiyo senetleri ile adi senetlerin birbiri içine geçen daireler olduğunu ve adi senetlerin büyük daireyi ifade ettiğini, dolayısıyla her kambiyo senedinin ayrıca adi senet niteliği de taşıdığını belirtmektedir. Öğretide hâkim olan bir diğer görüş¹⁰¹ ise; kambiyo ilişkisi ile temel ilişkinin birbirinden ayrı olduğunu, zamanaşımına uğramış kambiyo senedinin temel ilişkiye dayanan taleplerde adi senet olamayacağını, sadece delil başlangıcı olarak kullanılabileceğini belirtmektedir.

Yargıtay kararlarında da istikrarlı olarak zamanaşımına uğramış kambiyo senedinin temel ilişkiye dayanan bir davada delil başlangıcı olarak kabul edilebileceği belirtilmektedir¹⁰². Örneğin sonuçları bakımından bağlayıcı olan Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulunun 25.12.2019 tarihli ve 2019/1 Esas, 2019/8 Karar sayılı kararının sonuç kısmında da; zamanaşımına uğrayan ve bu nedenle kambiyo senedi vasfını kaybederek delil başlangıcına dönüşen bonodan

şeklinde bir irade açıklamasının varlığı, bu irade açıklamasının bir kağıt üzerinde olması ve yazılı olması gibi tüm unsurlar bulunmaktadır. Bu durumda bu belgenin HMK anlamında adi senette bulunması gereken tüm unsurları taşıması nedeniyle adi senet olarak kabul edilmemesi hukuken savunulabilecek bir düşünce değildir. Yasanın açıkça adi senet olarak kabul ettiği tüm unsurları taşıyan bir belgenin yargısal kararlarla senet sayılmaması düşünülemez. Türk Ticaret Kanunu'nda zamanaşımına uğrayan senedin adi senet dahi sayılmayacağına ilişkin her hangi bir yasal düzenleme yoktur. Kaldı ki adi senet haline dönüşen bu belge Türk Ticaret Kanunu'nun düzenlediği kambiyo senedi alanından çıkmış HMK'da düzenlenen adi senet haline dönüşmüştür. Dolayısıyla alacaklının zamanaşımına uğrayan bonoda yukarıda açıklandığı üzere hakların yarışması kapsamında temel ilişkiye dayalı olarak bu senede delil olarak dayanması suretiyle hakkını ispat etmesi mümkündür. Zira adi senet yasa gereği aksi ispatlanıncaya kadar kesin delildir...”

¹⁰¹ Kuru, Baki. *Hukuk Muhakemeleri Usulü*. 6. Baskı, Demir-Demir Yayıncılık, 2001, s. 2302; Erdönmez, Güray. *Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku C. 2*. 15. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 1845; Şimşek, Edip. “Kambiyo Senetleri ve Hukuki İlişki Sorunu.” *Yargıtay Dergisi*, C. 4, S. 3, 1975, s. 289; Türk, Ahmet. “Kambiyo Senedi Borçlusu Tarafından Açılan Bedelsizliğe ve Hükümsüzlüğe Dayalı Menfi Tespit Davalarının Gösterdiği Özellikler.” *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 7, Özel Sayı, 2005, s. 375; Bozkurt Yüksel, Armağan Ebru. “İspat Hukuku Bakımından Kambiyo Senetleri”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C. 24, S. 3, 2008, s. 518; Öztan, s. 1362; Konuralp, s. 67; Susuz, s. 149; Uslu, s. 266; Mutluay, 565; Ülgen, s. 142; Kendigelen, s. 404; Demirayak Ünal, s. 565; Kaya, s. 426; Ercan, s. 173; Aksu, s. 660; Poroy/ Tekinalp, s. 274; Pulaşlı, s. 377; Kendigelen/ Kırca, s. 271; Bozer/ Göle, s. 402; Demir, s. 666.

¹⁰² Y. 11. HD., E. 2022/3099, K. 2023/6743, T. 22.11.2023 (ET: 12.02.2025, www.lexpera.com.tr.) “...zamanaşımına uğrayan bono delil başlangıcı niteliğinde olduğundan tek başına alacağın varlığını ispata elverişli olmadığından davacının alacağı ispat için başka deliller de sunması gerektiği, oysa, davalı keşideci ve davalı lehtar ile davacı arasında temel ilişki olduğu ispat edilemediği gibi, dinlenen tanıkların da davacı ile davalılar arasında temel ilişkiden kaynaklı bir alacak borç ilişkisi olduğuna ilişkin bir beyanda bulunmadıkları, diğer yandan davacı ile temlik eden arasında bir alacak borç ilişkisi olmasının davacının temlik eden dışında bonoda imzası olan diğer kişilerden bonodan kaynaklı bir alacağı olduğunu ispat için yeterli olmadığı, kararın usul ve yasaya uygun olduğu...”

Y. 11. HD., E. 2020/3056, K. 2021/4427, T. 26.05.2021 (ET: 12.02.2025, www.lexpera.com.tr.) “...davalı vekili, takibe konu bonoların zamanaşımına uğradığını... savunarak davanın reddini istemiştir. ...zamanaşımına uğramış bonolar yönünden Kambiyo Hukukuna dayalı haklar yitirilir ise de, taraflar arasında temel ilişki bulunması halinde bonoların yazılı delil başlangıcı niteliğinde olacağı...”

Y. 11. HD., E. 2021/33, K. 2022/2550, T. 29.03.2022 (ET: 12.02.2025, www.lexpera.com.tr.) “...Dava temel ilişkiye dayalı alacağın tahsiline yönelik icra takibine yapılan itirazın iptali istemine ilişkindir. Dava konusu bonoda davacı lehtar, davalı keşideci konumundadır. Ayrıca taraflar arasında temel ilişki bulunmaktadır. Bunun yanında zamanaşımına uğramış bono delil başlangıcı niteliğinde olup, alacaklı iddiasını tanık dahil her türlü delille kanıtlayabilir...”

bahsedilmiştir¹⁰³.

Kanaatimizce de zamanaşımına uğramış kambiyo senedi, temel ilişkiye dayanan taleplerde delil başlangıcı niteliğindedir. Zira bir senedin kambiyo senedi vasfını kazanmasıyla birlikte temel ilişkiden doğan alacakla yarışan ancak ondan bağımsız ikinci bir alacak hakkı elde edilmiş olur¹⁰⁴. Kambiyo senedi artık lehtarın veya hamilin kambiyo alacağını haiz olduğuna ilişkin iddiası için delil oluşturur. Kambiyo senedinin düzenlenmesine sebep olan temel ilişki, senedin kambiyo vasfını kazanmasıyla birlikte kambiyo ilişkisinde varlığını göstermez; sebebe işaret edilmeyen tamamen renksiz bir alacak hakkı ortaya çıkar¹⁰⁵. Örneğin taraflar arasındaki temel ilişki satış sözleşmesi ise bu sözleşmeden kaynaklanan borcun ifası amacıyla bir kambiyo senedi düzenlendiğinde artık taraflar arasında ortaya çıkan kambiyo ilişkisinin temelinde satış sözleşmesi olduğu hususu ihtimallerden sadece birini oluşturur. Başka bir deyişle senedin kambiyo vasfını kazanmasıyla birlikte temeldeki ilişki, örneğin satış sözleşmesi veya bundan başka onlarca farklı sözleşmeden herhangi biri olabilir. Dolayısıyla bir kambiyo senedi, içerdiği irade beyanları ve bilgiler bakımından temel ilişkinin dava sebeplerini ispat eden kesin bir delil (adi senet) olarak dikkate alınması mümkün değildir¹⁰⁶. Bu itibarla zamanaşımına uğramış kambiyo senedi temel ilişkiye dayanan taleplerde ileri sürülen dava sebebini tamamen ispatlamaya yetmemekle birlikte, söz konusu maddi fiil veya hukuki işlemi muhtemel gösteren ve kendisine karşı ileri sürülen kimse veya temsilcisi tarafından verilmiş bir belge olarak değerlendirilebilecektir (HMK m. 202/2). Bu kapsamda zamanaşımına uğramış kambiyo senedi, temel ilişkiye dayanan taleplerde ispat hukuku bakımından delil başlangıcı niteliğindedir. Bu itibarla zamanaşımına uğramış kambiyo senedi üzerindeki ciro şerhi de cirantalar arasındaki temel ilişkide yazılı delil başlangıcı niteliğine sahiptir¹⁰⁷.

Delil başlangıcı HMK'nın 202/2 maddesinde; *“iddia konusu hukuki işlemin tamamen ispatına yeterli olmamakla birlikte, söz konusu hukuki işlemi muhtemel gösteren ve kendisine karşı ileri sürülen kimse veya temsilcisi tarafından verilmiş veya gönderilmiş belgedir”* şeklinde tanımlanmıştır. Buna göre delil başlangıcı kavramını tanımlamak için belge kavramı üzerinden hareket edilmiştir. Senet ise Kanun'da tanımlanmamakla birlikte; *“hukuki bir muameleyi veya olayı belgelemek amacıyla resmi makam ya da borç altına giren kişi tarafından düzenlenmiş veya onaylanmış belge”* şeklinde tanımlanabilir¹⁰⁸. Bu itibarla resmi makam tarafından düzenlenen veya onaylanan senetler *“resmi senet”*; resmi bir makamın katkısı olmaksızın ilgili kişiler arasında düzenlenen ve borçlunun imzasını içeren senetler ise *“adi senet”* olarak adlandırılmaktadır¹⁰⁹. Öte yandan HMK'nın 200.

¹⁰³ 2797 sayılı Yargıtay Kanunu'nun 57/5 maddesi gereğince içtihadı birleştirme kararları, benzer hukuki konularda Yargıtay Genel Kurullarını, dairelerini ve adliye mahkemelerini bağlar. Bu bağlayıcılık, içtihadı birleştirme kararının yalnızca sonuç kısmına ilişkindir. Kararda değinilen gerekçeler ise açıklayıcı ve yol gösterici niteliktedir. Dolayısıyla Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 21.09.1994 tarihli ve 1994/11248 Esas, 1994/538 Karar sayılı kararında da belirtildiği üzere; kural olarak Yargıtay İçtihatları Birleştirme Kararları konuları ile sınırlı, gerekçeleri ile aydınlatıcı ve sonuçları ile bağlayıcıdır.

¹⁰⁴ Demirayak Ünal s. 558; Ülgen, s. 100; Serozan/ Baysal/ Sanlı, s. 36; Kaya, s. 415.

¹⁰⁵ Öztan, s. 373; Ercan, s. 171; Ülgen, s. 100; Kaya, s. 415.

¹⁰⁶ Öztan, s. 373; Ercan, s. 171; Ülgen, s. 100; Kaya, s. 415.

¹⁰⁷ Aksu, s. 661; Şimşek, s. 285.

¹⁰⁸ Üstündağ, Saim. *Medeni Yargılama Hukuku*. 7. Baskı, Nesil Matbaacılık, İstanbul, 2000, s. 676-677.

¹⁰⁹ Özkaya-Ferendeci, H. Özden. “Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndaki Belge Terimi ve İspat Hukukundaki Yeri.” *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, C. 16, Özel Sayı, 2014, s.

maddesi gereğince; “bir hakkın doğumu, düşürülmesi, devri, değiştirilmesi, yenilenmesi, ertelenmesi, ikrarı ve itfası amacıyla yapılan hukuki işlemlerin kanunda belirtilen miktarın üzerinde olması durumunda senetle ispat edilmesi zorunludur”. Yine değeri ne olursa olsun senetle ispat edilmiş bir hukuki işleme ilişkin menfi iddiaların da senetle ispat edilmesi gerekir. Senede karşı senetle ispat kuralı olarak anılan bu hususun istisnalarından birisini delil başlangıcının söz konusu olduğu durum oluşturmaktadır¹¹⁰. Zira HMK’nın 202/1 maddesi gereğince; “senetle ispat zorunluluğu bulunan hâllerde delil başlangıcı bulunursa tanık dinlenebilecektir”. Bununla birlikte bir belgenin senet niteliği taşıyor olması onun delil başlangıcı niteliği taşımasına engellemez. Başka bir deyişle bir senet iddia konusu hukuki işlemin tamamen ispatına yeterli olmamakla birlikte, söz konusu hukuki işlemi muhtemel göstermesi durumunda delil başlangıcı niteliği taşıyabilecektir¹¹¹. Dolayısıyla zamanaşımına uğramış kambiyo senedi, taraflar arasındaki temel ilişkiyi tam olarak ispat edemediği, sadece böyle bir ilişkinin olabileceğini muhtemel gösterdiğinden senet niteliğinde olsa da temel ilişki kapsamında delil başlangıcı niteliğindedir.

Temel ilişki kapsamında zamanaşımına uğramış kambiyo senedinin delil başlangıcı niteliği bir bütün olarak değerlendirilmeli, sadece temel ilişkinin varlığının ispatı hususunda değil borcun senedin üzerinde yazılı vadeye kadar ertelenip ertelenmediği hususunda da delil başlangıcı olarak kabul edilmelidir¹¹². Zira ifa uğruna kambiyo senedi düzenlenmesiyle birlikte temel ilişkiden kaynaklanan borcun vadesi, kambiyo senedinin vadesine kadar ertelenmiş sayılır; temel ilişkiden kaynaklanan borcun, kambiyo senedinin vadesinden önce talep edilmesi halinde borçlunun kambiyo senedine dayanılması ve alacağın henüz muaccel olmadığı yönünde def’i ileri sürmesi mümkündür¹¹³. Zamanaşımına uğramış kambiyo senedi söz konusu olduğunda ispat yükü üzerinde olan alacaklı, bu senede delil başlangıcı olarak dayandığında ayrıca alacağın vade tarihinde muaccel olduğunu da tanık dâhil diğer takdiri delillerle ispat etmesi gerekir¹¹⁴. Bu husus özellikle temel ilişkiden kaynaklanan borcun zamanaşımı süresinin başlangıcının tespit edilmesinde önem kazanmaktadır.

Öte yandan zamanaşımına uğramış kambiyo senedine delil başlangıcı olarak dayanılması halinde temel ilişkiden kaynaklanan borcun ifa edileceği günün birlikte belirlenmiş olup olmadığının ve dolayısıyla vade tarihinin temerrüt tarihi olarak kabul edilip edilmeyeceğinin de tanık dâhil diğer delille ispat edilmesi hâlinde senetteki vadenin temerrüt tarihi olarak esas alınması gerekir¹¹⁵. Oysa Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulunun 25.12.2019 tarihli ve 2019/1 Esas, 2019/8 Karar sayılı kararının gerekçesinde; zamanaşımına uğramış bononun vadesinin doğrudan temel ilişkiden kaynaklanan borcun muacceliyet tarihi olarak kabul edileceği belirtilmiş; ancak bu tarihin temerrüde esas alınamayacağı, borçlunun temerrüde düşürülmesi için ayrıca borçluya ihtar gönderilmesi gerektiği kabul edilmiştir. Temel ilişkide delil başlangıcı niteliğindeki zamanaşımına

817.

¹¹⁰ Budak, Ali Cem/ Karaaslan, Varol. *Medeni Usul Hukuku*. 6. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2022, s. 322; Pekcanitez, Hakan/ Atalay, Oğuz/ Özekes, Muhammet. *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*. 10. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022, s. 401.

¹¹¹ Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, s. 401; Tanrıver, s. 854-855.

¹¹² Demirayak Ünal s. 566; Ülgen, s. 261; Kaya, s. 426

¹¹³ Ülgen, s. 100; Demirayak Ünal, s. 558.

¹¹⁴ Demirayak Ünal, s. 566; Ülgen, s. 261; Kaya, s. 426.

¹¹⁵ Demirayak Ünal, s. 566; Ülgen, s. 261; Kaya, s. 426.

uğramış kambiyo senedinin vadesinin hem doğrudan muacceliyet tarihi olarak kabul edilmesi hem de bu tarihin tanıkla ispat edilse dahi temerrüt tarihi olarak kabul edilmemesi karardaki çelişkiyi ortaya kaymaktadır. Ancak içtihadı birleştirme kararlarının sonuç kısmı; benzer hukuki konularda Yargıtay Genel Kurullarını, dairelerini ve adliye mahkemelerini bağlayacağı için artık “zamanaşımına uğrayan ve bu nedenle kambiyo senedi vasfını kaybederek delil başlangıcına dönüşen bonodaki vade tarihi, temel ilişkiye dayanılarak yapılan bir takip veya açılan bir davada temerrüde esas alınamayacaktır”. Kanaatimizce zamanaşımına uğramış kambiyo senedi içerdiği tüm unsurlar bakımından temel ilişkide delil başlangıcı niteliğinde olduğundan, bu unsurların bir kısmı bakımından sınırlı delil kabul edilirken diğer bir kısmı bakımından tanıkla ispatlansa dahi delil olarak kabul edilmemesi isabetli değildir. Başka bir deyişle, zamanaşımına uğramış kambiyo senedi, takdiri bir delil bütünlüğü içinde ele alınmalı ve tüm unsurlar bakımından tanıkla ispatın geçerli olacağı kabul edilmelidir¹¹⁶.

Hemen belirtilmelidir ki kambiyo senedi zamanaşımına uğramamış olsa da belirtilen nedenlerden dolayı temel ilişkiye dayanan taleplerde delil başlangıcı niteliğindedir. Genellikle alacaklının kambiyo hukukuna dayanarak alacağına daha çabuk kavuşması söz konusu olduğundan temel ilişkiye dayanarak talepte bulunulması söz konusu olmayacak ise de bulunulduğunda da alacaklının kambiyo senedini zedelemekten geri vermesi gerekecektir¹¹⁷. Bununla birlikte alacaklının temel ilişkiye dayanarak talepte bulunması durumunda zedelemekten geri vermek zorunda olduğu kambiyo senedi, temel ilişki bakımından delil başlangıcı niteliğinde olacaktır. Zira zamanaşımına uğramış kambiyo senedinin temel ilişki bakımından delil başlangıcı olmasının sebebi senedin zamanaşımına uğramış olması değil, bu senedin kambiyo vasfını kazanmış olmasıdır. Taraflar arasında ortaya çıkan kambiyo ilişkisi, belirli bir bedelin ödenmesi hususunda kayıtsız ve şartsız havale veya ödeme vaadi içereceğinden bu ilişkinin temel ilişkiyle bağlantısı bulunmayacaktır. Aksine senetteki havalenin veya ödeme vadinin temel ilişkiyle bağlantısının kurulması halinde bu senetler kambiyo vasfını kazanamayacaktır. Bu itibarla ister zamanaşımına uğrasın ister uğramasın kambiyo senedi temel ilişkiye dayanan taleplerde delil başlangıcı niteliğinde olacaktır.

Bununla birlikte TTK’da ve 5941 sayılı Çek Kanunu’nda çeke bağlanan hukuki sonuçların ortaya çıkabilmesi için, çekin hamil tarafından, Kanun’da belirtilen süreler içerisinde muhatap bankaya ibraz edilmesi gerekmektedir. Çekte asli borçlu bulunmadığından hamil artık başvuru borçlularına da başvuramayacağından çeke dayalı olarak başvurma hakkını tamamen kaybedecektir. Bu durum çekin kambiyo senedi vasfında bir değişiklik oluşturmayacak sadece artık çeke dayanılamayacaktır. Bu itibarla elinde süresi içinde muhatap bankaya ibraz edilmeyen bir çek bulunan hamil, ya TTK’nın 818/1-m maddesi atfıyla TTK’nın 732. maddesi gereğince sebepsiz zenginleşme davası açacak ya da kendi akidinden temel ilişki kapsamında talepte bulunacaktır. Zamanaşımına uğramış kambiyo senetlerinde olduğu gibi süresi içerisinde muhatap bankaya ibraz edilmeyen çek de temel ilişkiye dayanan taleplerde delil başlangıcı niteliğindedir¹¹⁸.

Police ve çekin “kayıtsız ve şartsız havale” ibaresini, bononun ise “kayıtsız ve şartsız ödeme

¹¹⁶ Aynı yönde Bkz. Demirayak Ünal, s. 566; Ülgen, s. 261; Kaya, s. 426.

¹¹⁷ Baumbach/ Hefermehl/ Casper, WG Art. 70, Rn. 7; Ülgen, s. 100; Kendigelen/ Kırca, s. 271; Poroy/ Tekinalp, s. 143.

¹¹⁸ Coşkun, Muzaffer. *Özel Hukukta Karşılıksız Çek ve Hamilin Hakları*. 1. Baskı, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1994, s. 95-96; Öztan, s. 878; Kendigelen, s. 315; Uslu, s. 267; Susuz, s. 149; Narbay/ Çelik, s. 6063.

vaadi” ibaresini içerecek olması kambiyo senetlerinin temel ilişki ile bağlantı kuran kayıtları içermeyeceğini göstermektedir. Ancak öğreti ve uygulamada¹¹⁹ temel ilişkiye işaret eden “bedeli nakden/malen alınmıştır” gibi bedel kayıtları ile teminat kayıtlarının¹²⁰ kambiyo senedinde yer alabileceği ve bu kayıtların kambiyo senedi vasfını etkilemeyeceği kabul edilmektedir¹²¹. Zira anılan kayıtlar temel ilişkiyi tam olarak göstermese de düzenleyen ile lehtar arasındaki temel ilişkide, düzenleyenin karşı edimi aldığına ilişkin bir ispat işlevi görmektedir¹²². Bedel veya teminat kaydının bulunduğu bir kambiyo senedinde ispat soyutluğu hala geçerli olup ispat yükü borçlu üzerindedir. Bu itibarla kambiyo senedinin bedelsizliğine ilişkin açılan bir menfi tespit davasında davalı sıfatına haiz olan kambiyo alacaklısının ispat soyutluğu sayesinde geçerli bir hukuki sebebin ve temel alacağın bulunduğu ispat yükü bulunmamaktadır¹²³. Ancak kambiyo alacaklısı bu davada senet üzerinde yazan bedel kaydının aksini ileri sürerse, artık ispat soyutluğundan yararlanamayacak ispat yükünü üzerine alacaktır¹²⁴. Bununla birlikte üzerinde bedel veya teminat kaydı bulunan zamanaşımına uğramış kambiyo senedinin temel ilişki kapsamında delil başlangıcı olabilmesi için alacaklının dava sebebi olarak bedel kaydının aksini ileri sürmemesi gerekir. Başka bir deyişle alacaklı zamanaşımına uğramış kambiyo senedinde yer alan bedel kaydının aksini ileri sürerse artık kambiyo senedine hiçbir şekilde delil olarak dayanamaz. Zira alacaklı zamanaşımına uğramış kambiyo senedinde yer alan bedel kaydının aksini ileri sürerek senedin dava edilen temel ilişki kapsamında düzenlenmediğini de kabul etmiş olmaktadır.

Görüldüğü üzere ister zamanaşımına uğramış olsun ister zamanaşımına uğramasın kambiyo senedinin temel ilişkide delil başlangıcı niteliğinde olmasının altında, düzenlenen senedin kambiyo senedi vasfında olması yatmaktadır. Başka bir deyişle temel ilişki kapsamında şekli anlamda soyut borç niteliğinde olan yazılı bir borç tanınması/vaadi veya havalesi durumunda sadece senette borcun sebebi gösterilmemekte; ancak senedin temel ilişkiyle bağlantısı devam ettiği için temel ilişki kapsamında adi senet niteliği taşımaktadır. Oysa temel ilişki kapsamında maddi anlamda soyut borç

¹¹⁹ Y. HGK., E. 2021/607 K. 2023/626 T. 14.6.2023 (ET: 12.02.2025, www.lexpera.com.tr.) “...kambiyo senetleri temel hukuki ilişkiden bağımsız bir nitelik taşır ve soyut bir borç ikrarı içerir. Bu nedenle de bono düzenlenirken temel ilişkinin kaynağına yönelik “bedelin malen-nakden ya da teminat olarak alındığına” ilişkin ibarelerin senede yazılması zorunlu değildir. Taraflar bu ibareleri ticaret hayatındaki olası bir uyuşmazlık durumunda ispat hukukunda karşılaşılabilecekleri zorlukları daha kolay aşmak amacıyla ihtiyari olarak kayıt altına almaktadırlar. Yoksa elbette ki bu kayıtlar bağımsız borç ikrarı içeren senetlerin niteliğine etki etmez...”.

¹²⁰ Burada söz konusu olan teminat kayıtlarında taraflar senet üzerine sadece “teminat senedi” vb. ibare eklemekte; bu ibareden kambiyo senedinin hangi temel borcun teminatı olduğu anlaşılamamaktadır. Dolayısıyla temel ilişkiyle bağlantı kurmayan bu şekildeki teminat kayıtlarının kambiyo senedinin geçerliliğine olumsuz bir etkisi yoktur. Ancak temel ilişkiyle bağlantı kuran “... tarihli sözleşmenin teminatıdır” vb. ibarelerin senet üzerinde yer alması, “kayıtsız ve şartsız kambiyo taahhüdü” içermemesi nedeniyle senedin kambiyo niteliğini kazanmasını engellemektedir. Bkz. Kendigelen/ Kırca, s. 191; Poroy/ Tekinalp, s. 268; Ülgen, s. 167.

¹²¹ Poroy/ Tekinalp, s. 166; Kendigelen/ Kırca, s. 190; Öztan, s. 486; Ülgen, s. 154.

¹²² Yılmaz, Gülşah. “Yargıtay Kararları Işığında Bononun Tali’li.” *Ankara Barosu Dergisi*, C. 78, S. 4, 2020, s. 11; Bozgeyik, Hayri/ Gündoğdu, Süleyman Burak. “Yargıtay Kararları Çerçevesinde Bonoda Düzenleme Sebebinin Değiştirilmesine Yönelik Beyanların İspat Yüküne Etkisi.” *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi*, C. 7, S. 2, 2021, s. 260; Öztan, s. 486; Kinacioğlu, s. 148.

¹²³ Ülgen, s. 72; Öztan, s. 1008-1009; Yılmaz, s. 14; Bozgeyik/ Gündoğdu, s. 262.

¹²⁴ Deynekli, Adnan. “Bonoda Bedel Kaydının ve Talilin (Bedel Kaydının Aksini İddia Etmenin) İspat Yüküne Etkisi.” *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 9, S. 1-2, 2005, s. 156; Öztan, s. 1008-1009; Yılmaz, s. 14; Bozgeyik/ Gündoğdu, s. 262.

niteliğinde olan kambiyo senedi düzenlendiğinde temel ilişkiden doğan alacaktan ve dava sebebinden tamamen bağımsız ikinci bir alacak hakkı elde edilmektedir¹²⁵. Bu itibarla temel ilişki kapsamında düzenlenen ancak kambiyo senedi niteliğini eksik unsur nedeniyle hiç kazanamamış senet ile kambiyo senedi niteliğini kazanmış ancak zamanaşımına uğramış senedin temel ilişkiye dayanan taleplerde ispat hukuku kapsamında hukuki nitelikleri farklılık arz etmektedir.

C. Eksik Unsurlu Kambiyo Senedinin Temel İlişkide İspat Gücü

Kambiyo senetleri sıkı şekil şartlarına tabi olduğundan kanunda sayılan zorunlu unsurların bulunmaması ve bulunmayan unsurların kanunda belirtilen alternatiflerinin de senette yer almaması durumunda, senet kambiyo senedi vasfını kazanamayacaktır.

Zamanaşımına uğramış olsun veya olmasın kambiyo senedinin temel ilişkiye dayanan taleplerde delil başlangıcı olmasının nedeni bu senedin kambiyo vasfını kazanmış olmasıdır. Bu hususun daha iyi anlaşılabilmesi için kambiyo vasfını kazanamamış eksik unsurlu senetlerin temel ilişkiye dayanan taleplerde ispat hukuku bakımından hukuki niteliğinin belirlenmesi gerekir. Başka bir deyişle temel ilişki kapsamındaki borcun ifası uğruna kambiyo senedi düzenleme iradesiyle hareket edilmesine rağmen unsur eksikliği nedeniyle kambiyo senedi vasfı kazanamamış senetlerin temel ilişkiye dayanan taleplerin ispatı bakımından hangi hukuki niteliğe sahip olduğu tartışılması gereken önemli bir husustur.

Öğretide bir görüş¹²⁶, unsur eksikliği nedeniyle kambiyo senedi vasfı kazanamamış bu senetlerin tahvil yoluyla soyut borç tanınması veya havale olarak kabul edilebileceğini, başka bir deyişle unsur eksikliği bulunan kambiyo senetlerinde geçerli kabul edilen işlemin temel ilişkiye yönelik bir borç tanınması veya havale olduğunu, dolayısıyla belirli bir miktarın ödenmesini veya havalesini, borçlunun imzasını ve lehtarın adını taşıyan ancak diğer unsur eksikliği nedeniyle kambiyo senedi vasfı kazanamamış senetlerin temel ilişkiye dayanan taleplerin ispatı bakımından adi senet niteliğinde olacağını belirtmektedir. Öğretideki bir diğer görüş¹²⁷ ise unsur eksikliği nedeniyle kambiyo senedi vasfı kazanamamış senetlerin tahvil edilmesinin mümkün olmadığını, zira tarafların kambiyo senedi düzenleme iradesiyle hareket ettiklerini, soyut borç tanınmasına veya havaleye yönelik iradelerinin bulunmadığını, dolayısıyla unsur eksikliği nedeniyle kambiyo senedi vasfı kazanamamış senetlerin temel ilişkide adi senet olarak kabul edilemeyeceğini, zamanaşımına uğramış kambiyo senetleri temel ilişkide “delil başlangıcı” olarak kabul edilirken bu senetlerin temel ilişkide adi senet olarak kabul edilmesinin haksız bir uygulama olacağını, unsur eksikliği nedeniyle kambiyo senedi vasfı kazanamamış senetlerin temel ilişkide ancak delil başlangıcı olabileceğini belirtmektedir. Yargıtay kararlarında da genel itibarıyla kambiyo vasfını kazanamamış senetlerin temel ilişkiye dayanan bir davada adi senet olarak kabul edilebileceği belirtilmektedir¹²⁸.

¹²⁵ Demirayak Ünal, s. 558; Ülgen, s. 100; Susuz, s. 21; Poroy/ Tekinalp, s. 143; Domaniç, s. 14; Öztan, s. 381; Kaya, s. 415.

¹²⁶ Öztan, s. 496-497; Kınacıoğlu, s. 145; Ercan, 165; Domaniç, s. 150; Karlı, s. 52-53; Konuralp, s. 65; Bozkurt Yüksel, s. 517.

¹²⁷ İmregün, Oğuz. *Kıymetli Evrak Hukuku (Genel Hükümler- Kambiyo Senetleri- Makbuz Senedi- Varant)*. Filiz Kitapevi, İstanbul, 1995, s. 54.

¹²⁸ Y. 19. HD., E. 2016/15638, K. 2018/219, T. 30.1.2018 (ET: 12.02.2025, www.lexpera.com.tr.) “...Dava, senede

Kanaatimizce unsur eksikliği nedeniyle kambiyo senedi vasfı kazanamamış senetlerin, belirli bir meblağın ödenmesine veya havalesine ilişkin kabulü, lehtarın adını ve düzenleyenin imzasını taşıması kaydıyla soyut borç tanınması veya havaleye tahvil edilmesi mümkündür. Bu senetlerin tahvil edilememesi için tarafların soyut borç tanınması veya havaleyi kabul etmediklerinin özellikle ispatlanması gerekir. Dolayısıyla unsur eksikliği nedeniyle kambiyo vasfı kazanamayan senetler temel ilişkiden kaynaklanan talepler bakımından adi senet olarak kabul edilmelidir. Zira bu senetler kambiyo vasfı kazanamadığı için taraflar arasında temel ilişkiye paralel ikinci bir ilişki oluşmamış; bu kapsamda temel ilişkiyle de bağlantısı koparılmamıştır. Bu senetler artık temel ilişki kapsamında düzenlenen “şekli anlamda soyut borç” niteliğine sahip olmuştur. Bu itibarla temel ilişkiden kaynaklanan talepler bakımından unsur eksikliği nedeniyle kambiyo senedi vasfı kazanamamış senetler ile zamanaşımına uğramış kambiyo senetlerinin ispat hukuku anlamında hukuki nitelikleri farklıdır; bu farklılık ise senetlerin kambiyo vasfının kazanıp kazanmadığından kaynaklanmaktadır.

Bununla birlikte belirli bir meblağın ödenmesine veya havalesine ilişkin kabulü veya lehtarın adını veyahut da düzenleyenin imzasını taşınamaması nedeniyle kambiyo vasfını kazanamamış senetler alacağı muhtemel göstermesi (en azından yazı şartını sağlaması) koşuluyla delil başlangıcı olarak kabul edilebilecektir¹²⁹.

SONUÇ

Kambiyo senetleri genellikle taraflar arasındaki temel ilişki kapsamındaki borcun ifası uğruna düzenlenmektedir. Bu durumda temel ilişkiden kaynaklanan borcun sona erdirilmesi değil, alacaklının temel ilişkiden kaynaklanan alacağına ulaşması için ek bir güvence sağlanması söz konusu olmaktadır. Böylece temel ilişkiden kaynaklanan borç sona ermeyeceği için biri temel ilişkiden doğan alacak hakkı diğeri kambiyo ilişkisinden doğan alacak hakkı olmak üzere birbirinden bağımsız ve birbirine paralel iki talep hakkı ortaya çıkmaktadır. Hâl böyle olunca kambiyo senedinin vadesi gelince alacaklı ister temel ilişkideki dava sebebini ileri sürerek temel ilişkiye, isterse kambiyo

dayalı takibe yönelik itirazın iptali istemine ilişkindir. Dava konusu senetler daha önceden de kambiyo senetlerine mahsus takibe konu yapılmış ancak çift vade tarihi taşıması nedeniyle kambiyo vasfını yitirdiğinden icra mahkemesince takibin iptaline karar verilmiştir. Bononun iki farklı vade tarihi içermesi kambiyo vasfını sona erdirir ve adi senede dönüşmesine yol açar. Bu durumda yazılı delil başlangıcından söz edilemez. Adi senette de açık bir borç ikrarı söz konusu olduğundan ispat yükü senet alacaklısında değil, borçlusundadır. Mahkemece açıklanan bu gerekçelerle davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken... ”. Bu kararda çift vadeli kambiyo senetlerinin kambiyo vasfını yitireceğinden bahsedilmiş ise de çift vadeli senetler, kambiyo vasfını kaybettiği için değil, kambiyo vasfını hiç kazanamadığı için temel ilişkide adi senet olarak kabul edilmektedir.

Y. 13. HD., E. 2016/18132, K. 2019/4966, T. 16.4.2019 (ET: 12.02.2025, www.lexpera.com.tr.) “...davacı tarafın dermeyan ettiği senedin tetkikinden tanzim tarihinin 23.07.2013 tarihi olduğu, tediye tarihinin ise 23.07.2012 tarihi olduğu, yine senette ayrıca ödeme günü hanesinin mevcut olduğu ancak işbu kısımda yazılı olan tarihin anlaşılamadığı, zira söz konusu tarihin yıl hanesinde üç rakamdan oluşan bir tarihin yazılı olduğu, bu itibarla da senetteki geçerli tediye (ödeme) tarihinin vade tarihi olarak kabul edilmesinin gerekeceği, vade tarihinin de senedin tanzim tarihinden evvel olması hasebiyle mezkur senedin kambiyo vasfının bulunmadığı, ancak bu niteliğiyle mezkur senedin davalı tarafın iddiasının aksine yazılı delil başlangıcı değil “adi senet” keyfiyetinde olduğu, davalının söz konusu senetteki imzasını inkâr etmediği, bu nedenle de mezkur senedin alacak doğurucu geçerli bir belge olarak kabulünün zorunlu olduğu ve borç ikrarını içerdiği, hal böyle olunca davacı tarafından başka bir delil sunulmasına gerek bulunmadığı ve bu durumda davalı tarafın adi yazılı belgeye karşın borçlu olmadığını ispatla mükellef olduğu...”.

¹²⁹ Konuralp, s. 63-64.

ilişkisindeki dava sebebini ileri sürerek kambyo hukukuna dayanarak talepte bulunabilecektir. Ancak uygulamada genellikle alacaklının kambyo hukukuna dayanarak alacağına daha çabuk kavuşması söz konusu olduğundan temel ilişkiye dayanarak talepte bulunulmadığı görülmektedir.

Alacaklı tarafından kambyo hukukuna dayanılarak talepte bulunulduğu durumda kanunda öngörülen zamanaşımı süresinin geçmesi ve borçlunun da zamanaşımı def'inde bulunması halinde alacaklı artık kambyo hukukuna dayanamayacak; ya TTK'nın 732. maddesi gereğince sebepsiz zenginleşme sebebini ya da temel ilişkideki dava sebebini ileri sürerek borçludan talepte bulunabilecektir. Özellikle kambyo senedinin zamanaşımına uğraması üzerine alacaklı tarafından temel ilişkiye dayalı bir takip başlatılması veya dava açılması durumunda bu hukuki ilişkiye dair vakıaların ispatlanması gerekecektir. Başka bir deyişle alacaklının artık kambyo senedine dayanamaması nedeniyle ispat soyutluğundan da yararlanamayacak olması karşısında ispat yükü alacaklının üzerinde olacaktır. Bu itibarla alacaklının elinde bulunan zamanaşımına uğramış kambyo senedinin temel ilişkinin ispatı bakımından hangi niteliğe sahip olduğu hususu önemli bir tartışma olarak karşımıza çıkmaktadır.

Kambyo senetleri bakımından TTK'da özel zamanaşımı süreleri düzenlenmiştir. Kanun'da düzenlenen bu sürelerin geçmesiyle birlikte borçlunun da zamanaşımı def'inde bulunması üzerine alacaklı artık cebri icra ve dava yoluna başvuramayacaktır. Alacaklının kambyo senedine dayalı olarak cebri icra ve dava yoluna başvuramamasının sebebi ise senedin kambyo vasfını kaybetmesi değil, kambyo senedinden kaynaklanan alacak için devlet himayesinden yararlanılamayacak olmasıdır. Zira zamanaşımı def'inin kambyo senedinden doğan hak üzerinde hiçbir etkisi bulunmamakta; hakkın maddi varlığı devam etmektedir. Dolayısıyla zamanaşımı def'inin ileri sürülmesi ile hakkın maddi varlığının sona ermesi söz konusu olmadığından "zamanaşımına uğrayan kambyo senedinin" kambyo vasfı da kaybolmayacaktır.

Zamanaşımına uğramış kambyo senedi, temel ilişkiye dayanan taleplerde delil başlangıcı niteliğindedir. Zira bir senedin kambyo senedi vasfını kazanmasıyla birlikte temel ilişkiden doğan alacakla yarışan ancak ondan bağımsız ikinci bir alacak hakkı elde edilmiş olması karşısında kambyo senedi artık lehtarın veya hamilin kambyo alacağına haiz olduğuna ilişkin iddiası için delil oluşturur. Kambyo senedinin düzenlenmesine sebep olan temel ilişki, senedin kambyo vasfını kazanmasıyla birlikte kambyo ilişkisinde varlığını göstermez; sebebe işaret edilmeyen tamamen renksiz bir alacak hakkı ortaya çıkar. Başka bir deyişle senedin kambyo vasfını kazanmasıyla birlikte temeldeki ilişki örneğin satış sözleşmesi veya bundan başka onlarca farklı sözleşmeden herhangi biri olabilir. Dolayısıyla bir kambyo senedi, içerdiği irade beyanları ve bilgiler bakımından temel ilişkinin dava sebeplerini ispat eden kesin bir delil (adi senet) olarak dikkate alınması mümkün değildir. Bu itibarla zamanaşımına uğramış kambyo senedi temel ilişkiye dayanan taleplerde ileri sürülen dava sebebini tamamen ispatlamaya yetmemekle birlikte, söz konusu maddi fiil veya hukuki işlemi muhtemel gösteren ve kendisine karşı ileri sürülen kimse veya temsilcisi tarafından verilmiş bir senet olarak değerlendirilebilecektir (HMK m. 202/2). Bu kapsamda zamanaşımına uğramış kambyo senedi, temel ilişkiye dayanan taleplerde ispat hukuku bakımından delil başlangıcı niteliğindedir.

Zamanaşımına uğramış kambyo senedinin temel ilişki bakımından delil başlangıcı olmasının sebebi senedin zamanaşımına uğramış olması değil, bu senedin kambyo vasfını haiz bir senet olmasıdır. Dolayısıyla kambyo senedi zamanaşımına uğramamış olsa da temel ilişkiye dayanan

taleplerde delil başlangıcı niteliğindedir.

Öte yandan temel ilişkiden kaynaklanan talepler bakımından unsur eksikliği nedeniyle kambiyo senedi vasfı kazanamamış senetler ile zamanaşımına uğramış kambiyo senetlerinin ispat hukuku anlamında hukuki nitelikleri farklıdır; bu farklılık senetlerin kambiyo vasfının kazanıp kazanmadığından kaynaklanmaktadır. Unsur eksikliği nedeniyle kambiyo senedi vasfı kazanamamış senetlerin, belirli bir meblağın ödenmesine veya havalesine ilişkin kabulü, lehtarın adını ve düzenleyenin imzasını taşıması kaydıyla soyut borç tanınmasına veya havaleye tahvil edilmesi mümkündür. Bu itibarla unsur eksikliği nedeniyle kambiyo vasfı kazanamayan senetler temel ilişkiden kaynaklanan talepler bakımından adi senet olarak kabul edilmelidir. Zira bu senetler kambiyo vasfı kazanamadığı için taraflar arasında temel ilişkiye paralel ikinci bir ilişki oluşmamış; bu kapsamda temel ilişkiyle de bağlantısı koparılmamıştır.

KAYNAKÇA

- Adıgüzel, Burak. “Yargıtay Kararları Işığında Kambiyo Senetlerinde Bile Bile Borçlu Zararına Hareket.” *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi*, C. 4, S. 2, 2018, s. 129-148.
- Aksu, Raziye. “Yargıtay Kararları Işığında Çekte Zamanaşımına İlişkin Düzenlemelerin İncelenmesi.” *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi*, C. 13, S. 1, 2023, s. 625-670.
- Arslan, Ramazan, vd., *Medeni Usul Hukuku*. 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- Atalı, Murat/ Ermenek, İbrahim/ Erdoğan, Ersin. *İcra ve İflas Hukuku*. 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.
- Bahtiyar, Mehmet. *Kıymetli Evrak Hukuku*. 19. Baskı, Beta Basım Yayın, İstanbul, 2022.
- Balcı, Betül. *İfa Uğruna Edim*. 1. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2024.
- Baumbach, Adolf/ Hefermehl, Wolfgang/ Casper, Matthias. *Wechselgesetz, Scheckgesetz, Recht des Zahlungsverkehrs*. 24. Auflage, C.H.Beck, München, 2020.
- Bozer, Ali/ Göle, Celal. *Kıymetli Evrak Hukuku*. 11. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2024.
- Bozgeyik, Hayri. *Polîçede Müracaat Hakkı*. 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003.
- Bozgeyik, Hayri/ Gündoğdu, Süleyman Burak. “Yargıtay Kararları Çerçevesinde Bonoda Düzenleme Sebebinin Değiştirilmesine Yönelik Beyanların İspat Yüküne Etkisi.” *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi*, C. 7, S. 2, 2021, s. 257-269.
- Bozkurt Yüksel, Armağan Ebru. “İspat Hukuku Bakımından Kambiyo Senetleri”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C. 24, S. 3, 2008, s. 501-535.
- Budak, Ali Cem / Karaaslan, Varol. *Medeni Usul Hukuku*. 6. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2022.

- Cemal, Ahmet. “Edime Uygun İfa Kuralının Bir İstisnası Olarak İfa Uğruna Edim.” *İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 3, S. 5, 1969, s. 239-256.
- Coşkun, Muzaffer. *Özel Hukukta Karşılıksız Çek ve Hamilin Hakları*. 1. Baskı, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1994.
- Demir, Ömer Faruk. “Zamanaşımına Uğramış Kambiyo Senedinin Delil Değerinin Delil Başlangıcı Unsurları Bakımından Değerlendirilmesi.” *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 22, S. 2, 2024, s. 647-675.
- Demirayak Ünal, Ezgi Başak. “Zamanaşımına Uğrayan Kambiyo Senedinin Temel Borç İlişkisine Dayalı Dava ve Takiplerdeki Rolü.” *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 16, S. 199-200, 2021, s. 553-573.
- Deynekli, Adnan. “Bonoda Bedel Kaydının Ve Talilin (Bedel Kaydının Aksini İddia Etmenin) İspat Yüküne Etkisi.” *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 9, S. 1-2, 2005, s. 153-183.
- Doğan, Ayşe Albayrak. “Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu’nun 2019/1-8 Sayılı 25.12.2019 Tarihli Kararının Değerlendirilmesi.” *Yürürlüğünün 8. Yılında ve Yargıtay Kararları Işığında Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu IV, Tebliğler-Tartışmalar*. Ed. Arslan Kaya vd., On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 201-210.
- Domaniç Hayri. *Kıymetli Evrak Hukuku*. 2. Baskı, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1975.
- Ebenroth, Carsten Thomas/ Boujong, Karlheinz. *Handelsgesetzbuch*. Hrsg. Detlev Joost vd, 5. Auflage, C.H.Beck, München, 2024.
- Engin, Baki İlkey. “İfa Uğruna Edim” *Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu’na 65. Yaş Günü Armağanı*. Ed. Hayri Domaniç, Beta Yayınevi, 1999, s. 839-862.
- Ercan, Ensar. *Zamanaşımına Uğramış Kambiyo Senedinin Hukuki Niteliği ve Kambiyo Alacaklısının Temel Borç İlişkisine Başvurma İmkânı*. Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2023.
- Erdem, Mehmet. *Özel Hukukta Zamanaşımı*. 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010.
- Erdönmez, Güray. *Pekcanıtez Usul Medeni Usul Hukuku C. 2*. 15. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. 27. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.
- Ergün, Mevci. *Kambyo Senetlerine Özgü Takip Yolları*. 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 1989.
- Ermenek, İbrahim. *Medeni Usul Hukukunda Davaların Birleştirilmesi ve Ayrılması*. 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.
- Güler Özer, Zeynep. *İfa Yerine Edim, İfa Uğruna Edim*. İstanbul Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Doktora Tezi, 2025.

- Günergök, Özcan. *Havale İlişkisi*. İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 1995.
- İmregün, Oğuz. *Kıymetli Evrak Hukuku (Genel Hükümler- Kambiyo Senetleri- Makbuz Senedi-Varant)*. Filiz Kitabevi, İstanbul, 1995.
- İnan, Nurkut. *Türk Hukukunda Hatır Senetleri ve Özellikle Hatır Bonoları*. 1. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1969.
- Karlı, Özlem. *Sebebi Gösterilmeyen Borç Tanınması*. 1. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008.
- Karıksız, Muhammet Can. “Teminat Amacıyla Düzenlenen Kambiyo Senetleri ve Soyutluk İlkesi”, *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 26, S. 2, 2022, s. 675-722.
- Kaya, Sedat. “Zamanaşımına Uğramış Bonodaki Temerrüdün YİBHKG Kararı Işığında Değerlendirilmesi.” *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, C. 13, S. 52, 2022, s. 407-436.
- Kayış, Ferhat. “Zamanaşımına Uğramış Kambiyo Alacaklarına Dayalı İhtiyati Haciz Talepleri.” *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 13, S. 144, 2018, s. 70-80.
- Kendigelen, Abuzer. *Çek Hukuku*. 5. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.
- Kendigelen, Abuzer/ İsmail Kırca. *Kıymetli Evrak Hukuku Genel Esaslar Kambiyo Senetleri*. 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- Kılınç, Ahmet. “Mecelleye Göre Zamanaşımı: Uygulamada Görülen Aksaklıklar ve Çözüm Önerileri.” *Türkiye Adalet Akademisi Uluslararası Mecelle Sempozyumu Türkçe Tebliğleri*, 1. Baskı, Bursa Kültür A.Ş., Bursa, 2021, s. 185-225.
- Kınacıoğlu, Naci. *Kıymetli Evrak Hukuku*. 5. Baskı, Nobel Yayınları, Ankara 1999.
- Kocaağa, Köksal. “Borçlanılan Edimin İfası Kuralının Bir İstisnası Olarak İfa Amacıyla Edim.” *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C. 24, S. 1, s. 139-159.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip, vd. *Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme*. 7. Tıpkı Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017.
- Konuralp, Haluk. *Medeni Usul Hukukunda Yazılı Delil Başlangıcı*. Tıpkı Basım, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009.
- Kuru, Baki. *Hukuk Muhakemeleri Usulü*. 6. Baskı, Demir-Demir Yayıncılık, 2001.
- Mutluay, M. Kemal. “Zamanaşımına Uğramış Bononun Takip ve Maddi Hukuktaki Yeri.” *Yargıtay Dergisi*, C. 6, S. 4. 1980, s. 560-566.
- Narbay, Şafak/ Çelik, Ferhat. “Süresi İçerisinde İbraz Edilmeyen Çekin Hukuki Niteliği.” *Legal Hukuk Dergisi*, C. 14, S. 167, 2016, s. 6039-6073.
- Oğuzman, M. Kemal/ Öz, M. Turgut. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. I*. 22. Baskı, Vedat

Kitapçılık, İstanbul, 2024.

Okan, Ali Arman. “Kambiyo Senetlerinde Zamanaşımı ve Sonuçları.” *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 50, S. 9-10, 1976, s. 56-64.

Önay, Işık. *Yenileme*, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.

Özakman, Cumhuri. “Havale İlişkisinin Borçlar Hukuku Açısından İncelenmesi ve Kıymetli Evrak Hukukundaki Görünüşü.” *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 41, S. 1-2, 1975, s. 255-297.

Özekes, Muhammet. *Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku C. 2*. 15. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.

Özkan, Ömer. “Poliçede Sebepsiz Zenginleşme Davası.” *Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu’na 65. Yaş Günü Armağanı*, Ed. Hayri Domaniç, Beta Yayınevi, İstanbul, 1999, s. 507-535.

Özkaya-Ferendeci, H. Özden. “Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu’ndaki Belge Terimi ve İspat Hukukundaki Yeri.” *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan, C. 16, Özel Sayı, 2014, s. 813-830.

Öztan, Fırat. *Kıymetli Evrak Hukuku*. 2. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 1997.

Pekcanitez, Hakan/ Atalay, Oğuz/ Özekes, Muhammet. *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*. 10. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022.

Poroy, Reha/ Tekinalp, Ünal. *Kıymetli Evrak Hukuku Esasları*. 24. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2021.

Pulaşlı, Hasan. *Kıymetli Evrak Hukuku*. 10. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023.

Sayhan, İsmet. *Kambiyo Senetlerinde Mücerretlik İlkesi ve Bedel İlişkisi*. 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2006.

Schreiber, Klaus. *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung: ZPO, Band 2: §§ 355-945b*. 6. Auflage, C.H.Beck, München, 2020.

Serozan, Rona, vd. *Borçlar Hukuku Genel Hüküm C. 3, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme*. 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016.

Serozan, Rona/ Baysal, Başak/ Sanlı, Kerem. *Serozan Borçlar Hukuku Genel Bölüm*. 8. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022.

Sönmez, Numan Sabit. *Kambiyo Senetlerinde Şahsi Defiler*. 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.

Sungurbey, İsmet. *Borç İkrarı ve Borç Vaadi*. 1. Baskı, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1957.

Susuz, Kağan. *Kambiyo Senetlerinde Zamanaşımı*. 1. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008.

- Şimşek, Edip. “Kambiyo Senetleri ve Hukuki İlişki Sorunu.” *Yargıtay Dergisi*, C. 4, S. 3, 1975, s. 281-296.
- Tanrıver, Süha. *Medeni Usul Hukuku C. 1. 2. Baskı*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018.
- Tekinay, Selahattin Sulhi, vd. *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler. 7. Baskı*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993.
- Tuna, Ergun. *Ticaret Hukuku Prensipleri Kıymetli Evrak C. 3. Marmara Üniversitesi Nihad Sayâr Eğitim Vakfı Yayınları*, İstanbul, 1995.
- Tutumlu, Mehmet Akif. *Zamanaşımı Def'i. 1. Baskı*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- Türk, Ahmet. “Kambiyo Senedi Borçlusu Tarafından Açılan Bedelsizliğe ve Hükümsüzlüğe Dayalı Menfi Tespit Davalarının Gösterdiği Özellikler.” *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 7, Özel Sayı, 2005, s. 307-381.
- Uslu, Kazım Menderes. *Yeni TTK Yasa Tasarısı Nazara Alınarak Kambiyo Senetlerinde Zamanaşımı. 1. Baskı*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006.
- Uyar, Talih. “Müruruzamana Uğrayan Kambiyo Senetlerinin Akibeti.” *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 45, S. 1-2 1971, s. 12-30.
- Ülgen, Hüseyin, vd. *Kıymetli Evrak Hukuku. 13. Baskı*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2021.
- Üstündağ, Saim. *Medeni Yargılama Hukuku. 7. Baskı*, Nesil Matbaacılık, İstanbul, 2000.
- von Tuhr, Andreas. *Borçlar Hukukunun Umumi Kısım 1-2. Çev. Cevat Edege, 1. Baskı*, Olgaç Matbaası, Ankara, 1983.
- Yalman, Süleyman. “Edime Uygun İfa Kuralının İstisnaları.” *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. Prof. Dr. Halil CİN'e Selçuk Üniversitesinde 10. Hizmet Yılı Armağanı, 1995, s. 495-512.
- Yasan, Mustafa. *Yeni Ticaret Kanunu Tasarısı Hükümleri ile de Karşılaştırmalı Olarak Kambiyo Senetlerinde Sebepsiz Zenginleşme. 1. Baskı*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2008.
- Yavuz, Cevdet/ Acar, Faruk/ Özen, Burak. *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler. 10. Baskı*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2014.
- Yıldırım, Hakan. *Kambiyo Senetlerinde Rehin Cirozu. 1. Baskı*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.
- Yılmaz, Gülşah. “Yargıtay Kararları Işığında Bononun Tali'li.” *Ankara Barosu Dergisi*, C. 78, S. 4, 2020, s. 3-36.

Yapay Zekâ Yasasında Risk Kategorileri

Berrin AKBULUT^{1*} 

¹ Selçuk Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Türkiye

Mete Tuluhan AKBULUT² 

² Doktora Öğrencisi, Brown University, Amerika

Makale Bilgisi

Makale Geçmişi

Geliş: 22.05.2025

Kabul: 27.06.2025

Yayın: 29.06.2025

Anahtar Kelimeleri:

Yapay Zekâ, Risk, Avrupa Birliği, Yapay Zekâ Yasası, Temel Haklar

ÖZET

Yapay zekâda yaşanan önemli gelişmeler Avrupa Birliği Yapay Zekâ Yasasının yürürlüğe konması sonucunu doğurmuştur. Yasada, yapay zekânın temel insan haklarına etkisine göre “risk temelli” bir yaklaşım sergilenmiştir. Yapay zekâ sistemleri, yasaklanmış veya kabul edilemez riskli yapay zekâ sistemleri, yüksek riskli yapay zekâ sistemleri, sınırlı riskli yapay zekâ sistemleri ve minimum veya asgari riskli yapay zekâ sistemleri olarak sınıflandırılmıştır. Yapay Zekâ Yasası, getirdiği düzenlemeyle hangi yapay zekâ sistemlerinin izin verilen risk içerisinde nitelendirileceğini de göstermektedir. Yasa, risk kategorileri kabul etmekle beraber bunlara birçok istisna da getirmiştir. Yapay Zekâ Yasası bu alanda ilk yasa niteliğinde olup Birlik içindeki yapay zekâyı üreten, hizmete sunan, kullanan tüm kişilere uygulanacaktır. Ayrıca Yasada, Yasanın uygulanmayacağı hallerde de yer verilmektedir. Yapay Zekâ Yasası, gelişmeleri karşılamak amacıyla geniş belirleme yapmakla beraber, düzenlemede kabul edilen esaslar ve getirilen çok sayıda istisnalar eleştirileri de beraberinde getirmiştir.

Risk Categories in Artificial Intelligence Act

Article Info

Article History

Received: 22.05.2025

Accepted: 27.06.2025

Published: 29.06.2025

Keywords:

Artificial Intelligence, Risk, European Union, Artificial Intelligence Act, Fundamental Rights

ABSTRACT

Significant advances in artificial intelligence resulted in putting the European Union Artificial Intelligence Act into effect. The act takes a “risk-based” approach based on the impact of artificial intelligence on fundamental human rights. Artificial intelligence systems are categorized as prohibited or unacceptable-risk artificial intelligence systems, high risk artificial intelligence systems, limited risk artificial intelligence systems, and minimal or minimum risk artificial intelligence systems. The Artificial Intelligence Act identifies which artificial intelligence systems fall under acceptable risk through its provisions. The act introduces many exceptions along with acknowledging risk categories. The Artificial Intelligence Act is the first law in this field and will be applied to everyone who develops, provides service of, and uses artificial intelligence in the Union. It also includes



This article is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License (CC BY-NC 4.0)

cases where the law cannot be applied. Although the Artificial Intelligence Act makes broad determinations to keep up with developments, the accepted principles and the many exceptions introduced have brought criticism.

To cite this article:

Akbulut, B. /Akbulut, M. T. (2025). “Yapay Zekâ Yasasında Risk Kategorileri”, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 8(1), s. 466-496.
<https://doi.org/10.51120/NEUHFD.2025.160>

***Sorumlu Yazar:** Berrin Akbulut, bakbulut@sencuk.edu.tr

GİRİŞ

Yapay zekâ kavramının, ilk defa 1955 yılında kullanılmasından günümüze kadar yapay zekâ alanında önemli gelişmeler yaşanmış, insan hayatına çok önemli katkılar sunmuş ve sunmaya da devam edecektir. Ancak yapay zekâlı sistemler aynı zamanda suç işlemede veya diğer hukuka aykırı fiillerin gerçekleştirilmesinde de kullanılmaya başlanmıştır. Bu durum ülkeler bazında ve uluslararası alanda çalışmalar yapılması sonucunu doğurmuştur. Avrupa Birliği de teknolojik alanda yaşanan gelişmeler nedeniyle çalışmalar yapmış ve bu kapsamda yapay zekâ alanında da düzenleme yapma yoluna gitmiştir. Avrupa Birliği Yapay Zekâ Yasasını kabul ederek 12 Temmuz 2024 tarihinde AB Resmî Gazetesi’nde yayımlanmış, 1 Ağustos 2024 tarihinde Yasa yürürlüğe girmiştir. Yapay Zekâ Yasası, düzenlemesinde risk temelli yaklaşım kabul etmiş, risk gruplarına yer vermiş, yapay zekâlı sistemlerle ilgili yapılması gereken yükümlülöklere yer vermiştir.

I. YAPAY ZEKÂ KAVRAMI

Yapay Zekâ, hayatımızın bir parçası olmakla beraber, sürekli gelişen bir teknoloji olması nedeniyle yapay zekânın herkes tarafından ittifakla kabul edilen bir tanımı bulunmamaktadır¹. Avrupa Birliği Parlamentosu, yapay zekâyı, “*makinelere akıl yürütme, öğrenme, planlama ve yaratıcılık gibi insanlara benzer davranışlar sergileme kabiliyeti*” olarak tanımlamıştır. Bu tanım yapay zekanın geçmişteki tanımlarıyla örtüşmektedir. Alan Turing, “makinelere düşünebilir mi?” sorusunu ortaya atarak, yapay zekanın bir sohbet sırasında insanlardan ayırt edilemeyecek düzeyde muhakeme yapıp cevap verebilmesini bir zekâ ölçütü olarak ortaya atmıştır². Yapay zekâ tanımını ortaya atan ve tarihsel büyük öneme sahip 1955 Dartmouth Önergesi’nde³ öğrenme ve zekanın diğer

¹ Farklı tanımlamalar için bkz.: Ercan, Cannur, “Robotların Fiillerinden Doğan Hukuki Sorumluluk Sözleşme Dışı Sorumluluk Hallerinde Çözüm Önerileri”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, C. 11, S. 40, 2019, s. 20. Ayrıca bkz.: Aksoy, Hakan, “Yapay Zekâlı Varlıklar ve Ceza Hukuku”, *International Journal of Economics, Politics, Humanities & Social Sciences*, V. 4, I. 1, 2021, s. 12; s. 12; Yazıcı, Ayşe Nur Merve, *Otonom Aracın Sebep Olduğu Zararlardan Üreticinin Kusursuz Sorumluluğu*, I. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2023, s. 41.

² Turing, Alan M, *Computing Machinery and Intelligence, Parsing the Turing Test*, Robert Epstein, Springer, 1. Edition, Dordrecht 2009, s. 23 vd.

³ McCarthy, John/Minsky, Marwin L./Rochester, Nathaniel/Shannon, Claude E., “A Proposal for the Dartmouth Summer Research Project on Artificial Intelligence August 31, 1955”, *AI Magazine*, V. 27 I. 4, 2006, ss. 12-14, s. 12 vd.

bütün özelliklerini gösteren insan davranışlarının çözümlenmesi ve makineler tarafından taklit edilmesi amaçlanmıştır. Fakat bugünkü yapay zekâ pratikleri, insanlardan farklı davranabilmektedir. Örneğin, büyük dil modellerinin dili insanlar gibi kullandığı savunulsa da bu yetiye kavuşmalarının insanlardan farklı gerçekleştiği ve insanlar gibi muhakeme yapmadığı tartışılmaktadır. Avrupa Birliği Yapay Zekâ Kanununun tanımlar başlığını taşıyan 3. maddesinin 1. bendinde ise, yapay zekâ kavramı kullanılmamış, yapay zekâ sistemi tercih edilmiş ve bu ifadenin ne anlama geldiği belirtilmiştir. Yasada yer alan tanıma göre, “*Yapay zekâ sistemi*”, *açık veya zımnî hedefler doğrultusunda, aldığı girdilerden fiziksel ya da sanal ortamları etkileyebilecek öngörüler, içerikler, öneriler veya kararlar gibi çıktıların nasıl üretileceğine dair sonuçlar çıkaran, değişik otonomi seviyelerinde çalışabilen ve devreye alındıktan sonra uyarlanabilirlik gösterebilen makine tabanlı bir sistem anlamına*” gelmektedir. Yasa geniş bir tanımlama yaparak gelişmeleri karşılamak istemiştir. “Yapay Zekâ Yasası kapsamında, “yapay zekâ” teknik bir yaklaşımla tanımlanmakta ve denetimli, denetimsiz ve pekiştirmeli öğrenme dahil olmak üzere makine öğrenimi yaklaşımlarına dayanan yapay zekâ sistemlerine odaklanmaktadır. Ayrıca, mantık ve bilgiye dayalı tekniklerin yanı sıra istatistiksel yöntemler ve çeşitli arama ve optimizasyon stratejileri kullanan sistemleri de kapsamına dahil etmektedir. Bu tanım, yapay zekâ sistemlerini geliştirmek için kullanılabilecek çeşitli metodolojileri de kapsamayı ve teknoloji geliştikçe düzenlemelerin güncel kalmasını sağlamayı amaçlamaktadır”⁴. Ancak doktrinde geniş belirlemenin yorum yapılması sonucunu doğurduğu bunun da Yasanın farklı uygulanmasına yol açacağı ifade edilmektedir⁵. Yapay zekânın “insan benzeri davranmak” gibi kısa tanımlarının muğlak kaldığı fakat bu gibi kapsamlı tanımlamaların da bu muğlaklığı gideremediği ve yapay zekâ olarak düşünülmeyen makinelerin de bu tanıma dahil olabileceği görülmektedir⁶.

Yapay Zekâ Yasasından önce 21 Nisan 2021’de Avrupa Komisyonu Yapay Zekâ Üzerine Taslak Yasa (bir düzenleyici çerçeve) Önerisini yayımlamıştır⁷. Bu Tüzüğün 3. maddesinde yapay zekâ sistemi “*EK I’de belirtilen teknik ve yaklaşımlardan bir veya birden fazlasıyla geliştirilmiş ve insan tarafından tanımlanan belirli amaçlar için, içerik, tahmin, öneri şeklinde çıktılar veya insanların etkileşimde bulundukları ortamları etkileyen kararları üretebilen yazılım*” olarak tanımlanmıştır. Bu tanımlamanın çok geniş olduğu ve Avrupa Birliği ülkelerinin yarısının bu tanıma karşı çıktığı belirtilmiştir⁸.

⁴ Ünsal Özden, Sevgi, “Avrupa Birliği Yapay Zekâ Yasası’nın Türkiye’deki Aktörlere Yansımaları”, [AB Yapay Zeka Yasası: Türkiye’ye Etkileri - Erdem & Erdem](#), E.T: 10.05.2025.

⁵ Turan Başara, Gamze, “Avrupa Dijital Düzenleme Sisteminde Yapay Zekâ Yasası” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 73, S. 4, 2024, s. 2993.

⁶ Sheikh, Haroon/Prins, Corien/Schrijvers, Eric, *Mission AI, The New System Technology*, Electronic, Springer, 2023, s. 15, 16.

⁷ Tüzük teklifindeki belirleme için bkz.: Güçlütürk, Osman Gazi, *Türk Hukukunda Makine Öğrenmesine Dayalı Yapay Zekâda Verinin Hukuka Uygun Şekilde Kullanılması*, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2021, s. 31, 32; Bozkurt-Yüksel, Armağan Ebru, “Avrupa Komisyonu’nun Yapay Zekâ Tüzük Teklifi’ne Genel Bir Bakış”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, C. 13, S. 51, 2022, s. 21. Doktrinde makine öğrenmesinin yapay zekâ dan farklı süreci ifade ettiği de belirtilmektedir: Soysal, Tamer, “Endüstri 4.0 ve İnsan Hakları: Yeni Ortaya Çıkan Teknolojik Gelişmelerin İnsan Hakları Üzerindeki Dönüştürücü Etkiler”, Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı 2020 (9 Ocak-12 Ocak 2020), Ankara 2021, ss. 245-324, s. 277.

⁸ Bu eleştiri ve diğerleri için bkz.: Bryson, Joanna J, “Europe is in Danger of Using the Wrong Definition of AI”, <https://www.wired.com/story/artificial-intelligence-regulation-european-union/>

Bütün bu tanımlar ve eleştiriler yapay zekâ tanımının zorluğunu ortaya koymaktadır. Zaman içinde kabul gören tanımlar da gelişen teknoloji ile popülerliğini yitirmiştir. Örneğin, satranç modellerinin başarısı bu tarz zekâ oyunlarını bir ölçüt olmaktan çıkarmış, dil modellerinin başarısı Turing testinin geçerliliğini yitirmesine neden olmuştur. “Yapay zekâ etkisi”⁹ olarak bilinen bu durum insanların da zekâya ve yapay zekâya olan bakış açısının değişkenliğini göstermektedir.

Biz yapay zekâ tanımını bu yasa yapımını tetikleyen model ve uygulamalarla sınırlı olarak yapmak istiyoruz. Buna göre yapay zekâyı, derin sinir ağlarının büyük ölçekli data ve makine öğrenmesi teknikleriyle eğitilmesi ve ardından aldığı girdileri bir çıktıya (yorumlama, sonuç çıkarma, uygulama) dönüştüren sistemler olarak tanımlıyoruz. Bu sistemler otonom olarak kullanılabileceği gibi insan karar mekanizmalarıyla beraber de kullanılabilmektedir. Ancak bu tanımın teknik olarak doğru olmadığı belirtilmelidir. Zira yapay zekâ, 1950’lerden itibaren çalışılan, günümüzde dahi kullanılan klasik uygulamaları da kapsayan bir alandır. Fakat bu Yasanın yapılmasını zorunlu kılan modeller yukarıdaki gibi ifade edilebilir.

Yapay zekânın özelliklerinin, sorun çözme yeteneği, özerkliği ve uyarlanabilirliği olduğu ifade edilmektedir¹⁰.

Yapay zekâ sistemleriyle ilgili iki temel sorunun bulunduğu, bunlardan birinin, verilen görevleri ve beklentileri tam anlamıyla karşılamayan hatalı sonuçlar üretebilmeleri, diğerinin ise nasıl sonuç ürettiğinin genellikle şeffaf olmaması olduğu belirtilmektedir¹¹.

Yapay Zekâ Yasasına genel amaçlı yapay zekâ modeli sonradan eklenmiştir. Yasanın amacının, ChatGPT gibi büyük dil modellerinin denetimden kaçmasını önlemek olduğu belirtilmektedir¹². Genel amaçlı yapay zekâ modeli, öz-denetim yoluyla büyük miktarda veri ile eğitildiği durumlar da dahil olmak üzere, önemli ölçüde genel kullanılabilirliğe sahip ve modelin piyasaya sunulma şeklinden bağımsız olarak, çok çeşitli farklı görevleri yetkin bir şekilde yerine getirebilen ve çeşitli alt sistemlere veya uygulamalara entegre edilebilen bir yapay zekâ modeli olarak tanımlanmaktadır (Yapay Zekâ Yasası m. 3).

II. YAPAY ZEKÂ YASASI

A. Tarihi Süreç

Yapay zekâ konusunda yaşanan teknik gelişmeler ve suç teşkil eden fiiller, yapay zekâ konusunda endişe duyulmasına neden olduğu gibi bu konuda uluslararası çalışmalar yapılması sonucunu da doğurmaktadır. 2016 yılından itibaren dünya genelinde, kanun koyucular, endüstri temsilcileri, sivil toplum örgütleri, düşünce kuruluşları, medya ve danışmanlık şirketleri, yapay zekâ konusunda çalışmalar yapmaya başlamışlardır. Yapay zekânın topluma yararlı bir şekilde

⁹ McCorduck, Pamela, *Machines Who Think: A Personal Inquiry into the History and Prospects of Artificial Intelligence*, 2. Edition, A K Peters/CRC Press, Natick, 2004, s. 423.

¹⁰ Turan Başara, s. 2985.

¹¹ Turan-Başara, s. 2992.

¹² Turan-Başara, s. 3011.

yönlendirilmesi ve risklerin azaltılması konusunda önemli tartışmalar yürütmüşlerdir¹³. 2017 yılında Avrupa Konseyi tarafından yapılan Dijital Tek Pazar stratejisinin yarı-dönem gözden geçirmesiyle ilgili doküman bunlardan biridir¹⁴. Yine dünyanın önemli ülkeleri de (*Almanya, Amerika Birleşik Devletleri (ABD), Birleşik Arap Emirlikleri (BAE), Birleşik Krallık, Çin, Danimarka, Finlandiya, Fransa, Güney Kore, Hindistan, İsveç, İtalya, Japonya, Kanada, Malezya, Meksika, Polonya, Rusya, Singapur, Tayvan, Tunus, Yeni Zelanda ve Nordik-Baltık Bölgesi (Danimarka, Estonya, Finlandiya, Faroe Adaları, İzlanda, Letonya, Litvanya, Norveç, İsveç ve Åland Adaları)*) yapay zekâya ilişkin eylem planı veya strateji belgeleri ortaya koymuşlardır¹⁵. Daha sonra Avrupa Komisyonu 2018’de Avrupa İçin Yapay Zekâ başlığını taşıyan Yapay Zekâ Strateji Belgesini yayımlamıştır¹⁶. AB 2019 yılında Güvenilir Yapay Zekâ İçin Etik İlkeleri¹⁷ ve İnsan Merkezli Yapay Zekâda Güven İnşası belgesini yayımlamıştır. 2020 tarihinde ise komisyon Yapay Zekâ Hakkında Beyaz Kitap: Avrupa’nın Mükemmellik ve Güven Yaklaşımı' isimli metni (European Commission, 2020a) yayımlamıştır¹⁸. OECD, 2020’nin başlarında dünya genelinde, en az 50 ülkenin bir ulusal yapay zekâ stratejisi geliştirdiğini veya geliştirme sürecinde olduğunu belirtmiştir¹⁹. Avrupa Komisyonu, 21 Nisan 2021’de Yapay Zekâ Üzerine Taslak Yasa (bir düzenleyici çerçeve) önerisi sunmuştur. Bu taslak yasa önerisi, yapay zekâ konusunda düzenleme yapma yolundaki ilk girişimdir. 6 Aralık 2022’de ise Avrupa Konseyi, Yapay Zekâ Yasasına ilişkin pozisyonunu benimseme kararı almıştır. AB Konseyi ve Parlamentosu 9 Aralık 2023 tarihinde Yapay Zekâ Yasası olarak bilinen Tüzük konusunda anlaşmaya varmıştır. Düzenleme, 26 Ocak 2024’te yapılan oylama ile kabul edilmiştir²⁰. “Yapay Zekâ Hakkında Uyumlaştırılmış Kurallar Getiren ve Bazı Birlik Yasama Tasarruflarını Değiştiren (AB) 2024/1689 sayılı Tüzük”, 12 Temmuz 2024 tarihinde AB Resmi Gazetesi’nde yayımlanmıştır²¹. Yapay Zekâ Yasası, 13 bölüm, 113 madde ve 13 ekten oluşmaktadır. Ancak düzenlemelerin yürürlüğe girmesinde kademeli geçiş söz konusudur. Örneğin bazı maddeler 2025, bazı maddeler 2026 ve 2027 yıllarında yürürlüğe girecektir. Yasa kullanıldığı sektör fark etmeksizin tüm yapay zekâ türlerine uygulanabilecek kuralları içermektedir.

Yasaya eleştiriler yöneltilmiştir. Yapay Zekâ Yasasının hukukun üstünlüğünü ve sivil alanı etkili bir şekilde korumada başarısız olduğu, bunun yerine endüstri çıkarlarına, güvenlik hizmetlerine

¹³ Görentaş, Muhammed Burak/Çiftçi, Hamza, “Avrupa Birliği Yapay zekâ Yasası Çerçevesinde Yargılamada Yapay Zekâ Kullanımının Değerlendirilmesi”, *İzmir Barosu Dergisi*, C. 69, S. 1 2024, ss. 177-203, s. 180.

¹⁴ Okçu, Murat/Düz, Sabiha, “Dijital Çağ Başlarken: Avrupa Birliği’nin Dijitalleşme ve Yapay Zekâ Stratejileri”, *Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, C. 28, S. 2, 2023, ss. 221-240, s. 225.

¹⁵ Okçu, Murat/Akman, Elvettin, “Yapay Zekâ ve Kamu Politikası: Ülkelerin Yapay Zekâ Strateji Belgeleri Üzerinden Bir Değerlendirme”:

https://www.academia.edu/46724729/YAPAY_ZEKÂ_VE_KAMU_POLİTİKASI_ÜLKELERİN_YAPAY_ZEKÂ_STRATEJİ_BELGELERİ_ÜZERİNDEN_BİR_DEĞERLENDİRME, E.T: 10.05.2025.

¹⁶ Okçu/Düz, s. 225.

¹⁷ Bkz.: <https://www.istanbulbarosu.org.tr/files/komisyonlar/yzcg/guveniliryapayzekâicinetikkilavuz.pdf> E.T: 10.05.2025

¹⁸ Bu kitabın, AB’nin 2015’ten sonra beş yıl boyunca ilmek ilmek dokunduğu, bir çabanın nihai şekil bulmuş hali olduğu belirtilmektedir: Okçu/Düz, s. 232. Belge için bkz.: Okçu/Düz, s. 231.

¹⁹ Görentaş/Çiftçi, s. 180.

²⁰ Görentaş/Çiftçi, s. 182-184. Strazburg’da düzenlenen AP Genel Kurul oturumunda "Yapay Zekâ Yasası", 523 "evet", 46 "hayır" ve "49" çekimser oyuyla kabul edilmiştir: <https://www.aa.com.tr/tr/dunya/avrupa-parlamentosu-yapay-zekâ-yasasini-onayladı/3163480>. E.T: 10.04.2025.

²¹ Çalışmada Yapay Zekâ Yasası olarak kullanılacaktır.

ve kolluk kuvvetlerine öncelik verdiği ifade edilmektedir. Temel hakları korumada yetersiz olduğu, önemli boşluklar ve belirsizlikler barındırdığı belirtilmektedir. Teknolojiyi düzenlemenin esneklik gerektirdiği, ancak Yasanın Komisyonun takdirine, ikincil mevzuata veya gönüllü davranış kurallarına çok fazla şey bıraktığı bunun da güvenceleri kolayca zayıflatabileceği, uzun vadede temel hakların ve hukukun üstünlüğü standartlarının ihlal edilmesi sonucunu doğuracağı endişesi dile getirilmektedir²².

Türkiye’de yapay zekâya ilişkin bir yasa bulunmamaktadır. Türkiye 2021 yılında, Türkiye’nin ilk ulusal strateji belgesi olan 2021-2025 Ulusal Yapay Zekâ Strateji belgesini yayımlamıştır. 24 Haziran 2024 tarihinde ilk Yapay Zekâ Kanun Teklifi Meclise sunulmuştur. 5 Eylül 2024 tarihinde 2025-2027 yıllarını kapsayan Orta Vadeli Program (2025-2027) açıklanmıştır. Bu programda yapay zekâya yönelik hedefler belirtilmiştir. 16.01.2025 tarihinde yapay zekâyla ilgili meclis araştırma komisyonu oluşturulmuştur. Komisyon, yapay zekânın kazanımlarına yönelik adımların belirlenmesi, hukuki altyapının oluşturulması ve yapay zekâ kullanımının barındırdığı risklerin önlenmesine ilişkin tedbirlerin belirlenmesi amacıyla kurulmuştur²³.

B. Yapay Zekâ Yasasının Amacı

Yasanın amacı, m. 1’de, “iç pazarın işleyişini geliştirmek, insan odaklı ve güvenilir yapay zekânın benimsenmesini teşvik etmek, Birlik içindeki yapay zekâ sistemlerinin zararlı etkilerine karşı -demokrasi, hukukun üstünlüğü ve çevrenin korunması da dâhil olmak üzere- sağlığa, güvenliğe ve şartta yer alan temel haklara yüksek düzeyde koruma sağlamak ve yeniliği desteklemektir” şeklinde belirtilmiştir. AB Yapay Zekâ Yasası düzenlemesi bir yandan iç pazarın işleyişinin geliştirilmesini, diğer yandan insan odaklı ve güvenilir yapay zekâ teknolojilerinin benimsenmesini teşvik etmeyi hedeflemektedir. AB, böylece yenilikçiliği desteklerken, yapay zekâ sistemlerinin olası zararlı etkilerine karşı sağlığın, güvenliğin, çevrenin yanı sıra demokrasi ve hukukun üstünlüğü dâhil temel hakların korunmasını amaçlamaktadır²⁴. Yapay Zekâ Yasasında, yapay zekâ sistemlerinin teşvik edilmesine yönelik hükümler yer almaktadır. Bu kapsamda ifade edilen hükümler özellikle “Yapay Zekâ Düzenleyici Kum Havuzları”²⁵ şeklinde isimlendirilen yapay zekâ test ortamlarının kurulmasını ve gerçek koşullar altında test edilmesini kapsamaktadır²⁶.

Yapay Zekâ Yasası düzenlemesinin amacı kısaca, demokrasi ve hukukun üstünlüğü de dahil olmak üzere, Birlik içinde sağlık, güvenlik ve temel hakların yüksek düzeyde korunmasını sağlamak,

²² “Packed With Loopholes: Why the AI Act Fails to Protect Civic Space and The Rule of Law, In A New Analysis, ECF, Liberties and The European Center for Not-for-Profit Law Assess the AI Act From a Civic Space and Rule of Perspective”, <https://civic-forum.eu/advocacy/artificial-intelligence/packed-with-loopholes-why-the-ai-act-fails-to-protect-civic-space-and-the-rule-of-law>. E.T: 01.05.2025.

²³ <https://www.aa.com.tr/tr/gundem/yapay-zekâyla-ilgili-kurulan-meclis-arastirma-komisyonuna-uye-secimine-dair-karar-resmi-gazetede/3452020>. E.T: 10.04.2025.

²⁴ https://www.ab.gov.tr/ab-yapay-zekâ-yasasi-yayimlandi_53836.html. E.T: 10.05.2025.

²⁵ Yapay zekâ düzenleyici kum havuzu, yetkili bir makam tarafından oluşturulan, sağlayıcılara veya potansiyel sağlayıcılara yapay zekâ sistemlerini geliştirme, eğitime, doğrulama ve test etme (gerektiğinde gerçek dünya koşullarında) imkânı sunan, düzenleyici gözetim altında sınırlı bir süre için geçerli bir kum havuzu planına dayanan kontrollü bir çerçeve anlamına gelmektedir (Yapay Zekâ Yasası m. 3).

²⁶ Turan-Başara, s. 2992.

yapay zekâda inovasyonu ve yapay zekânın benimsenmesini teşvik etmektir²⁷. Avrupa Birliği, Yasa ile temel insan hakları ve Avrupa Birliği'nin değerlerini korumak ile yapay zekâ gelişiminde öncü olmak amaçları arasında denge kurmayı hedeflemektedir²⁸.

AB Komisyonu, 1. maddede belirtilen genel amaçların dışında mutabakatta bazı özel hedefler de belirtmiştir. Bunlar,

“• Birlik pazarına arz edilen ve kullanılan yapay zekâ sistemlerinin güvenli olmasının ve temel haklara ilişkin mevcut hukuk ile Birlik değerlerine uymasının sağlanması;

• Yapay zekâyâ yatırımı ve yeniliği kolaylaştırmak için hukuki belirlilik sağlanması;

• Yapay zekâ sistemleri için geçerli olan güvenlik gereklilikleri ile temel haklara ilişkin mevcut hukukun etkin bir şekilde uygulanmasının sağlanması ve yönetişimin geliştirilmesi;

• Yasal, güvenli ve güvenilir yapay zekâ uygulamaları için tek bir pazarın geliştirilmesinin kolaylaştırılması ve pazarın parçalanmasının önlenmesi” dir.

Yasanın 1. maddesinde ayrıca amaçlara ulaşmak için; “(a) Birlik içinde yapay zekâ sistemlerinin piyasaya arzı, hizmete sunulması ve kullanımı için uyumlaştırılmış kurallar;

(b) çeşitli yapay zekâ uygulamalarının yasaklanması;

(c) yüksek riskli yapay zekâ sistemlerine yönelik özel gereklilikler ve bu tür sistemlerin operatörlerine yönelik yükümlülükler;

(d) belirli yapay zekâ sistemleri için uyumlaştırılmış şeffaflık kuralları;

(e) genel amaçlı yapay zekâ modellerinin piyasaya sürülmesi için uyumlaştırılmış kurallar;

(f) piyasa izlemesi, piyasa denetimi, yönetişim ve uygulama ile ilgili kurallar;

(g) start-up'lar da dâhil olmak üzere, küçük ve orta ölçekli işletmelere özel olarak odaklanarak yeniliği desteklemeye yönelik önlemler” düzenleme altına alınmıştır.

C. Yapay Zekâ Yasasının Uygulanacağı Kişiler

Yapay Zekâ Yasası (m. 2), uygulanacağı kişilere ilişkin geniş bir belirleme yapmış, yapay zekâyı üreten, hizmete sunan, kullanan tüm kişilere tatbik edileceğini belirtmiştir. Yasa AB sınırlarının ötesine uzanmakta ve küresel paydaşları da doğrudan etkilemektedir. Yasanın uygulama alanına, sadece AB içindeki kuruluşlar değil, bazı durumlarda AB dışındakiler de dahildir. Bu

²⁷ European Commission, Annex to the Communication to the Commission Approval of the Content of the Draft Communication from the Commission - Commission Guidelines on Prohibited Artificial Intelligence Practices Established by Regulation (EU) 2024/1689 (AI Act), C(2025) 884, Brussels, 04.02.2025, <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/commission-publishes-guidelines-prohibited-artificial-intelligence-ai-practices-defined-ai-act>, s. 1. E.T. 27.02.2025.

²⁸ Tuncel, Deniz/Tokgöz, Gizem/Tuğanlı, Tilbe/Dedebaş, Tan, “Avrupa Birliği Yapay Zekâ Yasası'na İlk Bakış”, <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=85d8e8f9-53eb-497e-87ed-37e050615a2c>. E.T: 01.05.2025.

çerçevede yapay zekâ alanında faaliyet gösteren Türk şirketleri, özellikle de AB pazarıyla etkileşime giren veya AB vatandaşlarını etkileyen faaliyetler yürüten Türk şirketleri de Yasaya uyacaklardır²⁹. Yapay Zekâ Yasası,

“-Birlik içinde kurulmuş veya yerleşik olup olmadığı ya da üçüncü bir ülkede olup olmadığı fark etmeksizin- Birlik içinde yapay zekâ sistemlerini piyasaya arz eden³⁰ veya hizmete sunan³¹ veya genel amaçlı yapay zekâ modellerini piyasaya arz eden sağlayıcılara³²” uygulanacaktır. Görüldüğü gibi yapay zekâ sistemlerini üreten, hizmete sunan veya piyasa arz edenin Birlik içinde olması önemli olmaksızın belirtilen faaliyetlerin birlik içinde yapılması Yasanın uygulanması için yeterlidir.

“-Birlik içinde kurulmuş veya yerleşik olan yapay zekâ sistemleri kullanıcılarına³³” uygulanacaktır.

“- Yapay zekâ sisteminin ürettiği çıktının Birlik içinde kullanıldığı durumda, kuruluş yeri Birlik içinde olan veya üçüncü bir ülkede kurulmuş veya yerleşik olan yapay zekâ sistemlerinin sağlayıcıları ve kullanıcılarına” uygulanacaktır.

“-Yapay zekâ sistemlerinin ithalatçılarına³⁴ ve dağıtıcılarına³⁵” uygulanacaktır.

“-Kendi adı veya ticari markası altında bir yapay zekâ sistemini piyasaya süren veya hizmete sunan üreticilere” uygulanacaktır.

“-Birlik içinde yerleşik olmayan sağlayıcıların yetkili temsilcilerine” uygulanacaktır.

“-Birlik içinde bulunan etkilenen kişilere” uygulanacaktır (m. 2/1).

Düzenlemeye bakıldığında kapsamının oldukça geniş tutulduğu, yapay zekâ sisteminin etkisinin Birlik içinde gerçekleşmesi durumunda da Yasanın uygulanmasının kabul edildiği görülmektedir. Gerekçede (m. 22) bu durum, olası yasal boşluklardan kişilerin yararlanması önlenerek AB’deki kişilerin daha etkili şekilde korunması olarak ifade edilmiştir. Dolayısıyla Türk

²⁹ Ünsal-Özden, Sevgi, “Avrupa Birliği Yapay Zekâ Yasası’nın Türkiye’deki Aktörlere Yansımaları”, <https://www.erdem-erdem.av.tr/bilgi-bankasi/avrupa-birligi-yapay-zekâ-yasasinin-turkiyedeki-aktorlere-yansimalari>. E.T: 10.05.2025.

³⁰ Piyasaya arz etme, bir yapay zekâ sisteminin veya genel amaçlı bir yapay zekâ modelinin Birlik pazarında ilk kez kullanıma sunulması anlamına gelmektedir (Yapay Zekâ Yasası m. 3)

³¹ Hizmete sunma, bir yapay zekâ sisteminin, ilk kullanım için doğrudan distribütöre veya Birlik içinde amaca uygun olarak kendi kullanımı için tedarik edilmesi anlamına gelmektedir (Yapay Zekâ Yasası m. 3).

³² Sağlayıcı, “bir yapay zekâ sistemi veya genel amaçlı bir yapay zekâ modeli geliştiren ya da geliştirilmesini sağlayan ve bunu kendi adı veya ticari markası altında ücretli veya ücretsiz olarak piyasaya arz eden veya hizmete sunan, gerçek veya tüzel kişi, kamu otoritesi, ajans veya başka bir kuruluş” anlamına gelmektedir (Yapay Zekâ Yasası m. 3).

³³ Kullanıcı, “yapay zekâ sisteminin profesyonel olmayan kişisel bir faaliyet sırasında kullanıldığı durumlar hariç olmak üzere, bu sistemi kendi yetkisi altında kullanan gerçek veya tüzel kişi, kamu kurumu, kuruluş veya diğer bir organ” anlamına gelmektedir (Yapay Zekâ Yasası m. 3).

³⁴ İthalatçı, “bir gerçek kişinin veya üçüncü bir ülkede kurulmuş olan bir tüzel kişinin adını veya ticari markasını taşıyan bir yapay zekâ sistemini piyasaya arz eden, Birlik içinde yerleşik veya kurulmuş gerçek veya tüzel kişi” anlamına gelmektedir (Yapay Zekâ Yasası m. 3).

³⁵ Dağıtıcı, “bir yapay zekâ sistemini Birlik pazarında erişilebilir kılan, tedarik zincirinde sağlayıcı veya ithalatçı dışındaki gerçek veya tüzel kişi” anlamına gelmektedir (Yapay Zekâ Yasası m. 3).

yapay zekâ geliştiricilerinin, sağlayıcılarının ve kullanıcılarının yapay zekâ sistemleri AB içinde kullanılıyorsa veya çıktılarının AB'de etkileri varsa, ürün ve hizmetlerinin AB standartlarını karşıladığından emin olmaları gerekmektedir³⁶. Getirilen düzenleme Avrupa Birliği'ndeki şirketlere, Avrupa Birliği'nde faaliyette bulunan şirketlere, yapay zekâ sistemi Birlik içinde kurulmuş veya yerleşik olmak şartıyla kullananlara ve sadece yapay zekânın ürettiği çıktının Birlik içinde kullanıldığı durumda da uygulanmaktadır³⁷. Ancak Yasanın temel çok fazla istisnaya yer vermesi nedeniyle temel hakları korumada yetersiz olduğu belirtilmektedir³⁸. Ayrıca AB dışındaki insanların insan hakları söz konusu olduğunda aynı korumayı sağlamadığı, çifte standart uyguladığı belirtilmektedir. Birlik dışındaki insanları etkileyen sistemleri olan AB merkezli yapay zekâ sağlayıcılarının AB içindekilerle aynı gerekliliklere tabi olması yönündeki talebi karşılamadığı, AB merkezli yapay zekâ şirketlerinin Birlik içinde yasaklanmış yapay zekâ sistemlerinin ihraç edilmesini engellemediği ifade edilmektedir³⁹.

Doktrinde Yasanın geniş uygulamasının engellemek amacıyla çıktının Birlik içinde kullanılması kavramının dar yorumlanması gerektiği, kullanımın tesadüfi olmaması, bilinçli ve sağlayıcının kontrol edebileceği bir şekilde gerçekleşmesi gerektiği ifade edilmektedir⁴⁰.

D. Yapay Zekâ Yasasının Uygulanmayacağı Haller

Yapay Zekâ Yasasının 2. maddesinde Yasanın uygulanmayacağı haller de gösterilmiştir. Yapay Zekâ Yasası, Birlik hukukunun kapsamı dışında kalan alanlara uygulanmamakta ve üye devletlerin ulusal güvenlikle ilgili yetkilerini hiçbir şekilde etkilememektedir.

Yasanın uygulanmayacağı alanlar ve kişiler:

1. Yapay Zekâ Yasası Birlik hukukunun kapsamı dışında kalan alanlarda uygulanmamaktadır. Ayrıca Üye Devletlerin ulusal güvenlikle ilgili yetkilerini -bu yetkilere ilişkin görevleri yerine getirmekle görevlendirilen kuruluşun türü (kamu veya özel) fark etmeksizin- etkilememektedir (Yapay Zekâ Yasası m. 2/3). Yasa, münhasıran askerî, savunma veya ulusal güvenlik amaçlarıyla piyasaya sürülen, hizmete sunulan veya değiştirilerek yahut değiştirilmeden kullanılan yapay zekâ sistemlerine uygulanmamaktadır (Yapay Zekâ Yasası m. 2/3). Bu istisnanın uygulanıp uygulanmayacağı, yapay zekâ sisteminin amaçlarına veya kullanıma bağlıdır. Getirilen bu düzenlemenin Yapay Zekâ Yasasının insan haklarıyla ilgili getirdiği korumanın uygulanabilirliğini sınırlayacak önemli bir boşluk yarattığı belirtilmektedir. Ayrıca getirilen geniş muafiyetin ABAD

³⁶ Ünsal-Özden, <https://www.erdem-erdem.av.tr/bilgi-bankasi/avrupa-birligi-yapay-zekâ-yasasinin-turkiyedeki-aktorelere-yansimalari>. E.T: 10.05.2025.

³⁷ Bozkurt-Yüksel, s. 23; Karadeniz, Salih, "Avrupa Birliği Yapay Zekâ Kanunu'nun Risk Grupları ve İlgililerin Yükümlülükleri Bağlamında İncelenmesi", *Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 29, S. 1, 2025, s. 316.

³⁸ "Packed With Loopholes: Why the AI Act Fails to Protect Civic Space and The Rule of Law, In a New Analysis, ECF, Liberties and The European Center for Not-for-Profit Law Assess the AI Act From a Civic Space and Rule of Perspective", <https://civic-forum.eu/advocacy/artificial-intelligence/packed-with-loopholes-why-the-ai-act-fails-to-protect-civic-space-and-the-rule-of-law>. E.T: 01.05.2025.

³⁹ "EU's AI Act Fails to Set Gold Standard for Human Rights", <https://www.amnesty.eu/wp-content/uploads/2024/04/EUs-AI-Act-fails-to-set-gold-standard-for-human-rights.pdf>. E.T: 29.04.2025.

⁴⁰ Bkz.: Turan-Başara, s. 2998.

(Avrupa Birliği Adalet Divanı)'nın⁴¹ yerleşik içtihatlarına aykırı olduğu belirtilmektedir⁴². Bir kolluk kuvveti kuruluşunun, kamusal alanlarda gerçekleştirilen gerçek zamanlı biyometrik kimliklendirmeye ilişkin getirilen kısıtlamalardan, ulusal güvenlik amacıyla kaçınabileceği, "ulusal güvenlik" faaliyetleri kisvesi altında meşrulaştırılan kitlesel gözetlemenin kapısını açabileceği belirtilmektedir⁴³. ABAD'a göre 'ulusal güvenlik' kavramı⁴⁴, devletin temel işlevlerini ve toplumun temel çıkarlarını korumaya yönelik birincil çıkarı ifade etmektedir. Bir ülkenin temel anayasal, siyasi, ekonomik veya sosyal yapılarını ciddi şekilde istikrarsızlaştırabilecek ve özellikle terörist faaliyetler gibi toplumu, nüfusu veya Devletin kendisini doğrudan tehdit edebilecek faaliyetlerin önlenmesini ve cezalandırılmasını kapsamaktadır. Ancak bir yapay zekâ sistemi başlangıçta askerî veya ulusal güvenlik amaçlarıyla kullanılırken daha sonra sivil amaçlarla da kullanılıyorsa, bu sistem Yapay Zekâ Yasasının kapsamına girmektedir. Çünkü artık sistem münhasıran belirtilen amaçlar için kullanılmamaktadır. Yine bir yapay zekâ sistemi hem askerî, savunma veya ulusal güvenlik hem de sivil veya insani amaçlar veya kolluk kuvvetleri veya kamu güvenliği gibi başka amaçlarla kullanıldığında bu sistem Yapay Zekâ Yasasının kapsamına girmektedir⁴⁵. Birlik dışındaki yapay zekâ sistemleri tarafından üretilen çıktıların Birlik içerisinde münhasıran askeri ve ulusal güvenlik amaçlarıyla kullanımı da Yasanın kapsamı dışındadır (Yapay Zekâ Yasası m. 2/3).

2. Yapay Zekâ Yasasının 2/4 maddesine göre, Yasa, belirli koşullar altında üçüncü ülkelerin kamu otoriteleri veya uluslararası kuruluşları için uygulanmamaktadır. Bu istisnanın geçerli olması için üç şartın gerçekleşmesi gerekmektedir.

a) Yapay zekâ sistemlerinin Birlik veya üye devletlerden biriyle yapılan uluslararası işbirliği veya anlaşmalar çerçevesinde kullanılması gerekmektedir.

b) Bu kullanımın kolluk kuvvetleri ve adli işbirliği (adli yardımlaşma) amacı taşıması gerekmektedir.

c) Üçüncü ülke veya uluslararası kuruluşun temel haklar ve özgürlüklerin korunmasına ilişkin yeterli güvenceler sağlaması şarttır. İstisna kapsamına, üçüncü ülke tarafından belirli görevleri

⁴¹ Avrupa Birliği Adalet Divanı için bkz.: "Court of Justice of the European Union (CJEU)", https://european-union.europa.eu/institutions-law-budget/institutions-and-bodies/search-all-eu-institutions-and-bodies/court-justice-european-union-cjeu_en. E.T: 29.04.2025.

⁴²"EU's AI Act Fails to Set Gold Standard for Human Rights", <https://www.amnesty.eu/wp-content/uploads/2024/04/EUs-AI-Act-fails-to-set-gold-standard-for-human-rights.pdf> E.T: 29.04.2025; "Packed With Loopholes: Why the AI Act Fails to Protect Civic Space and The Rule of Law, In A New Analysis, ECF, Liberties and The European Center for Not-for-Profit Law Assess the AI Act From a Civic Space and Rule of Perspective", <https://civic-forum.eu/advocacy/artificial-intelligence/packed-with-loopholes-why-the-ai-act-fails-to-protect-civic-space-and-the-rule-of-law>. E.T: 01.05.2025.

⁴³ Lazaro Cabrera, Laura, "EU AI Act Brief – Pt. 2, Privacy & Surveillance", <https://cdt.org/insights/eu-ai-act-brief-pt-2-privacy-surveillance/> E.T: 01.05.2025

⁴⁴ Ulusal güvenliğin tanımlanması ve ayırt edilmesi için bkz.: Vogiatzoglou, Plixavra, "The AI Act National Security Exception, room for manoeuvres?", <https://verfassungsblog.de/the-ai-act-national-security-exception/>. E.T: 01.05.2025. Ayrıca ulusal güvenlik kavramı için bkz.: Birdişli, Fikret, "Ulusal Güvenlik Kavramının Tarihsel ve Düşünsel Temelleri", *Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, C. 1, S. 31, 2011, ss. 149-169, s. 150 vd.

⁴⁵ Bkz.: European Commission, s. 7-8.

yürütmekle görevlendirilen özel kuruluşlar da girebilmektedir⁴⁶.

3. Yapay Zekâ Yasası, yapay zekâ sistemleri veya modelleri ile ilgili olarak piyasaya sürülmeden veya hizmete sunulmadan önce gerçekleştirilen herhangi bir araştırma, test veya geliştirme faaliyetlerine uygulanmamaktadır. Bu tür faaliyetler, yürürlükteki Birlik hukuku çerçevesinde gerçekleştirilmektedir. Ancak, Yapay Zekâ Yasasının 2/8 maddesinde belirtilen istisna, bu araştırma ve geliştirme faaliyetlerinin sonucunda piyasa sunulan veya hizmete alınan bir AI sistemi söz konusu olduğunda, Yapay Zekâ Yasasının kapsamına girmekte ve Yasaya uyum yükümlülüğüne tabi olmaktadır. Ayrıca, gerçek dünya koşullarında yapılan testler, Yapay Zekâ Yasasının kapsamına girmekte ve bu istisna bu tür testleri kapsamamaktadır. Örneğin, bir belediye, yüz tanıma yazılımını gerçek dünya koşullarında test etmek amacıyla bir RBI (remote biometric identification-uzaktan biyometrik tanıma veya kimlik belirleme) sistemi⁴⁷ kullanarak gönüllüleri tanımlamak için bir etkinlik düzenlediğinde, bu test Yapay Zekâ Yasasının 2(8) maddesindeki istisnaya dahil olmamaktadır. Testin Yapay Zekâ Yasasındaki RBI sistemlerine dair gereksinimlere tamamen uygun olması gerekmektedir⁴⁸.

4. Yapay Zekâ Yasasının 2/10 maddesi, "kişisel amaca yönelik profesyonel olmayan faaliyetlerde bulunan normal kişilerin, sistemleri kullanırken yükümlülüklerinin Yapay Zekâ Yasasına tabi olmayacağını" belirtmektedir. Ekonomik fayda elde etmek amacıyla düzenli olarak bir faaliyet yürüten ya da profesyonel, ticari, iş veya serbest meslek faaliyetlerine katılan her türlü faaliyet "profesyonel faaliyet" olarak kabul edilmektedir. Ancak suç teşkil fiiller bu kapsamda değildir. Örneğin, bir birey evinde yüz tanıma sistemi kullandığında (örneğin, evin girişini kontrol etmek ve güvenlik sağlamak amacıyla), Yasa kapsamında bulunmamakta, dolayısıyla da Sözleşmedeki yükümlülüklerle tabi olmamaktadır⁴⁹.

5. Yapay Zekâ Yasası, yüksek riskli yapay zekâ sistemleri olarak veya Yapay Zekâ Yasasının 5. maddesi (yasaklı yapay zekâ uygulamaları) veya 50. maddesi (belirli yapay zekâ sistemleri için şeffaflık yükümlülükleri) kapsamına giren bir yapay zekâ sistemi olarak piyasaya sürülmediği veya hizmete sunulmadığı müddetçe, ücretsiz ve açık kaynaklı lisanslar altında piyasaya sürülen yapay zekâ sistemleri için geçerli değildir⁵⁰.

E. Yapay Zekâ Yasasında Risk Kategorileri

1. Genel Olarak

Yapay Zekâ Yasasında ana fikir, yapay zekânın temel insan haklarına etkisine göre "risk temelli" bir yaklaşım sergilenmesidir. Risk ne kadar yüksekse, kurallar da o kadar katı olarak öngörülmektedir. Yapay zekâ sistemlerinin yaratacağı riskler, "yasaklanmış veya kabul edilemez

⁴⁶ Bkz.: European Commission s. 9.

⁴⁷ Uzaktan biyometrik tanıma sistemi, gerçek kişilerin aktif katılımı olmaksızın, genellikle bir kişinin biyometrik verilerinin bir referans veri tabanında bulunan biyometrik verilerle karşılaştırılması yoluyla uzaktan tanımlanması amacıyla kullanılan bir yapay zekâ sistemi anlamına gelmektedir (Yapay Zekâ Yasası m. 3).

⁴⁸ Bkz.: European Commission, s. 9, 10.

⁴⁹ Bkz.: European Commission, s. 9, 10.

⁵⁰ European Commissionu, s. 11.

riskli”, “yüksek riskli”, “sınırlı riskli” ve “minimum veya asgari riskli” olarak sınıflandırılmaktadır. Yasanın 3. maddesine göre risk, zararın meydana gelme olasılığı ile bu zararın ciddiyetinin birleşimini ifade etmektedir.

Yapay Zekâ Yasasında risk temelli yaklaşımın kabul edilmesinin nedeninin, inovasyon ve yapay zekâ sistemlerinin faydaları ile güvenlik, sağlık ve temel haklar gibi değerlerin korunması arasında orantılılığı sağlamak olduğu belirtilmektedir⁵¹. Aslında bu düzenleme hangi yapay zekâ sistemlerinin izin verilen risk içerisinde nitelendirileceğini göstermektedir. Kullanılmasına izin verilen sistem kabul edildikten sonra hangi şartlarda kullanılan yapay zekâ sistemlerinin hukuka aykırılık teşkil etmeyeceğinin belirlenmesi devreye girmektedir. Trafikte araç kullanılmasına izin verildikten sonra aracın hangi şartlarda kullanımın suç teşkil etmeyeceğini belirlemek gibi yapay zekâlı sistemlerde de bunun tespit edilmesi devreye girmektedir.

Yapay zekâ Yasası, risk temeli yaklaşımı kabul ederken, yapay zekâlı sistemlerin sağlayıcılarına, üreticilerine, ithalatçılara, distribütörlerine ve kullanıcılarına, yapay zekâ zincirinin farklı bölümlerindeki aktörlere yükümlülükler de getirmektedir. Özellikle yüksek riskli yapay zekâ sistemleri bakımından, birçok katı yükümlülük getirmektedir. Ayrıca Yasa, AB’de bulunan yapay zekâ sistemlerinin geliştirilmesini ve alımını teşvik etmeyi amaçlayan birçok hükme de yer vermektedir⁵².

2. Yasaklanmış veya Kabul Edilemez Riskli Yapay Zekâ Sistemleri

Temel haklar ve Avrupa Birliği değerleri açısından kabul edilemez risk oluşturan yapay zekâ sistemleri, Yapay Zekâ Yasasının 5. maddesi gereğince yasaklanmıştır. Bu yasaklama, ayrımcılık yasağı ve eşitlik ilkesinin, veri koruma hakkı ile özel ve aile hayatına saygı hakkının, çocuk haklarının, ifade ve bilgi özgürlüğünün, toplantı ve dernek kurma özgürlüğünün, düşünce, vicdan ve din özgürlüğünün, etkili başvuru hakkı ve adil yargılanma hakkının, masumiyet karinesi ve savunma hakkının korunmasını amaçlamaktadır⁵³.

Sosyal puanlama ve yüz tanıma uygulamaları gibi uygulamalar yasaklanmış (kabul edilemez) risk kategorisinde değerlendirilmekte ve bu tür uygulamaların kişilerin güvenliği, geçim kaynakları ve bireysel haklarına tehdit oluşturduğu, bu nedenle de kullanılmasının kesinlikle yasaklanması gerektiği kabul edilmektedir⁵⁴. Yasaklanmış risk kapsamında, insanların temel haklarına yönelik açık bir tehdit olarak değerlendirilen yapay zekâ sistemleri yasaklanmaktadır.

Yasanın 5. maddesindeki yasaklara uyulmaması veya yasaklanmış yapay zekâ sistemlerinin kullanılması en ciddi ihlaller olarak kabul edilmekte ve en yüksek idari para cezasına tutulmaktadır. Yasaklı yapay zekâ uygulamalarına başvuran sağlayıcılar ve kullanıcılar 35.000.000 Avro'ya kadar veya eğer fail bir işletme ise, önceki mali yıldaki küresel yıllık cirosunun %7'sine kadar para cezasına maruz kalabilmektedir (hangisi daha yüksekse). AB kurumları, organları ve ajansları yasakları ihlal

⁵¹ Karadeniz, s. 320.

⁵² “AB Komisyon’undan İlk Yapay Zekâ Düzenlemesi”, <https://www.gsghukuk.com/tr/bultenler-yayinlar/duyurular/ab-komisyonundan-ilk-yapay-zekâ-duzenlemesi.html>. E.T: 01.05.2025.

⁵³ European Commission, s. 2.

⁵⁴ Görentaş/Çiftçi, s. 187.

ederse, 1.500.000 Avro'ya kadar idari para cezasına tabi olabilmektedirler. Tek fiil ile yasanın iki ayrı hükmünün ihlal edilmesi halinde ise ne bis in idem kuralı uygulanır⁵⁵.

Yasanın 5. madde düzenlemesine göre aşağıda belirtilen yapay zekâ sistemlerinin kullanımı yasaktır:

1. Kişi veya başka bir kişi ya da grup üzerinde önemli zararlar oluşturabilecek şekilde subliminal teknikler veya amaçlı olarak manipülatif ya da yanıltıcı teknikler kullanan bir yapay zekâ sisteminin piyasaya sürülmesi, hizmete sunulması veya kullanımı (Subliminal teknikler kullanan yapay zekâ sistemleri) yasaktır (Yapay Zekâ Yasası m. 5/1-a). Yapay zekâ, insan davranışlarını analiz etme ve yönlendirme yeteneğine sahip olması özelliğiyle insanın karar verme özgürlüğünü etkileyebilmektedir. Yapay zekâ bu özelliği nedeniyle pazarlama stratejilerini güçlendirmek ve müşteri deneyimlerini kişiselleştirmek için devrimsel araçlar sunmaktadır⁵⁶. Dolayısıyla da bu yapay zekâ sistemlerini yasaklamanın gerekçesi, manipülatif, yanıltıcı ve suistimaller içeren yapay zekâ uygulamalarının bireylerin özerkliklerini, karar verme süreçlerini ve özgür seçimlerini bozarak iradelerinin sakatlanmasını engellemektir. Özellikle düzenleme, yapay zekâ sistemleri aracılığıyla bireyleri belirli hedeflere ulaşmak için sadece araç haline getiren manipülasyon ve suistimalleri engellemeyi hedeflemekte ve zarar verici manipülasyona ve suistimallere karşı en savunmasız ve hassas kişileri korumayı amaçlamaktadır⁵⁷. Yasağın söz konusu olması için ‘piyasaya sunulan, ‘hizmete giren’ veya ‘kullanılan yapay zekâ sisteminin şu 3 şartı taşıması gerekir: 1. Yapay zekâ sistemi, subliminal (bilinçaltı, bilinçdışı, bilinçaltı ile algılanan)⁵⁸, manipülatif⁵⁹ veya yanıltıcı

⁵⁵ European Commission, s. 17.

⁵⁶ “Yapay Zekâda Yasaklanan Uygulamalar”, <https://arclaw.services/yapay-zekâda-yasaklanan-uygulamalar/>. E.T: 02.05.2025.

⁵⁷ European Commission, s. 18.

⁵⁸ Subliminal, “Duyu organlarının fark eşiğine ulaşmadığı yani belirli bir şiddetin altında ya da üstünde kalarak alıcı hücreyi uyarmaya yetmeyen ve bu nedenle de bilinçli bir duyuma sebep olmayan uyaranlar, “subliminal” olarak tanımlanmaktadır”. Subliminal mesajlar bilinçli bir çaba gösterilse de tespit edilememekte, algılanması bilinç dışında gerçekleşmektedir. Subliminal mesajlar bilinçli farkındalık oluşturmamakta, ancak “duyu organları tarafından beyne iletilmekte, beyinde işlenmekte ve uyaranlara cevap verme potansiyeli veya davranışsal repertuar hazırlama etkisi gerçekleştirmektedir”. Bkz.: Doğan, Nuren/Hatipoğlu, Ayfer/Keskiner, Muratcan/Tarlacı, Sultan, “Subliminal Uyarıcıların Nöropsikolojisi”, *Current Research and Reviews in Psychology and Psychiatry*, C. 2, S. 2, 2022, s. 223, 224.

⁵⁹ Manipülasyon, rızayı sağlamak için bilinçli olarak kurgulanmış bir tür iknayı ifade etmektedir. Bu kurguda manipülatör hedef üzerinde zihinsel baskı kurmakta ve bilinçli olarak yönlendirmeye çalışmakta, manipülasyona maruz kalan ise istediği dışında davranmak zorunda kalmaktadır. Elitaş, Türker, “Dijital Manipülasyon ‘Deepfake’ Teknolojisi ve Olmayanın İnanırcılığı”, *Hatay Mustafa Kemal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, C. 19, S. 49, 2022, s. 115. Dijital manipülasyon, dijital teknolojinin kullanıldığı ve veri işleyicisi veya bundan faydalanan üçüncü taraf ile veri sahibi arasında bir sonuç asimetrisi üretmek ve mantığı devre dışı bırakmak için kasıtlı olarak tasarlanmış her türlü etkiyi ifade etmektedir: Ienca, Marcello, “On Artificial Intelligence and Manipulation”, *Topoi, An International Review of Philosophy*, V. 42, 2023, s. 833. Avrupa Komisyonu tarafından hazırlanan Yasaklanmış Yapay Zekâ Uygulamalarına İlişkin Kılavuz’da manipülatif teknikler, “bir bireyin davranışını, özerkliğini ve özgür seçimlerini zayıflatacak şekilde etkilemek, değiştirmek veya kontrol etmek amacıyla tasarlanmış ya da objektif olarak bireyi etkilemeyi hedefleyen teknikler” olarak ifade edilmektedir: European Commission, s. 21.

tekniklerden⁶⁰ en az birini kullanmalıdır⁶¹. 2. Yapay zekâ sistemi tarafından kullanılan teknikler, bir kişinin veya bir grup kişinin davranışını maddi olarak bozma amacına veya etkisine sahip olmalıdır. 3. Bozulmuş davranışın, söz konusu kişiye, başka bir kişiye veya bir grup kişiye önemli ölçüde zarar vermesi veya zarar verme ihtimalinin makul ölçüde yüksek olması gerekmektedir. Örneğin bir yapay zekâ sistemi, düşük ses seviyelerinde veya başka seslerle gizlenmiş sesler veya sözel mesajlar kullanarak, dinleyiciyi bilinçli farkındalık olmadan etkileyebiliyor. Bu sesler hala işitme aralığındadır, ancak incelikleri veya diğer sesler tarafından maskelenmesi nedeniyle dinleyici tarafından bilinçli olarak fark edilmemektedir⁶². Yine bir e-ticaret sitesi, müşterilerinin alışveriş alışkanlıklarını analiz eden bir yapay zekâ sistemini kullanarak onların zayıf yönlerini tespit ederek sistem aracılığıyla, müşterinin fark etmediği subliminal mesajlarla aslında almak istemedikleri ürünleri satın almalarını sağlamayabilmektedir. Tüketici, bilinçaltı düzeyde manipüle edildiğinden, satın almayı özgür iradesiyle değil, yapay zekânın yönlendirmesiyle gerçekleştirmektedir⁶³.

2. Bir kişinin veya belirli bir grup kişinin yaşları (çocukları veya yaşlıları), engellilikleri (uzun süreli fiziksel, zihinsel, entelektüel ve duyuşsal bozuklukları) veya özel sosyal veya ekonomik durumları (aşırı yoksulluk, etnik veya dini azınlıklar gibi) nedeniyle sahip oldukları zayıflıkları istismar eden, bu kişilerin davranışlarını önemli ölçüde çarpıtan ve bu suretle onlara veya başka bir kişiye önemli zararlar verebilecek bir yapay zekâ sisteminin piyasaya sürülmesi, hizmete sunulması veya kullanımı (kırılganlıkları istismar eden yapay zekâ sistemleri) yasaktır (Yapay Zekâ Yasası m. 5/1-b). Bu durumdaki kişiler genellikle daha savunmasız ve genel nüfusa oranla daha az kaynağa ve düşük dijital okuryazarlığa sahip olduklarından yapay zekâ tarafından kullanılan sömürücü uygulamaları fark etmelerini veya karşı koymalarını zorlaştırmaktadır⁶⁴. Yasağın söz konusu olması için ‘piyasaya sunulan, ‘hizmete giren’ veya ‘kullanılan yapay zekâ sisteminin şu 3 şartı taşıması gerekir. 1. Yapay zekâ sistemi, yaş, engellilik veya sosyal-ekonomik durum nedeniyle zayıflıkları sömürmelidir. 2. Yapay zekâ sistemi tarafından sağlanan sömürü, bir kişinin veya bir grup kişinin davranışını maddi olarak bozma amacına veya etkisine sahip olmalıdır. 3. Bozulmuş davranışın, söz konusu kişiye, başka bir kişiye veya bir grup kişiye önemli ölçüde zarar vermesi veya zarar verme ihtimalinin makul ölçüde yüksek olması gerekmektedir⁶⁵. Örneğin, dijital okuryazarlığı sınırlı olan yaşlı bireyleri hedefleyen bir yapay zekâ tabanlı finansal danışmanlık hizmeti yaşlıların emeklilik

⁶⁰ Avrupa Komisyonu tarafından hazırlanan Yasaklanmış Yapay Zekâ Uygulamalarına İlişkin Kılavuz’da yanıltıcı teknikler, “bir kişinin özerkliğini, karar alma sürecini veya özgür seçimlerini, kişinin farkında olmadan ya da farkında olsa bile aldatılabileceği veya bunları kontrol edemediği veya bunlara direnemediği şekillerde altüst eden veya bozan teknikler” olarak ifade edilmektedir. Bu teknikler, yanlış veya yanıltıcı bilgiler sunmayı içermeli ve amacı veya etkisi, bireyleri aldatmak ve özerkliklerini, karar alma süreçlerini ve özgür seçimlerini zayıflatarak davranışlarını etkilemek olmalıdır: European Commission, s. 22.

⁶¹ AB Yapay Zekâ Teklifinde yer alan bu kavramın tanımlanmaması eleştirilmiş ve öneriler sunulmuştur. Bkz.: “The AI Act Needs a Practical Definition of ‘Subliminal Techniques’”, <https://www.euractiv.com/section/tech/opinion/the-ai-act-needs-a-practical-definition-of-subliminal-techniques/>. E.T: 10.05.2025.

⁶² European Commission, s. 19, 20.

⁶³ “Yapay Zekâda Yasaklanan Uygulamalar”, <https://arclaw.services/yapay-zekâda-yasaklanan-uygulamalar/> E.T: 02.05.2025.

⁶⁴ Dijital okuryazarlık, “akıllı telefonlar, tabletler, dizüstü bilgisayarlar ve masaüstü bilgisayarlar gibi ağ cihazları aracılığı ile bilgiyi bulma, anlama, analiz etme, üretme ve paylaşabilme becerilerini ifade” etmektedir: https://tr.wikipedia.org/wiki/Dijital_okuryazarlık. E.T: 28.04.2025.

⁶⁵ European Commission, s. 33-37

birikimlerini onları farkında olmadan riskli yatırımlara yönlendirmekte ve maddi zarara uğratmaktadır. Yine, çocukların oyun alışkanlıklarını analiz eden bir yapay zekâ sistemi, onları gereksiz oyun içi satın alımlara yönlendirebilmektedir⁶⁶.

3. Verilerin orijinal olarak üretildiği veya toplandığı bağlamlarla ilgisi olmayan sosyal bağlamlarda, belirli gerçek kişilerin veya kişi gruplarının kötü veya olumsuz muameleye tabi tutulması; belirli gerçek kişilere ya da kişi gruplarına, sosyal davranışları ya da bu davranışların etkisi ile orantısız ya da haksız bir şekilde kötü veya olumsuz muamele yapılması veya her ikisine yol açacak şekilde, gerçek kişilerin veya kişi gruplarının sosyal davranışlarına veya bilinen, çıkarılan veya tahmin edilen kişilik özelliklerine dayanarak belirli bir süre boyunca değerlendirilmesini veya sınıflandırılmasını amaçlayan yapay zekâ sistemlerinin piyasaya sürülmesi, hizmete sokulması veya kullanılması (sosyal puanlama sistemleri) yasaktır (Yapay Zekâ Yasası m. 5/1-c). Sosyal Puanlama Sistemlerinin yapay zekâ sistemlerinin potansiyel olarak en tehlikeli kullanım alanlarından biri olduğu ifade edilmektedir. Bireylerin sosyal davranışlarını, kişisel özelliklerini veya tahmin edilen eğilimlerini puanlamakta ve bu puanlara göre avantaj veya dezavantaj sağlamaktadır. Bir işverenin işe alım sürecinde adayların sosyal medya etkinliklerini temel alarak karar vermesi bu niteliktedir⁶⁷. "Sosyal puanlama" yasağının amacı, özellikle insan onuru ve diğer temel hakları, ayrımcılık ve eşitlik hakkı, veri koruma hakkı, özel ve aile hayatına saygı hakkı ve geçerli olduğu durumlarda ilgili sosyal ve ekonomik hakları korumaktır. Ayrıca, Birlik değerlerinden olan demokrasi, eşitlik (kamusal ve özel hizmetlere eşit erişim de dahil) ve adaletin korunmasını ve teşvik edilmesini de amaçlamaktadır. Yasağın söz konusu olması için 'piyasaya sunulan, 'hizmete giren' veya 'kullanılan yapay zekâ sisteminin şu iki şartı daha taşıması gerekir: 1. Yapay zekâ sistemi, sosyal davranışlarına veya bilinen, çıkarılan ya da tahmin edilen kişisel veya kişilik özelliklerine dayalı olarak, belirli bir süre boyunca gerçek kişiler veya kişi gruplarının değerlendirilmesi veya sınıflandırılması amacıyla tasarlanmalı ya da kullanılmalıdır. 2. Yapay zekâ sistemi yardımıyla oluşturulan sosyal puan, (a) verilerin başlangıçta oluşturulduğu ya da toplandığı bağlamlarla ilgisi olmayan sosyal bağlamlarda; ve/veya b) sosyal davranışlarına ya da davranışlarının ağırlığına orantısız veya haksız bir şekilde muamele edilmesi durumlarından birinde ya da birkaçında gerçek kişilere veya kişi gruplarına zarar verici ya da olumsuz muameleye yol açmalı ya da yol açma potansiyeline sahip olmalıdır⁶⁸.

4. Bir gerçek kişinin suç işleme riskini değerlendirmek veya tahmin etmek amacıyla, yalnızca kişinin profillemesi veya kişilik özelliklerinin ve niteliklerinin değerlendirilmesi temelinde risk değerlendirmeleri yapmak için bir yapay zekâ sisteminin piyasaya sürülmesi, bu özel amaç için hizmete sokulması veya kullanılması (kişilerin suç işleme riskini değerlendirmeyi veya tahmin etmeyi amaçlayan yapay zekâ sistemleri) yasaktır (Yapay Zekâ Yasası m. 5/1-d). Ancak bu yasa, bir kişinin suçla bağlantısını değerlendiren ve hâlihazırda suçla doğrudan ilişkili objektif ve doğrulanabilir verilere dayanan insan değerlendirmelerini desteklemek için kullanılan yapay zekâ sistemlerine uygulanmamaktadır. Bir kişinin suçun işlenmesine katıldığına ilişkin objektif ve

⁶⁶ "Yapay Zekâda Yasaklanan Uygulamalar", <https://arclaw.services/yapay-zekâda-yasaklanan-uygulamalar/>. E.T: 02.05.2025.

⁶⁷ "Yapay Zekâda Yasaklanan Uygulamalar", <https://arclaw.services/yapay-zekâda-yasaklanan-uygulamalar/>. E.T: 02.05.2025.

⁶⁸ European Commission, s. 50, 51.

doğrulanabilir gerekçeler varsa ve insan değerlendirilmesi varsa sistemin kullanılmasına izin verilmektedir. Ancak kolluk kuvvetleri tarafından öngörücü polislik⁶⁹ faaliyeti kapsamında kötüye kullanılabileceği, tehlikeli uygulamaları meşrulaştıracığı belirtilmektedir⁷⁰. Önyargıları güçlendirebileceği ve bir gözetim devletine yol açabileceği belirtilmektedir⁷¹. Yapay zekâ sistemi, bir bireyin suç işleme riskini değerlendirmeli veya öngörmelidir (tahmin etmelidir). Yasağın söz konusu olması için piyasaya sunulan, hizmete giren veya kullanılan yapay zekâ sisteminin 1. bir bireyin suç işleme riskini değerlendirmeli veya öngörmelidir. 2. Risk değerlendirmesi veya öngörü bireyin profillemesi ve/veya kişilik özellikleri ve karakteristiklerinin değerlendirilmesine dayanmalıdır. Örneğin kolluk, terörizm gibi suçlar açısından suç teşkil eden davranışları öngörmek amacıyla bir yapay zekâ sistemi kullanmakta ve bunu yalnızca bireylerin yaş, milliyet, adres, araç türü ve medeni durumu gibi kişisel özelliklerine dayandırmaktadır⁷². Bu sistem, bireyleri yalnızca kişisel özelliklerine dayanarak henüz işlemelikleri suçlar için işleme olasılığı yüksek olarak değerlendirmektedir. Dolayısıyla bu sistemin kullanılması yasaklanmıştır. Buradaki suç ifadesi teknik anlamada ceza hukuku anlamında suç teşkil eden fiilleri kapsamaktadır. Haksızlık içerikleri az olan örneğin trafik kabahatleri gibi fiiller ve diğer yaptırım gerektiren fiiller bu kapsamda nitelendirilmemektedir. Belirleme, AİHM değerlendirmesine atıf yapmakla birlikte, AİHM'in, kabahatleri de suç olarak nitelendirdiği ifade edilmelidir. Konum tabanlı veya coğrafi alan tabanlı suç tahminleri, suçların yerini veya o bölgelerde suç işleme olasılığını değerlendirmeye dayanmakta olup, belirli bir bireyin değerlendirilmesini içermediğinden yasak kapsamında değildir. Yasak kapsamında kabul edilmeyen durumlar aşağıdaki gibidir⁷³:

- Bir kalabalıkta suç işlemek üzere olan bir kişinin tehlikeli davranışlarını doğru şekilde profilemek ve sınıflandırmak amacıyla bir yapay zekâ sistemi kullanılması ve ardından insan tarafından yapılan anlamlı bir değerlendirme yasak kapsamında değildir. Bu durumda, AI'nin sınıflandırmasına dayalı insan tarafından yapılan risk değerlendirmesi, yalnızca kişisel özellikler veya profilemeye değil, kişinin tehditkar suç davranışıyla ilgili objektif ve doğrulanabilir verilere

⁶⁹ Öngörücü polislik, “kolluk kuvvetlerinde potansiyel suç faaliyetlerini tespit etmek için matematik, öngörücü analizler ve diğer analitik tekniklerin kullanılmasıdır. RAND Corporation tarafından yayınlanan bir rapor, öngörücü polislik yöntemlerinin dört genel kategoriye ayrıldığını belirlemiştir: suçları tahmin etme yöntemleri, suçluları tahmin etme yöntemleri, failerin kimliklerini tahmin etme yöntemleri ve suç mağdurlarını tahmin etme yöntemleri”, [Öngörücü polislik - Vikipedi](#) E.T: 10.05.2025.

Suç işleme riskinin verilere dayanarak tahmin edilmesidir. Eldeki verileri kullanarak en çok suç işlenen bölgeleri ve ne tür suçların işlendiğini analiz eden sistemler uygulamada kullanılmaktadır (Akkuş, Tolga, “Öngörücü Polislik (Predpol)”, <https://www.tolgaakkus.com/2019/10/27/ongorucu-polislik-predpol/>) ve bunlar yasak kapsamında değildir. Bir bireyin suç işleme riskinin değerlendirilmesi ve tahmin edilmesi yasaklanmaktadır. E.T: 10.05.2025.

⁷⁰ “EU’s AI Act Fails to Set Gold Standard for Human Rights”, <https://www.amnesty.eu/wp-content/uploads/2024/04/EUs-AI-Act-fails-to-set-gold-standard-for-human-rights.pdf> E.T: 29.04.2025.

⁷¹ Görentaş/Çiftçi, s. 188.

⁷² ABD’de failin tekrar suç işleme riskini hesaplayan Compass yazılımı buna örnektir. Yazılım belli kıstasları değerlendirerek kişinin tekrar suç işleme ihtimalini 1 ila 10 arasında puanlayarak hesaplamaktadır. Bunu yaparken şahsın sabıkası yanında yakınlarının sabıklarını, ailedeki alkol uyuşturucu kullanımını, çevresini, oturduğu muhiti, öfke, saldırganlık durumunu vd. incelemektedir. Yayımlanan bir araştırma raporuna göre, yüksek riskli görüldüğü halde tekrar suç işlemeyen beyaz sanık oranı %23,5 iken siyahi sanık oranı %44,9. Düşük riskli görüldüğü halde tekrar suç işleyen beyaz sanık oranı ise %47,7, siyahilerde oran %28’dir. Yayımlanan bu çalışmaya göre yazılımın siyahi insanlara yönelik bir önyargısı bulunmaktadır: Canan, Kaan, “Yargı Sisteminde Yapay Zekâ”, [Yargı Sisteminde Yapay Zekâ - Sarkaç](#) E.T: 10.05.2025.

⁷³ Ayrıntılı bilgi için bkz.: European Commission, s. 65-76.

dayanmakta ve bu veriler insan tarafından gözden geçirilmektedir.

-Polis, olası bir silahlı soygun riski araştırmakta ve iki kişiyi şüpheli olarak belirlemektedir. Bu şüpheyeye dayanan çeşitli doğrulanabilir ve objektif veriler vardır. Örneğin karanlık web sohbet gruplarında silahlarla ilgili yapılan doğrulanabilir konuşmalar ve katılımlar bulunmaktadır.

- Bir hükümlünün koşullu salıvermeden yararlanıp yararlanamayacağı riskini değerlendiren bir yapay zekâ sisteminin kullanılması yasak değildir. Etkilenen kişinin yapay zekâ profili veya kişilik özellikleri ve karakteristiklerinin değerlendirilmesi, yalnızca geçmişte işlenen suçlar ve rehabilitasyonla ilgili sergilenen davranışlarla ilgili nesnel ve doğrulanabilir gerçeklerin insan tarafından değerlendirilmesini desteklemek için kullanılmaktadır.

-Bir hakim, ağır bir suç işlediği iddia edilen bir kişinin tutuklanmasına karar verirken şüphelinin tutuklanmaması durumunda başka bir suç işleme olasılığı (bizim hukukumuzda yok), kaçma ya da soruşturmanın düzgün bir şekilde yürütülmesine engel olma gibi geçerli sebeplerin varlığını göz önünde bulundurur. Bu süreçte hakim, benzer davalarda geçmiş suç geçmiş gibi verilerle eğitilmiş bir yapay zekâ risk değerlendirme aracını kullanmakta ve yaş grubu, sosyal davranış, gelir ve istihdam durumu gibi faktörleri dikkate almaktadır.

- Bir yapay zekâ sisteminin bir görevlinin, serbest bırakılma şartlarını ihlal etme veya kaçma riski taşıyan bir bireyi değerlendirmesine destek olarak kullanılması yasak değildir. Değerlendirme, geçmiş suç davranışları ve şüpheyeye dayanan objektif gerçekler üzerine yapılmaktadır.

- Gümrük otoriteleri, geçerli mevzuata uymayan malların giriş riskini değerlendiren yapay zekâ sistemlerini kullanmaktadırlar. Yapay zekâ sistemi, gümrükle ilgili verilen objektif ve doğrulanabilir bilgileri değerlendirir (örneğin malların niteliği ve değeri, konteyner numarası gibi). Bu tür sistemler, herhangi bir tahminin sadece profillemeye dayalı olmadığı ve suçla ilgili geçmiş katılımlarına dayanan objektif ve doğrulanabilir bilgilerle yapıldığı için yasak kapsamında değildir (Yapay Zekâ Yasası m. 5/1-d).

5. İnternette veya CCTV⁷⁴ (güvenlik kameralarının) görüntülerinden hedeflenmemiş bir şekilde yüz görüntüleri toplayarak yüz tanıma veri tabanları oluşturan veya bunları genişleten yapay zekâ sistemlerinin piyasaya sürülmesi, bu özel amaç için hizmete sokulması veya kullanımı (internette veya CCTV görüntülerinden rastgele yüz görüntüleri toplamak sureti ile yüz tanıma veri tabanları oluşturan sistemler) yasaktır (Yapay Zekâ Yasası m. 5/1-e). İnternet ve CCTV görüntülerinden yüz görüntülerinin rastgele toplanması, bireylerin mahremiyet ve veri koruma haklarına ciddi şekilde müdahale etmekte ve anonim kalma haklarını ortadan kaldırmaktadır. Piyasaya sürülen, hedeflenmemiş görüntüleri toplamak amacıyla hizmete sokulan veya kullanılan

⁷⁴ “Kapalı devre televizyon (İngilizce: Closed-Circuit Television veya CCTV) kameraların görüntü sinyallerini belirli bir konuma ilettikleri sistemdir. Televizyondan en önemli farkı sinyalin herkese açık bir biçimde taşınmamasıdır. Kısaca CCTV çalışmakta olduğu banka, şirket, havaalanı gibi tesislerin kullanımına mahsus bir televizyon sistemidir. Belirli bir alanın görüntüsünün belirli monitörlere verildiği görüntüleme sistemi olarak da düşünülebilir. CCTV'nin önceleri deneysel kullanım alanları bulunsada günümüzde genellikle güvenlik amacıyla kurulur. Bir CCTV sistemi CCTV kameralar, lensler, dijital kayıt cihazı ve monitörlerden oluşur. CCTV sisteminin en büyük özelliği görüntülerin zamana doğru orantılı olarak kaydedilmesidir”. Bu sistemler güvenlik ve suçla mücadelede, trafikte (EDS) ve taşımacılık gibi bir çok alanda kullanılmaktadır: https://tr.wikipedia.org/wiki/Kapalı_devre_televizyon. E.T: 10.05.2025.

yapay zekâ sisteminin yasak olması için a) yüz tanıma veri tabanlarının oluşturulması veya genişletilmesi amacını taşıması, b) veri tabanının oluşturulması için kullanılan yöntemin, yapay zekâ araçlarıyla rastgele, hedef gözetmeksizin veri kazıma (scraping)⁷⁵ olması ve c) görüntülerin internetten veya CCTV görüntülerinden elde edilmesi gerekir. Yüz tanıma veri tabanı, dijital bir görüntü veya video karesinden elde edilen bir insan yüzünü, veri tabanındaki diğer yüzlerle karşılaştırarak olası bir eşleşme olup olmadığını belirleyebilen bir sistemdir. Bu tür bir veri tabanı geçici, merkezi veya dağıtılmış olabilmektedir. Hedef gözetmeksizin ifadesi, belirli bir kişiyi veya bireyler grubunu özel olarak hedef almadan, mümkün olduğunca fazla veri ve bilgi toplayan bir tekniği ifade etmektedir. Kazıma işlemi ayırım gözetmeksizin veri veya içerik toplamaktadır. Bu nedenle, ‘hedef gözetmeksizin’ terimi, belirli bir birey veya grup üzerine odaklanmaksızın veri toplanması anlamına gelir. Örneğin, belirli bir suçluyu bulmak veya bir grup mağduru tespit etmek amacıyla yapılan hedefli kazıma, Yapay Zekâ Yasası kapsamında yasak değildir. Bir kişinin kendi yüz görsellerini bir sosyal medya platformunda paylaşmış olması, o kişinin bu görsellerin bir yüz tanıma veri tabanına dâhil edilmesine rıza gösterdiği anlamına gelmemektedir. CCTV kayıtlarından yüz görsellerinin kazınmasına örnek olarak, havaalanları, sokaklar, parklar gibi yerlerde faaliyet gösteren gözetim kameraları tarafından elde edilen görüntüler verilmektedir. Yapay Zekâ Yasasının 5(1)(e) maddesindeki yasak, yüz görselleri dışındaki biyometrik verilerin (örneğin, ses örneklerinin) hedef gözetmeksizin kazınmasına uygulanmamaktadır. Yapay zekâ modelleri oluşturmak amacıyla internetten büyük miktarda yüz görseli toplayan sistemlere yasak uygulanmamaktadır⁷⁶.

6. Gerçek kişilerin duygularını işyerlerinde ve eğitim kurumlarında belirlemek amacıyla kullanılan yapay zekâ sistemlerinin piyasaya sürülmesi, bu özel amaç için hizmete sokulması veya kullanımı (duygu tanıma sistemleri) yasaktır (Yapay Zekâ Yasası m. 5/1-f). Duygu tanıma sistemi, “biyometrik verilerine dayanarak gerçek kişilerin duygularını veya niyetlerini tanımlamak veya ortaya çıkarmak amacıyla kullanılan” yapay zekâ sistemini ifade etmektedir (Yapay Zekâ Yasası m. 3). Ses veya vücut hareketlerinden, bir öğrencinin öfkeli olduğunu ve şiddet eğiliminde olduğunu çıkarmak, duygu tanıma olup yasaktır. Tuş vuruşları (yazma tarzı), yüz ifadeleri, vücut duruşları veya hareketlerinden duyguları çıkaran bir yapay zekâ sistemi biyometrik verilere dayandığından yasak kapsamındadır. Buna karşılık bir kişinin gülümsediğini gözlemlemek duygu tanıma değildir. Yine yazılı metinden duyguları çıkaran bir yapay zekâ sistemi (içerik/duruş analizi), biyometrik verilere dayanmadığından yasak değildir. Yine yapay zekâ sisteminin tıbbi veya güvenlik nedenleri ile piyasaya sürülmesi veya hizmete sunulmasının amaçlandığı durumlar yasak kapsamında değildir⁷⁷. Bu düzenleme gereğince duygu tespiti yapan yapay zekâlı sistemler eğitim ve iş yaşamında kullanılamazken, hastanelerde hastaların duygu durumunu tespit için kullanılabilecektir. Eğitim ve çalışma alanlarında kullanılanlar dışındaki duygu tanıma yapay zekâ sistemleri yüksek riskli yapay zekâ sistemi olarak kabul edilmiştir (Yapay Zekâ Yasası Ek 3, 1c)⁷⁸.

⁷⁵ Kazıma, “genellikle web tarayıcıları, botlar veya diğer araçlar kullanılarak çeşitli kaynaklardan—CCTV, web siteleri veya sosyal medya gibi—otomatik olarak veri veya içerik çıkarma işlemi” ifade etmektedir. Bkz.: European Commission, s. 78.

⁷⁶ Bkz.: European Commission, s. 78, 79.

⁷⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz.: European Commission, s. 82-90.

⁷⁸ Karadeniz, s. 324.

7. Gerçek kişilerin ırk, siyasi görüş, sendika üyeliği, dini veya felsefi inanç, cinsel yaşam veya cinsel yönelimlerini anlamak veya ortaya çıkarmak üzere onları biyometrik verilerine dayalı olarak kategorize eden biyometrik kategorizasyon sistemlerinin piyasaya sürülmesi, bu özel amaçla hizmete sunulması veya kullanılması yasaktır (biyometrik sınıflandırma sistemleri) (Yapay Zekâ Yasası m. 5/1-g)⁷⁹. Belirlemeden anlaşıldığı gibi biyometrik kategorizasyon sistemlerinin piyasaya sürülmesinin, hizmete sunulmasının veya kullanılmasının yasak olması için üç şart gerekmektedir: 1. sınıflandırmayı yapan yapay zekâ sistemi gerçek kişileri kategorize etmeli; 2. sınıflandırmayı yapan yapay zekâ sistemi gerçek kişilerin biyometrik verilerine dayanmalı; 3. sınıflandırmayı yapan yapay zekâ sisteminin kullanılması, bireylerin ırk, siyasi görüş, sendika üyeliği, dini veya felsefi inanç, cinsel yaşam veya cinsel yönelimleri hakkında çıkarım yapmak veya sonuç çıkarmak amacına yönelik olmalıdır. Bireyin sesinden ırkını çıkarabildiğini ortaya koyan biyometrik kategorilendirme sistemi yasaktır. Ancak bireyleri ten veya göz rengine göre kategorize eden bir sistem veya suç mağdurlarının DNA'sını belirlemek amacıyla analiz eden bir sistem yasak kapsamında değildir. Bu yasak, görüntüler gibi yasal olarak elde edilen biyometrik veri kümelerinin biyometrik verilere dayalı olarak etiketlenmesini veya filtrelenmesini veya biyometrik verilerin kolluk kuvvetleri alanında kategorize edilmesini kapsamamaktadır. Örneğin kurbanları tanımlamak veya diğer davalarla bağlantılar kurmak amacıyla yaş, cinsiyet, göz ve saç rengi, yara izleri ve belirgin işaretler gibi biyometrik verilere dayalı olarak etiketleme ve filtreleme yapılması yasak değildir⁸⁰. Doktrinde duygu tanıma ve biyometrik kategorizasyon sistemlerinin işyerlerinde ve eğitim ortamlarında yasaklanmış olmasına rağmen kolluk kuvvetleri ve göç idareleri tarafından kullanılmasına izin verilmesinin AB'nin istismara ve müdahaleye imkan veren gözetleme sistemlerini toplumun en marjinal kesimlerine karşı test etme isteğinin işareti olduğu ifade edilmektedir⁸¹.

8. Kamuya açık alanlarda⁸² kolluk kuvvetlerinin⁸³ amaçları doğrultusunda gerçek zamanlı

⁷⁹ Biyometrik sınıflandırma sistemi, gerçek kişileri biyometrik verilerine dayanarak belirli kategorilere ayırmak amacıyla kullanılan yapay zekâ sistemini ifade etmektedir. Başka bir ticari hizmete yardımcı olan ve hizmetin yürütülmesi için objektif teknik nedenlerle kesinlikle gerekli olan sistemler biyometrik sınıflandırma sistemi sayılmamaktadır. (Yapay Zekâ Yasası m. 3).

⁸⁰ Bkz.: European Commission, s. 90-95.

⁸¹ "EU's AI Act Fails to Set Gold Standard for Human Rights", <https://www.amnesty.eu/wp-content/uploads/2024/04/EUs-AI-Act-fails-to-set-gold-standard-for-human-rights.pdf>. E.T: 29.04.2025.

⁸² Kamuya açık alan, erişim için belirli koşulların geçerli olup olmadığına ve potansiyel kapasite kısıtlamalarına bakılmaksızın, belirsiz sayıda gerçek kişi tarafından erişilebilen kamuya veya özel sektöre ait herhangi bir fiziksel yer anlamına gelmektedir (Yapay Zekâ Yasası m. 3). Mağazalar, restoranlar, oteller bankalar, doktor ofisleri, yüzme havuzları, spor salonları, stadyumlar, otobüs, metro ve tren istasyonları, havaalanları, taşıma araçları, sinema, tiyatro, müze, konser ve konferans salonları, kamu yolları, meydanlar, parklar, ormanlar, oyun alanları kamuya açık alan kabul edilmektedir. Buna karşılık çevrimiçi alanlar (sohbet odaları, sosyal medya), sadece sınırlı sayıda kişinin erişebileceği alanlar, örneğin giriş kontrolü olan fabrikalar, şirketler ve çalışma alanları, cezaevleri ve sınır kontrolleri kamuya açık alan niteliğinde değildir. Bkz.: European Commission, s. 102

⁸³ Yapay Zekâ Yasasına göre, kolluk kuvveti; "kamu güvenliğine yönelik tehditlerin önlenmesi ve bunlara karşı koruma sağlanması da dâhil olmak üzere, suçların önlenmesi, soruşturulması, tespiti veya kovuşturulması ya da cezai yaptırımların infazı konusunda yetkili herhangi bir kamu makamı veya kamu güvenliğine yönelik tehditlerin önlenmesi ve bunlara karşı koruma sağlanması da dâhil olmak üzere, suçların önlenmesi, soruşturulması, tespiti veya kovuşturulması ya da cezai yaptırımların infazı amacıyla kamu otoritesini ve kamu yetkilerini kullanmak üzere Üye Devlet hukuku tarafından görevlendirilen diğer herhangi bir kurum veya kuruluş anlamına gelmektedir. Kolluk ise, kamu güvenliğine yönelik tehditlerin önlenmesi ve bunlara karşı koruma sağlanması da dâhil olmak üzere, suçların önlenmesi, soruşturulması, tespiti veya kovuşturulması ya da cezai yaptırımların infazı için kolluk makamları tarafından veya onlar adına yürütülen faaliyetler" olarak tanımlanmıştır (Yapay Zekâ Yasası m. 3).

uzaktan biyometrik tanımlama⁸⁴ gibi biyometrik sistemleri⁸⁵ kullanmaları (gerçek zamanlı uzaktan biyometrik tanıma sistemleri)⁸⁶ istisnalar haricinde yasaktır (Yapay Zekâ Yasası m. 5/1-h)⁸⁷. Yasağın söz konusu olması için yapay zekâ sistemi, 1. uzaktan biyometrik tanımlama için kullanılmalı; 2. gerçek zamanlı olmalı⁸⁸; 3. kamuya açık alanlarda kullanılmalı⁸⁹; 4. kolluk faaliyetleri kapsamında kullanılmalıdır. Yasada bu sistemlerin kullanılması istisnalar haricinde engellenmiş olsa da kolluk kuvvetlerinin gerçek zamanlı uzaktan biyometrik tanımlama sistemlerinin sıkı gerekliliklerini atlayabileceği belirtilmektedir⁹⁰. Üye devletler, kamuya açık alanlarda kolluk kuvvetleri tarafından gerçek zamanlı RBI sistemlerinin hangi durumlarda kullanılabileceğine ve bu kullanımın kendi topraklarında izin verilip verilmeyeceğine karar verme yetkisine sahiptir. Eğer bu tür bir kullanımın izin verilmesini ve düzenlenmesini öngören bir ulusal mevzuat yoksa, kolluk kuvvetleri veya onlar adına hareket eden kuruluşlar bu sistemleri kullanamamaktadırlar. Dolayısıyla, Yapay Zekâ Yasasının ilgili gerekliliklerine uygun bir ulusal mevzuatın varlığı, bu sistemlerin kullanımının ön koşulunu oluşturmaktadır. Yasağın kapsamına yalnızca bu sistemleri kullananlar (kullanıcılar) girmektedir. Söz konusu sistemlerin piyasaya sürülmesi veya hizmete sokulması yasaklanmamış olup, Yapay Zekâ Yasası madde 6 (2) ve Ek III (a) bendi uyarınca yüksek riskli yapay zekâ sistemlerine ilişkin kurallara tabidir. Yasağın kapsamında olmayan istisnai hallerin uygulanması için sistemin kamuya açık alanlarda kullanılmasının zorunlu ve gerekli olması şarttır⁹¹. Yapay Zekâ Yasası kolluk kuvvetlerinin belirli suçlar için kamusal alanlarda biyometrik tanımlama sistemlerini kullanmasına izin vermektedir. Bunun için, bu tip sistemlerin kaçırılma, insan ticareti veya cinsel istismar mağdurlarının hedefli olarak aranması ve kayıp kişilerin aranması; gerçek kişilerin yaşamına

⁸⁴ Gerçek zamanlı uzaktan biyometrik tanımlama sistemi, “biyometrik verilerin yakalanması, karşılaştırılması ve tanımlanmasının önemli bir gecikme olmaksızın gerçekleştiği -sadece anında tanımlamayı değil, aynı zamanda aldatmaları önlemek için sınırlı kısa gecikmeleri de içeren- bir uzaktan biyometrik tanımlama sistemi” anlamına gelmektedir (Yapay Zekâ Yasası m. 3).

⁸⁵ Biyometrik sistemler, “kişilerin herhangi bir bilgi ya da objeye sahip olmadan sadece kendilerini kullanarak sisteme giriş yapmasını sağlayan güvenlik sistemleridir”. Parmakizi, elgeometri, yüz, ses, iris, retina, imza konuşma esnasındaki dudak hareketleri, yürüyüş şekli gibi özelliklerden yararlanılmaktadır. Bkz.: Şamlı, Rüya/Yüksel, M. Erkan, “Biyometrik Güvenlik Sistemleri”, <https://ab.org.tr/ab09/sunum/102.pdf>. E.T: 27.04.2025 Biyometrik veri ise yüz görüntüleri veya parmak izi verileri gibi bir gerçek kişinin fiziksel, fizyolojik veya davranışsal özelliklerine ilişkin belirli teknik işlemler sonucu elde edilen kişisel verileri ifade etmektedir (Yapay Zekâ Yasası m. 3).

⁸⁶ Yasaklanan yapay zekâ uygulamalarının ihlalinde 35 milyon Avro’ya veya firmanın küresel yıllık cirosunun %7’sine kadar, yapay zekâ düzenlemesindeki diğer yükümlülüklerin ihlalinde 15 milyon Avro’ya veya küresel yıllık cironun %3’üne kadar ve yanıltıcı bilgi sağlanmasında ise 7,5 milyon Avro’ya veya firmanın küresel yıllık cirosunun %1’ine kadar idari para cezası uygulanacaktır (Yapay Zekâ Yasası m. 99).

⁸⁷ Yapay Zekâ Yasasının 5. maddesi kapsamında yasaklanan uygulamalar, belirli yapay zekâ (YZ) sistemlerinin piyasaya arzı, hizmete sunulması veya kullanımı ile ilgiliyen gerçek zamanlı uzaktan biyometrik tanımlama sistemleri bakımından Yapay Zekâ Yasası yalnızca kullanmayı yasaklanmıştır: European Commission, s. 4.

⁸⁸ Yasada gerçek zamanlı uzaktan biyometrik sistemlerin istisnalar dışında yasak olması, ancak geriye dönük yüz tanıma sistemlerinin göz ardı edilmesi eleştirilmektedir. Bu sistemlerin de gerçek zamanlı sistemler gibi hak ihlal edici ve müdahaleci olduğu ifade edilmektedir: “EU’s AI Act Fails to Set Gold Standard for Human Rights”, <https://www.amnesty.eu/wp-content/uploads/2024/04/EUs-AI-Act-fails-to-set-gold-standard-for-human-rights.pdf>. E.T: 29.04.2025.

⁸⁹ Ceza infaz kurumlarının ve özellikle insan hakları ihlallerinin yapıldığı sınır kontrollerinin kapsam dışı bırakılması (kamuya açık alan olarak kabul edilmemesi) eleştirilmektedir: Lazaro Cabrera, “EU AI Act Brief – Pt. 2, Privacy & Surveillance”, <https://cdt.org/insights/eu-ai-act-brief-pt-2-privacy-surveillance/>. E.T: 01.05.2025.

⁹⁰ Lazaro Cabrera, “EU AI Act Brief – Pt. 2, Privacy & Surveillance”, <https://cdt.org/insights/eu-ai-act-brief-pt-2-privacy-surveillance/>. E.T: 01.05.2025.

⁹¹ Bkz.: European Commission, s. 95 vd.

veya fiziksel güvenliğine yönelik belirli, önemli ve yakın bir tehdidin veya “gerçek ve mevcut” veya “gerçek ve öngörülebilir” bir terör saldırısı tehdidinin önlenmesi; suç işlemiş olduğundan şüphelenilen bir kişinin yerinin tespiti veya kimliğinin belirlenmesi, cezai soruşturma, kovuşturma yapılması veya suçluların ceza infazının uygulanması amacıyla (Ek II’de atıfta bulunulan ve ilgili Üye Devlette en az dört yıllık bir süre için hapis cezası veya tutuklama kararı gerektiren suçlar için) kullanılması gerekmektedir. Ancak bu istisnaların geniş bir şekilde yorumlanabileceği ve hak ihlallerine yol açabileceği belirtilmektedir⁹². Biyometrik tanıma teknolojileri, ölçülebilir fiziksel özellikleri (göz mesafesi ve boyutu, burun uzunluğu vb.) veya davranışsal özellikleri (yürüyüş veya ses gibi) tespit eder, yakalar ve bunları makine tarafından okunabilir biyometrik verilere dönüştürür⁹³. Gerçek zamanlı uzaktan biyometrik tanımlama sistemlerinin (h) bendinde belirtilen amaçlardan herhangi biri için kolluk faaliyetleri amacıyla kamuya açık alanlarda kullanılması, yalnızca özel olarak hedeflenen bireyin kimliğini doğrulamak amacıyla kullanılacaktır ve şu unsurlar dikkate alınacaktır:

“(a) sistemin kullanılmaması durumunda meydana gelebilecek zararların ciddiyeti, olasılığı ve kapsamı başta olmak üzere, olası kullanıma sebebiyet veren durumun mahiyeti;

(b) sistemin kullanımının ilgili tüm kişilerin hak ve özgürlükleri açısından doğuracağı sonuçlar, özellikle de bu sonuçların ciddiyeti, olasılığı ve kapsamı”.

Gerçek zamanlı uzaktan biyometrik tanımlama sistemlerinin kolluk faaliyetleri kapsamında kamuya açık alanlarda kullanımı, bu kullanımı yetkilendiren ulusal hukuka uygun olmalı ve özellikle zaman, coğrafi ve kişisel sınırlamalar açısından gerekli ve orantılı güvenlik önlemleri ile şartlara uymak zorundadır (Yapay Zekâ Yasası m. 5/2).

3. Yüksek Riskli Yapay Zekâ Sistemleri

Yüksek riskli yapay zekâ sistemlerinin Birlik içinde kullanılması mümkün olmakla beraber belirli yükümlülüklerin yerine getirilmesi gerekmektedir. Yapay zekâ sistemleri, dağıtıcı ve/veya ilgili kişiler üzerinde belirgin olumsuz bir etki yaratacak bir alanda kullanılıyorsa, yüksek riskli yapay zekâ sistemi olarak kabul edilmektedir⁹⁴. Yüksek riskli grupta, yapay zekâli otonom araçlar, kredi notu veren uygulamalar, sınavları değerlendiren yapay zekâ sistemleri ve hukuk alanında kullanılan yapay zekâ uygulamaları yer almakta olup bu sistemlerin sıkı kriterlere uymaları gerektiği kabul edilmiştir⁹⁵. Yüksek riskli yapay zekâ sistemleri açısından kamu denetimini ve şeffaflığı engelleyen önemli sınırlamaların bulunduğu, kolluk kuvvetlerinin yüksek riskli yapay zekâ sistemlerini kaydetmeleri gereken veri tabanının kamuya açık olmadığı, sadece Komisyon tarafından erişilebildiği belirtilmektedir. Komisyonun bu konuda önemli bir fonksiyon göreceği ifade edilmektedir⁹⁶.

⁹² Lazaro Cabrera, “EU AI Act Brief – Pt. 2, Privacy & Surveillance”, <https://cdt.org/insights/eu-ai-act-brief-pt-2-privacy-surveillance/>. E.T: 01.05.2025.

⁹³ Karadeniz, s. 321. Ayrıca bkz.: <https://aposto.com/s/donum-noktasi-abnin-yapay-zekâ-yasasi-ne-getirecek>; <https://journos.com.tr/avrupa-birligi-yapay-zekâ-yasasi-eu-ai-act> E.T: 27.04.2025.

⁹⁴ Turan-Başara, s. 3004.

⁹⁵ Görentaş/Çiftçi, s. 187.

⁹⁶ Lazaro Cabrera, “EU AI Act Brief – Pt. 2, Privacy & Surveillance”, <https://cdt.org/insights/eu-ai-act-brief-pt-2-privacy-surveillance/>

Yüksek riskli yapay zekâ sistemleri Yasanın 6. maddesinde düzenlenmiştir. 6. maddenin 1. fıkrasına göre, (a) ve (b) bentlerinde belirtilen ürünlerden bağımsız olarak piyasaya sürülüp sürülmediğine veya hizmete sokulup sokulmadığına bakılmaksızın, aşağıdaki koşulların her ikisinin de yerine getirilmesi halinde, yapay zekâ sistemi yüksek riskli olarak kabul edilecektir:

“(a) yapay zekâ sistemi, bir ürünün güvenlik bileşeni olarak kullanılmak üzere tasarlanmışsa veya Ek I’de listelenen AB uyumlaştırma mevzuatına tabi bir ürünse;

(b) (a) bendi uyarınca güvenlik bileşeni olarak yapay zekâ kullanılan bir ürünün veya kendisi bir ürün olan yapay zekâ sisteminin, Ek I’de listelenen AB uyumlaştırma mevzuatına göre piyasaya sürülmeden veya hizmete sunulmadan önce üçüncü taraf uygunluk değerlendirmesine tabi tutulması gerekiyorsa” (Yapay Zekâ Yasası m. 6/1)⁹⁷.

Bazı hallerde yapay zekâ sistemi, yüksek riskli olarak değerlendirilmemektedir: “(a) *Yapay zekâ sisteminin dar bir prosedürel görevi yerine getirmesi amaçlanıyorsa;*

(b) *Yapay zekâ sisteminin daha önce tamamlanmış bir insan faaliyetinin sonucunu iyileştirmesi amaçlanıyorsa;*

(c) *Yapay zekâ sisteminin karar verme kalıplarını veya önceki karar verme kalıplarından sapmaları tespit etmesi amaçlanıyorsa ve uygun insan incelemesi olmaksızın önceden tamamlanmış insan değerlendirmesinin yerini alması veya etkilemesi amaçlanmıyorsa; veya*

(d) *Yapay zekâ sistemi, Ek III’te listelenen kullanım durumlarının amacına uygun bir değerlendirme için bir hazırlık görevi gerçekleştirmeyi amaçlıyorsa”* (Yapay Zekâ Yasası m. 6/3)⁹⁸.

Yasanın 6/2. maddesine göre, 1. fıkrada belirtilen yüksek riskli yapay zekâ sistemlerine ek olarak, Ek III’te belirtilen yapay zekâ sistemleri de yüksek riskli olarak kabul edilecektir⁹⁹. Ek III’de belirtilen bir yapay zekâ sistemi, sağlık, güvenlik veya gerçek kişilerin temel haklarına önemli bir risk teşkil etmiyorsa, özellikle karar alma süreçlerinin sonucunu önemli ölçüde etkilemiyorsa yüksek riskli olarak değerlendirilmeyecektir. Ek III’te belirtilen bir yapay zekâ sistemi, doğal kişilerin profilini çıkarmak üzere kullanılıyorsa her zaman yüksek riskli olarak değerlendirilecektir (m. 6/3).

Ek III’te yer alan bir yapay zekâ sisteminin yüksek riskli olmadığını düşünen bir sağlayıcı, bu sistem piyasaya sürülmeden veya hizmete alınmadan önce değerlendirmesini belgeleyecektir. Söz konusu sağlayıcı, Madde 49 (2)’de belirtilen kayıt yükümlülüğüne tabi olacaktır. Ulusal yetkili makamların talebi üzerine, sağlayıcı değerlendirmenin belgelerini sağlayacaktır (m. 6/4). Yapay zekâ şirketlerinin riskleri kendi kendine değerlendirmesinin temel hakların korunmasını tehlikeye attığı da belirtilmektedir. Bu durumun hükümlerin dolanılması sonucunu doğuracağı belirtilmektedir. Şirketlere ve kamu otoritelerine, yüksek risk kategorilerinden birine girseler bile, insanların sağlığı,

[surveillance/](#). E.T: 01.05.2025.

⁹⁷ m. 6/1’de belirtilen yükümlülükler 2 Ağustos 2027 tarihinde yürürlüğe girecektir (Yapay Zekâ Yasası m. 113).

⁹⁸ Bkz.: Karadeniz, s. 326.

⁹⁹ Ek-3’te belirtilen alanlarda kullanılan yüksek riskli yapay zekâ sistemlerine ilişkin yükümlülükler 2 Ağustos 2026 tarihinde yürürlüğe girecektir (Yapay Zekâ Yasası m. 113).

güvenliği veya hakları için önemli bir risk oluşturmadığına tek taraflı olarak karar verme yetkisinin verilmesinin önemli bir boşluk yarattığı belirtilmektedir¹⁰⁰.

Yüksek riskli yapay zekâ sistemleri kapsamına m. 6'da zikredilen Ek III'te sayılan yüksek riskli yapay zekâ sistemleri de dahildir (Yapay Zekâ Yasası m. 6/2):

Uzaktan biyometrik tanımlama sistemleri, biyometrik kategorilendirme¹⁰¹ ve duygu tanıma¹⁰² sistemleri, yüksek riskli yapay zekâ sistemleri olarak kabul edilmektedir. Bu sistemler, genellikle kamu güvenliği ve bireylerin mahremiyetine yönelik önemli riskler taşımaktadır.

Kritik altyapı başlığı altında güvenlik bileşeni olarak yapay zekâ sistemlerinin kullanılması yüksek riskli olarak kabul edilmiştir. Dijital altyapının yönetimi ve işletilmesinde güvenlik bileşeni olarak kullanılan yapay zekâ sistemleri, yol trafiği yönetimi veya su, gaz, ısıtma ve elektrik arzı gibi kritik hizmetlerde kullanılan sistemler bu kategoriye girmektedir.

Eğitim ve mesleki eğitim alanında kullanılan sistemler de yüksek riskli yapay zekâ sistemleri olarak nitelendirilmektedir. Gerçek kişilerin her seviyedeki eğitim ve mesleki eğitim kurumlarına erişimini veya kabulünü belirlemek veya atamak için kullanılması amaçlanan, her seviyedeki eğitim ve mesleki eğitim kurumlarında gerçek kişilerin öğrenme sürecini yönlendirmek için bu sonuçların kullanıldığı durumlar da dahil olmak üzere öğrenme sonuçlarını değerlendirmek için kullanılması amaçlanan, her seviyedeki eğitim ve mesleki eğitim kurumları bağlamında veya içinde bir bireyin alacağı veya erişebileceği uygun eğitim seviyesini değerlendirmek amacıyla kullanılması amaçlanan ve her seviyedeki eğitim ve mesleki eğitim kurumlarının eğitim seviyesinin değerlendirilmesi ve sınavlar sırasında öğrencilerin yasaklı davranışlarını izlenmek ve tespit etmek için kullanılması amaçlanan yapay zekâ sistemleri yüksek riskli olarak kabul edilmektedir.

İstihdam, işçi yönetimi ve serbest mesleğe erişim alanında kullanılan sistemler de yüksek riskli yapay zekâ sistemleri olarak kabul edilmektedir. İşe alım, çalışan performans değerlendirmesi veya iş ilişkilerinde karar verme süreçlerinde kullanılan yapay zekâ sistemleri yüksek riskli yapay zekâ sistemleri kapsamında yer almaktadır.

Temel hizmetlere (özel ve kamu hizmetlerine) ve yardımlara erişim ve bunlardan yararlanma amacıyla kullanılan yapay zekâ sistemleri de yüksek riskli olarak kabul edilmektedir. Temel kamu hizmetlerine veya özel hizmetlere erişimi belirlemek amacıyla kullanılan, bu yardımların verilmesi, azaltılması, iptal edilmesi, geri alınması gibi amaçlarla kullanılan yapay zekâ sistemleri yüksek riskli olarak kabul edilmektedir. Finansal dolandırıcılığı tespit etmek amacıyla kullanılan yapay zekâ sistemleri hariç olmak üzere, gerçek kişilerin kredi itibarını değerlendirmek veya kredi puanlarını belirlemek için kullanılması amaçlanan yapay zekâ sistemleri yüksek riskli olarak

¹⁰⁰ “Packed With Loopholes: Why the AI Act Fails to Protect Civic Space and The Rule of Law, In A New Analysis, ECF, Liberties and The European Center for not-for-Profit Law Assess the AI Act From a Civic Space and Rule of Perspective”, <https://civic-forum.eu/advocacy/artificial-intelligence/packed-with-loopholes-why-the-ai-act-fails-to-protect-civic-space-and-the-rule-of-law>. E.T: 01.05.2025.

¹⁰¹ Gerçek kişileri biyometrik verilerine dayanarak belirli kategorilere atamak amacıyla kullanılan yapay zekâ sistemi anlamında kullanılmaktadır (Yapay Zekâ Yasası m. 3).

¹⁰² Duygu tanıma sistemi, “biyometrik verilerine dayanarak gerçek kişilerin duygularını veya niyetlerini göstermek veya ortaya çıkarmak amacıyla kullanılan bir yapay zekâ sistemini” ifade etmektedir (Yapay Zekâ Yasası m. 3).

nitelendirilmektedir. Acil durum çağrılarının değerlendirilmesi, sınıflandırılması veya polis, itfaiye ve tıbbi yardım dahil olmak üzere acil ilk müdahale hizmetlerinin yanı sıra acil sağlık hasta triyaj sistemlerinin sevk edilmesi veya sevk edilmesinde öncelik belirlemek için kullanılması amaçlanan yapay zekâ sistemleri ile sigortacılık alanında hayat ve sağlık sigortası bakımından gerçek kişilere yönelik risk değerlendirmesi ve fiyatlandırma yapan yapay zekâ sistemleri de yüksek riskli olarak değerlendirilmiştir (EK III/1-5)¹⁰³.

Yine kolluk kuvvetleri tarafından kullanılan,

(a) Gerçek bir kişinin cezai suçların mağduru olma riskini değerlendirmek için kullanılması amaçlanan yapay zekâ sistemleri;

(b) yalan makinesi veya benzer araçların kullanılmasını amaçlayan yapay zekâ sistemleri;

(c) suçların soruşturulması veya kovuşturulması sırasında kanıtların güvenilirliğini değerlendirmek için kullanılması amaçlanan yapay zekâ sistemleri;

(d) gerçek bir kişinin suç işleme veya yeniden suç işleme riskini değerlendirmek ya da grupların kişilik özelliklerini, karakteristiklerini veya geçmiş suç davranışlarını değerlendirmek için kullanılan yapay zekâ sistemleri;

(e) suçların tespiti, soruşturulması veya kovuşturulması sırasında gerçek kişilerin profilinin çıkarılması için kullanılan yapay zekâ sistemleri, yüksek riskli olarak kabul edilmektedir (Ek III/6).

Göç, iltica ve sınır kontrol yönetimi kapsamında,

(a) yetkili kamu makamları tarafından yalan makinesi ve benzeri araçlar olarak kullanılması amaçlanan yapay zekâ sistemleri;

(b) yetkili kamu makamları tarafından veya bunlar adına bir Üye Devletin topraklarına girme niyetinde olan veya girmiş olan gerçek bir kişinin oluşturduğu güvenlik riski, düzensiz göç riski veya sağlık riski dahil olmak üzere bir riski değerlendirmek için kullanılması amaçlanan yapay zekâ sistemleri;

(c) yetkili kamu makamları tarafından veya bunlar adına sığınma, vize veya ikamet izni başvurularının incelenmesi ve kanıtların güvenilirliğine ilişkin ilgili değerlendirmeler de dahil olmak üzere, bir statü için başvuran gerçek kişilerin uygunluğuna ilişkin ilgili şikayetler için yetkili kamu makamlarına yardımcı olmak üzere kullanılması amaçlanan yapay zekâ sistemleri;

(d) seyahat belgelerinin doğrulanması hariç olmak üzere, gerçek kişilerin tespit edilmesi, tanınması veya kimliklerinin belirlenmesi amacıyla göç, iltica veya sınır kontrol yönetimi bağlamında yetkili kamu makamları tarafından veya bunlar adına kullanılması amaçlanan yapay zekâ sistemleri

¹⁰³ Ayrıca bkz.: [489](https://ceviklegal.com/avrupa-birligi-yapay-zekâ-yasasi-madde-6-ve-ek-iii-kapsaminda-kisa-bilgi-notu/#:~:text=Ek%20III%3A%20Yüksek%20Riskli%20Yapay%20Zekâ%20Sistemleri%20Listesi&text=Biyometrik%20Sistemler%3A%20Uzaktan%20biyometrik%20tanımlama,mahremiyetine%20yönelik%20önemli%20riskler%20taşır.E.T: 27.04.2025; Ayrıca bkz.: Karadeniz, s. 327-329.</p></div><div data-bbox=)

yüksek riskli olarak kabul edilmektedir (Ek III/7).

Adalet yönetimi ve demokratik süreçler kapsamında,

- (a) Bir yargı makamı tarafından veya onlar adına, gerçeklerin ve hukukun araştırılması ve yorumlanmasında ve hukukun somut bir dizi olguya uygulanmasında bir yargı makamına yardımcı olmak için kullanılması amaçlanan veya alternatif uyuşmazlık çözümünde benzer bir şekilde kullanılacak olan yapay zekâ sistemleri;
- (b) Bir seçim veya referandumun sonucunu veya gerçek kişilerin seçimlerde veya referandumlarda oy kullanma davranışlarını etkilemek için kullanılması amaçlanan yapay zekâ sistemleri yüksek riskli olarak nitelendirilmektedir. Ancak bu, idari veya lojistik açıdan siyasi kampanyaları düzenlemek, optimize etmek veya yapılandırmak için kullanılan araçlar gibi gerçek kişilerin çıktılarına doğrudan maruz kalmadığı yapay zekâ sistemlerini içermemektedir (Ek III/8). Adalet yönetimi, hukuki süreçlerin yönetilmesi, uygulanması ve yürütülmesi olarak tanımlanmaktadır. Hukuk alanında yapay zekâ uygulamaları yüksek riskli yapay zekâ sistemi olarak kabul edilmiş ve önemli tedbirler alınması gerektiği¹⁰⁴ benimsenmiştir¹⁰⁵. Yapay Zekâ Yasasının 7. maddesine göre Komisyon, aşağıdaki iki şartın sağlanması kaydıyla, 97. madde çerçevesinde, yüksek riskli yapay zekâ sistemlerinin kullanım durumlarını eklemek veya değiştirmek amacı ile Ek III'te değişiklik yapmaya yetkilidir:

(a) yapay zekâ sistemlerinin, Ek III'te listelenen alanlardan herhangi birinde kullanılması amaçlanıyorsa;

(b) yapay zekâ sistemlerinin sağlık ve güvenliğe zarar verme riski taşıması veya temel haklar üzerinde olumsuz bir etki yaratması ve bu riskin, Ek III'te daha önce belirtilen yüksek riskli yapay zekâ sistemlerinin oluşturduğu riskle eşdeğer veya daha büyük olması durumunda. Komisyon 97. madde çerçevesinde Ek III'teki listeyi, mevcut yüksek riskli yapay sistemlerini çıkarmak sureti ile değiştirme yetkisini de kullanabilmektedir. Eğer yüksek riskli yapay zekâ sistemi sağlık, güvenlik veya gerçek kişilerin temel haklarına artık önemli bir zarar verme riski taşımadığı anlaşıldığında ve listeden çıkarma işlemi, AB hukukunda sağlık, güvenlik ve temel hakların genel koruma düzeyini düşürmediğinde Komisyon yapay zekâ sistemlerini listeden çıkarmaya da yetkilidir (Yapay Zekâ Yasası madde 7/son)

4. Sınırlı Riskli Yapay Zekâ Sistemleri

Sınırlı riskli yapay zekâ sistemleri ise, sohbet botları, yapay zekâ tabanlı video oyunları gibi yapay zekâ uygulamaları için kullanılmaktadır. Yasada kullanıcıların bu tür yapay zekâ uygulamaları ile etkileşimde bulunduklarında bunun farkında olunmasını sağlayacak düzenlemeler yapmaları şeklinde yükümlülükler getirilmiştir¹⁰⁶. Bu yükümlülükler Yapay Zekâ Yasasının 4. bölümünde

¹⁰⁴ Yüksek riskli yapay zekâ sistemleri için gereklilikler ve bu sistemlerin kullanıcılarına ve sağlayıcılarına getirilen yükümlülükler için bkz.: Bozkurt-Yüksel, s. 31 vd.

¹⁰⁵ Görentaş/Çiftçi, s. 189.

¹⁰⁶ Görentaş/Çiftçi, s. 187.

“Belirli Yapay Zekâ Sistemlerinin Sağlayıcıları ve Kullanıcıları İçin Şeffaflık Yükümlülükleri” ismiyle 50. maddede düzenlenmiştir¹⁰⁷. Sınırlı riskli yapay zekâ, belirli şeffaflık gerekliliklerini yerine getirmekle yükümü kılınan sistemleri ifade etmektedir. Sınırlı riskli yapay zekâ sistemlerinin, kullanıcılar ve toplum üzerinde önemli bir risk oluşturmayacağı kabul edilerek, ağır olmayan şeffaflık yükümlülükleri getirilmiştir¹⁰⁸. Kullanıcının ilgili sistemi kullanırken bir yapay zekâ ile etkileşimde bulunduğu farkında olması gerekmektedir. Örneğin, chatbot gibi yapay zekâ sistemlerini kullanırken, kullanıcılar bir makine ile etkileşime girdiklerinin farkında olmalıdır. Kişilerin yapay zekâ sistemi ile etkileşime girdikleri konusunda haberdar edilmesi sağlayıcılara yükümlülük olarak yüklenmiştir. Böylece ilgili kişiler yapay zekâ ile görüşmelerine devam edip etmeyeceklerine karar verebileceklerdir¹⁰⁹. Ancak sağlayıcılara getirilen bu yükümlülük, üçüncü tarafların hak ve özgürlükleri için suçları tespit etmek, önlemek, soruşturmak ve kovuşturmak için yasalarca yetkilendirilmiş yapay zekâ sistemleri bakımından geçerli değildir (m. 50/1). Genel amaçlı yapay zekâ sistemleri de dahil olmak üzere sentetik ses, görüntü, video veya metin içeriği üreten yapay zekâ sistemlerinin sağlayıcıları, sistemin çıktıları yapay olarak üretilmiş veya manipüle edilmişse makine tarafından okunabilir bir formatta işaretlenmesini sağlamalıdır. Sağlayıcılar, farklı içerik türlerinin özelliklerini ve sınırlamalarını, uygulama maliyetleri ile ilgili teknik standartlarda yansıtabilecekleri gibi genel olarak kabul edilen en son teknolojiyi dikkate alarak teknik çözümlerin mümkün olduğu ölçüde etkili, birlikte çalışabilir, sağlam ve güvenilir olmasını da sağlayacaklardır. Bu yükümlülük, yapay zekâ sistemlerinin standart düzenleme için yardımcı bir işlev yerine getirdiği veya kullanıcı tarafından sağlanan girdi verilerini ya da bunların anlamını önemli ölçüde değiştirmedikleri veya suçları tespit etmek, önlemek, soruşturmak ve kovuşturmak için kanunla yetkilendirildiği durumlarda geçerli olmayacaktır (m. 50/2). Yine bir duygu tanıma sistemi veya bir biyometrik kategorizasyon sisteminin uygulayıcıları, sistemin işleyişi hakkında buna maruz kalan gerçek kişilere bilgi vermeli ve kişisel verileri ilgili yasalara ((AB) 2016/679 sayılı Tüzük, (AB) 2016/1725 sayılı Tüzük ve (AB) 2016/280 sayılı Direktif) uygun şekilde işlemelidir. Bu yükümlülük, kolluk kuvvetleri amaçları için biyometrik kategorizasyon ve duygu tanıma için yetkilendirilmiş yapay zekâ sistemleri için geçerli değildir (m. 50/3). Görüntü, ses veya video içeriği oluşturan veya manipüle eden yapay zekâ sistemlerinin kullanıcıları, bu içeriğin yapay olarak üretildiğini veya manipüle edildiğini açıklamak zorundadır. Deepfake teknolojisi kullanıldığında, ilgililere bu teknolojilerin kullanıldığının açıklanması gerekmektedir¹¹⁰. Bu yükümlülük, kullanımın suçu tespit etmek, önlemek, soruşturmak ve kovuşturmak için kanunla kabul edildiği hallerde geçerli değildir. İçerik açıkça sanatsal, yaratıcı, hicivsel, kurgusal veya benzer bir çalışma veya programın parçasıysa, şeffaflık yükümlülükleri, bu tür üretilmiş veya manipüle edilmiş içeriğin varlığını, eserin sergilenmesini veya eserden yararlanılmasını engellemeyecek şekilde bilgilendirmenin yapılması ile sınırlıdır (m. 50/4). Kamu yararını ilgilendiren konularda kamuoyunu bilgilendirmek amacıyla yayınlanan bir metni üreten veya manipüle eden bir yapay zekâ sisteminin kullanıcıları, metnin yapay

¹⁰⁷ 50. madde 2 Ağustos 2026 tarihinde yürürlüğe girecektir.

¹⁰⁸ Turan-Başara, s. 3008.

¹⁰⁹ “Avrupa Birliği Yapay Zekâ Yasası’na İlk Bakış”, <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=85d8e8f9-53eb-497e-87ed-37e050615a2c>. E.T: 27.04.2025.

¹¹⁰ Deepfake, “gerçek dünyada var olan kişilere, nesnelere, yerlere, varlıklara veya olaylara benzeyen ve yapay zekâ tarafından oluşturulan veya manipüle edilen görüntü, ses veya video içeriği” anlamına gelmektedir. Kişiler bunu yanlış bir şekilde gerçek veya doğru gibi görmektedirler (Yapay Zekâ Yasası m. 3).

olarak üretildiğini veya manipüle edildiğini açıklamalıdır. Bu yükümlülük kullanımın suçu tespit etmek, önlemek, soruşturmak ve kovuşturmak için kanunla yetkilendirildiği veya yapay zekâ tarafından oluşturulan içeriğin bir insan incelemesi ya da editoryal kontrol sürecinden geçtiği ve içeriğin yayınlanmasında gerçek veya tüzel bir kişinin editoryal sorumluluğa sahip olduğu durumlarda geçerli değildir (m. 50/5). Yukarıda belirtilen bilgiler (1 ila 5 fıkradaki), ilgili bireylere en geç ilk etkileşim veya maruz kalma anında açık ve ayırt edilebilir bir şekilde sağlanmalıdır. Bilgiler geçerli erişilebilirlik gerekliliklerine uygun olmalıdır (m. 50/6). 1 ila 5. fıkradakiler, Bölüm III' te belirtilen gereklilikleri ve yükümlülükleri etkilememekte ve yapay zekâ sistemlerinin dağıtıcıları için Birlik veya ulusal hukukta belirtilen diğer şeffaflık yükümlülüklerine halel getirmemektedir (m. 50/7).

5. Asgari (Minimum) Riskli Yapay Zekâ Sistemleri

Önceki risk gruplarına girmeyen yapay zekâ sistemleri asgari (minimum) riskli olarak kabul edilmektedir. Video oyunları ve spam filtreleri gibi uygulamalar, çok küçük risk barındıran veya hiç risk barındırmayan kategoride değerlendirilmektedir¹¹¹. Avrupa Birliğinde kullanılan veya kullanılması mümkün olan yapay zekâ sistemlerinin büyük çoğunluğunun, minimum riskli yapay zekâ sistemi kapsamında değerlendirileceği belirtilmektedir. Bu riskteki yapay zekâ sistemleri için Yapay Zekâ Yasasında yasak veya yükümlülükler öngörülmemiştir. Ancak asgari (minimum) riskli yapay zekâ sistem sağlayıcılarının ihtiyari olarak gerekliliklere uyabilmesi ve gönüllü davranış kurallarını benimseyebilmeleri mümkündür¹¹².

SONUÇ

Avrupa Birliğinin yürürlüğe koyduğu Yapay Zekâ Yasası alanında bir ilk niteliğindedir. Yasa bir yandan yapay zekâ sistemlerinin geliştirilmesini hedeflerken, diğer yandan insan odaklı ve güvenilir yapay zekâ teknolojilerinin benimsenmesini teşvik etmeyi amaçlamaktadır. Bu nedenle risk temelli bir yaklaşım sergilemiş ve bazı yapay zekâ sistemlerinin kullanılmasını yasaklamıştır. Yasa alanında ilk olması nedeniyle sadece Avrupa Birliği ve üye ülkeler için değil, diğer ülkeler ve kuruluşlar için de göz önüne alınacak esaslar ortaya koymaktadır. Bu anlamda yapay zekâ faaliyeti yürüten Türk şirketleri de AB pazarında olacaklarsa bu yasanın gereklerini yerine getireceklerdir. Yapay Zekâ Yasasının kabul ettiği risk temelli yaklaşım ülkelerce yapılacak düzenlemelerde de yol gösterici olacaktır. Ancak Yasanın eksiklikleri ve düzenlemesinde problemler de bulunmakta ve tartışmalar yaşanmaktadır. Zaman içinde yaşanan problemler ve yapılan tartışmalar düzenlemelerde yol gösterici olacaktır.

¹¹¹ Görentaş/Çiftçi, s. 187.

¹¹² Karadeniz, s. 351, 352.

KAYNAKÇA

- Akkuş, Tolga, “Öngörücü Polislik (Predpol)”, <https://www.tolgaakkus.com/2019/10/27/ongorucu-polislik-predpol/>).
- Aksoy, Hakan, “Yapay Zekâlı Varlıklar ve Ceza Hukuku”, *International Journal of Economics, Politics, Humanities & Social Sciences*, V. 4, I. 1, 2021, s. 10-27.
- “AB Komisyon’undan ilk Yapay Zekâ Düzenlemesi”, <https://www.gsghukuk.com/tr/bultenler-yayinlar/duyurular/ab-komisyonundan-ilk-yapay-zekâ-duzenlemesi.html>. E.T: 01.05.2025
- “Avrupa Birliği Yapay Zekâ Yasası’na İlk Bakış”, <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=85d8e8f9-53eb-497e-87ed-37e050615a2c>. E.T: 27.04.2025.
- Birdişli, Fikret, “Ulusal Güvenlik Kavramının Tarihsel ve Düşünsel Temelleri”, *Erciyesi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, C. 1, S. 31, 2011, s.149-169.
- Bozkurt-Yüksel, Armağan Ebru, “Avrupa Komisyonu’nun Yapay Zekâ Tüzük Teklifi’ne Genel Bir Bakış”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, C. 13, S. 51, 2022, s. 19-46.
- Bryson, Joanna J, “Europe is in Danger of Using the Wrong Definition of AI”, <https://www.wired.com/story/artificial-intelligence-regulation-european-union/>. E.T: 10.05.2025.
- Canan, Kaan, “Yargı Sisteminde Yapay Zekâ”, [Yargı Sisteminde Yapay Zekâ - Sarkaç](#) E.T: 10.05.2025.
- Doğan, Nuren/Hatipoğlu, Ayfer/Keskiner, Muratcan/Tarlacı, Sultan, “Subliminal Uyarıcıların Nöropsikolojisi”, *Current Research and Reviews in Psychology and Psychiatry*, C. 2, S. 2, 2022, s. 217-243.
- Elitaş, Türker, “Dijital Manipülasyon ‘Deepfake’ Teknolojisi ve Olmayanın İnanırcılığı”, *Hatay Mustafa Kemal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, C. 19, S. 49, 2022, s. 113-128.
- Ercan, Cannur, “Robotların Fiillerinden Doğan Hukuki Sorumluluk Sözleşme Dışı Sorumluluk Hallerinde Çözüm Önerileri”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, C. 11, S. 40, 2019, s. 19-51.
- European Commission, Annex to the Communication to the Commission Approval of the Content of the Draft Communication from the Commission - Commission Guidelines on Prohibited Artificial Intelligence Practices Established by Regulation (EU) 2024/1689, C(2025) 884, Brussels, 04.02.2025, <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/commission-publishes-guidelines-prohibited-artificial-intelligence-ai-practices-defined-ai-act>. E.T. 27.02.2025.
- “EU’s AI Act Fails to Set Gold Standard for Human Rights”, <https://www.amnesty.eu/wp-content/uploads/2024/04/EUs-AI-Act-fails-to-set-gold-standard-for-human-rights.pdf>. E.T:

29.04.2025.

- Görentaş, Muhammed Burak/Çiftçi, Hamza, “Avrupa Birliği Yapay zekâ Yasası Çerçevesinde Yargılamada Yapay Zekâ Kullanımının Değerlendirilmesi”, *İzmir Barosu Dergisi*, C. 69, S. 1 2024, s. 177-203.
- Güçlütürk, Osman Gazi, *Türk Hukukunda Makine Öğrenmesine Dayalı Yapay Zekâda Verinin Hukuka Uygun Şekilde Kullanılması*, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2021.
- Ienca, Marcello, “On Artificial Intelligence and Manipulation”, *Topoi, An International Review of Philosophy*, V. 42, 2023, s. 833-842.
- Karadeniz, Salih, “Avrupa Birliği Yapay Zekâ Kanunu’nun Risk Grupları ve İlgililerin Yükümlülükleri Bağlamında İncelenmesi”, *Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 29, S. 1, 2025, s. 307-366.
- Lazaro Cabrera, Laura, “EU AI Act Brief – Pt. 2, Privacy & Surveillance”, <https://cdt.org/insights/eu-ai-act-brief-pt-2-privacy-surveillance/>. E.T: 01.05.2025.
- McCarthy, John/ Minsky, Marwin L./ Rochester, Nathaniel/ Shannon, Claude E., “A Proposal for the Dartmouth Summer Research Project on Artificial Intelligence August 31, 1955”, *AI Magazine*, V. 27 I. 4, 2006, s. 12-14.
- McCorduck, Pamela, *Machines Who Think: A Personal Inquiry into the History and Prospects of Artificial Intelligence*, 2. Edition, A K Peters / CRC Press, Natick, 2004.
- Okçu, Murat/Akman, Elvettin, “Yapay Zekâ ve Kamu Politikası: Ülkelerin Yapay zekâ Strateji Belgeleri Üzerinden Bir Değerlendirme”, https://www.academia.edu/46724729/YAPAY_ZEKÂ_VE_KAMU_POLİTİKASI_ÜLKELERİN_YAPAY_ZEKÂ_STRATEJİ_BELGELERİ_ÜZERİNDEN_BİR_DEĞERLENDİRME. E.T: 10.05.2025
- Okçu, Murat/Düz, Sabiha, “Dijital Çağ Başlarken: Avrupa Birliği’nin Dijitalleşme ve Yapay zekâ Stratejileri”, *Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, C. 28 S. 2, 2023, s. 221-240.
- “Packed With Loopholes: Why the AI Act Fails to Protect Civic Space and The Rule of Law, In A New Analysis, ECF, Liberties and The European Center for Not-for-Profit Law Assess the AI Act From a Civic Space and Rule of Perspective”, <https://civic-forum.eu/advocacy/artificial-intelligence/packed-with-loopholes-why-the-ai-act-fails-to-protect-civic-space-and-the-rule-of-law>. E.T: 01.05.2025.
- Sheikh, Haroon/ Prins, Corien/ Schrijvers, Eric, *Mission AI, The New System Technology*, Electronic, Springer, 2023.

Soysal, Tamer, “Endüstri 4.0 ve İnsan Hakları: Yeni Ortaya Çıkan Teknolojik Gelişmelerin İnsan Hakları Üzerindeki Dönüştürücü Etkiler”, Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı 2020 (9 Ocak-12 Ocak 2020), Ankara 2021, s. 245-324.

Şamlı, Rüya/Yüksel, M. Erkan, “Biyometrik Güvenlik Sistemleri”, <https://ab.org.tr/ab09/sunum/102.pdf>. E.T: 27.04.2025.

“The AI Act Needs a Practical Definition of ‘Subliminal Techniques’”, <https://www.euractiv.com/section/tech/opinion/the-ai-act-needs-a-practical-definition-of-subliminal-techniques/>. E.T: 10.05.2025.

Tuncel, Deniz/Tokgöz, Gizem/Tuğanlı, Tilbe/Dedebaş, Tan, “Avrupa Birliği Yapay Zekâ Yasası’na İlk Bakış”, <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=85d8e8f9-53eb-497e-87ed-37e050615a2c>. E.T: 01.05.2025.

Turan Başara, Gamze, “Avrupa Dijital Düzenleme Sisteminde Yapay Zekâ Yasası”, AÜHFD, 73 (4), 2024, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/4334177>, s. 2983-3016.

Turing, Alan M, Computing Machinery and Intelligence, *Parsing the Turing Test*, Robert Epstein, Springer, 1. Edition, Dordrecht 2009.

Ünsal Özden, Sevgi, “Avrupa Birliği Yapay Zekâ Yasası’nın Türkiye’deki Aktörlere Yansımaları”, <https://www.erdem-erdem.av.tr/bilgi-bankasi/avrupa-birligi-yapay-zekâ-yasasinin-turkiyedeki-aktorlere-yansimalari>. E.T: 10.05.2025.

Vogiatzoglou, Plixavra, “The AI Act National Security Exception, room for manoeuvres?”, <https://verfassungsblog.de/the-ai-act-national-security-exception/>. E.T: 01.05.2025.

“Yapay Zekâda Yasaklanan Uygulamalar”, <https://arclaw.services/yapay-zekâda-yasaklanan-uygulamalar/>. E.T: 02.05.2025.

Yazıcı, Ayşe Nur Merve, *Otonom Aracın Sebep Olduğu Zararlardan Üreticinin Kusursuz Sorumluluğu*, I. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2023.

<https://aposto.com/s/donum-noktasi-abnin-yapay-zekâ-yasasi-ne-getirecek;>
<https://journo.com.tr/avrupa-birligi-yapay-zekâ-yasasi-eu-ai-act>. E.T: 27.04.2025.

<https://www.istanbulbarosu.org.tr/files/komisyonlar/yzcg/guveniliryapayzekâicinetikkilavuz.pdf>
E.T: 10.05.2025.

<https://www.aa.com.tr/tr/dunya/avrupa-parlamentosu-yapay-zekâ-yasasini-onayladi/3163480>. E.T: 10.04.2025.

https://www.ab.gov.tr/ab-yapay-zekâ-yasasi-yayimlandi_53836.html. E.T: 10.05.2025.

<https://ceviklegal.com/avrupa-birligi-yapay-zekâ-yasasi-madde-6-ve-ek-iii-kapsaminda-kisa-bilgi->

[notu/#:~:text=Ek%20III%3A%20Yüksek%20Riskli%20Yapay%20Zekâ%20Sistemleri%20Listesi&text=Biyometrik%20Sistemler%3A%20Uzaktan%20biyometrik%20tanımlama,mahremiyetine%20yönelik%20önemli%20riskler%20taşıır. E.T: 27.04.2025.](#)

[Öngörücü polislik - Vikipedi](#) E.T: 10.05.2025.