ORMANLARIN KORUNMASI: DEVLETİN ANAYASAL SORUMLULUĞUNA İLİŞKİN BİR DEĞERLENDİRME(*)

Dr. Öğr. Üyesi **Fatma Duygu BOZKURT**(**)

Öz

Ormanların korunması ve genişletilmesi için gerekli kanunları koymak ve tedbirleri almak Türk Anayasası uyarınca devletin yükümlülüğüdür. Bu makalenin amacı devletin sözü geçen yükümlülüğünün başarısını sınamak ve konuya ilişkin yol gösterici çıkarımlarda bulunmaktır. Çalışmanın kaleme alınma nedeni ormanları koruyabilmek için alınması gereken tedbirleri ortaya koymaktır. Bu bağlamda öncelikle devletin sorumluluğunun sınırları belirlenmiştir. Bunu yaparken ulusal ve uluslararası mevzuat ile mahkeme kararları kılavuz edinilmiştir. Akabinde Türk orman mevzuatının etkinliği ve anayasaya uygunluğu değerlendirilmiştir. Çalışma konuya ilişkin tespit, öneri ve değerlendirmeler yapmak suretiyle sonlanmıştır.

Anahtar Kelimeler

Çevre Hakkı, Orman Hukuku, Ormanların Korunması, Ormanların Geliştirilmesi, Devletin Sorumluluğu.

PROTECTION OF FORESTS: AN ASSESSMENT ON THE CONSTITUTIONAL RESPONSIBILITY OF THE STATE

Abstract

It is the state's obligation in accordance with the Turkish Constitution to enact the necessary laws and take measures for the protection and expansion of forests. The article aims to test the success of the obligation of the state and to make inferences about the subject. The reason for writing the study is to reveal the measures to be taken in order to protect the forests. In this context, first of all, the limits of the state's responsibility were determined. While doing this, national and international legislation and court decisions were taken as a guide. Afterwards, the effectiveness and constitutionality of the Turkish forest legislation was evaluated. The study was concluded by making determinations, suggestions and evaluations on the subject.

Keywords

Right to Environment, Forest Law, Protection of Forests, Development of Forests, Responsibility of the State.

(*) Makalenin Dergiye Geliş Tarihi: 22.07.2022 - Makalenin Kabul Edildiği Tarih: 13.10.2022, DOI No: 10.54704/akdhfd.1146783.

(**) Pamukkale Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı / Denizli-Türkiye.
E-posta: fduygub@pau.edu.tr,
Orcid Id: https://orcid.org/0000-0001-5289-5262.

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

Extended Abstract

The protection and development of forests by the state is the main requirement of both the environmental right regulated in Article 56 of the Turkish Constitution and the obligations regarding forests regulated in Article 169. The subject of this article is; how effective the regulations on forests are in terms of protecting forests. While seeking an answer to this question, the priority has been to determine the responsibility of the state. In this analysis, which we have carried out by putting forests at the center, the Turkish constitutional provisions regarding the right to the environment and forests have guided the study. In accordance with the Constitution; *"The state enacts the necessary laws and takes the necessary measures for the protection of forests and the expansion of their areas."* In this regard, as the main duties of the state; legal recognition of forests, establishing a legal framework to protect forests, taking measures required by the constitution and laws to protect forest assets against their own works and actions and interference by third parties, providing compensation in case of violation, raising new forests to replace burned forests, and expanding forest areas. When the Turkish forest legislation is considered in this context, the subject should be examined first in terms of the Constitution and then Forest Law, Environment Law, Mining Law, Tourism Law, Penal Code and implementing regulations.

In Turkish law, forest is defined as follows in the first article of the Forest Law: *"Trees and shrubs that are grown naturally or grown by labor are considered forests together with their places."* Which of the trees and shrubs in the community will not be considered forest is regulated in detail in the second paragraph of the article. At this point, there are two issues that need to be emphasized regarding the definition and boundaries of the forest: The first of these is to change the forest definition and exceptions in the law, and the other is to change the forest status when the conditions listed in the law are met, that is, to be taken out of the forest boundary. The legal forest definition should be determined based on objective criteria, far from being arbitrary. The process of taking out of the forest borders should only be applied in exceptional cases, the condition of not providing benefits in terms of science and science must be in accordance with legal and scientific grounds and the ownership of the places taken out of the forest borders must be in the state.

Since the first Forest Law, it has been possible to establish an easement right on forests for public benefit. Stating that the property of the state forests belongs to the state and that this property is inalienable, the constitution maker allowed third parties to benefit from the forest on the condition that the public benefit condition is fulfilled. In return, the legislator obliges the obligors to *"take permission"*, *"pay the financial compensation"* and *"rehabilitate"*.

However, considering the fact that forests are of public interest in themselves, the right of easement on forests will only be constitutional if it provides a public benefit that is superior to the benefit of preserving the forests as forests. However, considering the extent and uncertain of the concept of public interest, the *"obligation"* criterion plays a key role in protecting forests. Because almost all of the legislative changes gradually expand the non-forestry activity areas where forests can be allocated. In particular, mining activities carried out by private law legal entities in forest areas, the high potential of forest assets for the tourism sector and construction contrary to zoning legislation, are one of the issues that will have a negative impact on forests. Allocating forests for non-forestry purposes only when necessary is a requirement of the law *"No activity or action that may harm forests is allowed."* In the article 169 of the Turkish Constitution.

The last requirement of the state's obligation to protect and develop forests is to combat forest fires and increase forest assets. It is the constitutional obligation of the state to take protective measures to prevent fires and to have the necessary intervention tools to extinguish the fire as soon as possible after the fire has broken out. In addition, new forests should be grown instead of burning forests. The main measure taken by the state to expand forest areas is private afforestation activities. In addition, due to the high amount of degraded forests in our country, rehabilitation works aimed at improving them also constitute an important part of the forest establishment. Therefore, it is possible to say that the obligation to expand forests includes increasing both the quantity and quality of forests.

GİRİŞ

İnsanın hangi çevre koşullarında bulunduğunda insan olmak hakkını somutlaştıracağı noktası, çevre hakkının başlangıç noktasıdır.[1] Çevrenin en önemli unsurlarından biri olan ormanlar ise sağladığı ekolojik ve toplumsal fayda ile insan için yaşamsal önemi haizdir. Temiz hava, iklim değişikliği, su akışı, toprak verimliliği, yaban hayatı gibi pek çok yaşamsal hususun belirleyicisi olan ormanlar ekolojik faydalarının yanı sıra hammadde, enerji kaynağı, arazi gibi maddi değeri yüksek ekonomik faydalar da sağlamaktadır. Bu da kalkınma ve orman varlığı arasında gerilimli bir ilişkiye vücut vermektedir. Bu çalışma, kalkınmayı önceleyen bir çevre siyasetine karşı ormanları koruyabilmek için atılması gereken adımları ortaya koymak için kaleme alınmıştır. Makalenin konusu; ormanlara ilişkin düzenlemelerin ormanları koruma açısından ne derece etkili olduğudur. Bu soruya yanıt ararken öncelik, ormanların çevre hakkı ile ilişkisini belirlemek olmuştur. İkinci bölümde ormanlara yönelik devletin sorumluluğu uluslararası belgelerin, başta anayasa olmak üzere ulusal mevzuatın ve mahkeme kararlarının ışığında belirlenmiştir. Ormanları merkeze alarak gerçekleştirdiğimiz bu analizde çevre hakkına ve ormanlara yönelik Türk anayasa hükümleri çalışmaya kılavuzluk etmiştir. *"Devlet, ormanların korunması ve sahalarının genişletilmesi için gerekli kanunları koyar ve tedbirleri alır."* Bahsi geçen anayasa hükmü uyarınca üçüncü bölüm Türk hukukunda ormanın nasıl düzenlendiğine hasredilmiştir. Başta Orman Kanunu ve uygulama yönetmeliklerinin ele alındığı bu bölümde mevzuatın hukuksal açıdan ormanı korumaya ne kadar muktedir olduğu sınanmıştır.

Anayasa'nın ormanlara ilişkin 169. maddesi uyarınca devlet ormanları kamu yararı dışında irtifak hakkına konu olamaz. Bununla beraber ormanların bizatihi kamu yararı niteliği arz ediyor oluşu hangi hallerde ormanların irtifak hakkına konu olacağını tartışmayı gerektirmiştir. Zira her ne kadar Anayasa Mahkemesi kamu yararı ve zorunluluk kriterlerini vurgulamak suretiyle daha spesifik bir düzenlemeyi işaret etse de, yasal çerçeve idareye geniş bir takdir sahası sağlamaktadır. Bina ve tesis inşası, turizm ve madencilik; ormanların tahsis edildiği başlıca faaliyetler olup üçüncü bölümde ele alınmıştır. Orman yangınlarıyla mücadele ve ağaçlandırma yükümlülüğü ise hem 1982 Anayasası'nın 56. maddesi uyarınca çevreyi geliştirme, hem de 169. madde uyarınca orman sahalarının genişletilmesi yükümlülüğünün bir gereği olarak çalışmanın son kısmında incelenmiştir. Böylece ormanları koruma yükümlülüğünün etkinliği anayasal hükümler ışığında ve yasal çerçevede değerlendirmeye tabi tutulmuştur. Çalışma yasama, idari ve yargı mercileri için yön gösterici çıkarımlarda bulunularak son bulmuştur.

[1] Can Hamamcı, "Çevre Hakkı Üzerine Düşünceler", *İnsan Hakları Yıllığı*, C. 5-6, Ankara, TODAİE Yayınları, (1983-1984): 173.

I. ORMANLARIN HUKUKSAL KORUNMASI VE ÇEVRE HAKKI

İnsan ve diğer tüm canlıların içinde yaşadığı bir mekan olarak çevre; biyolojik, fiziksel, kimyasal, sosyal, ekonomik ve kültürel bir ortamdır.[2] Sanayi devrimini müteakip yaşanan endüstriyelleşme, nüfus artışı ve tüketim alışkanlıkları neticesinde çevrenin tahribi, çevre hakkını gündeme getirmiştir. Bu bağlamda çevre hakkının konusu, kişi açısından evleviyetle sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama talebi, genel olarak ise çevrenin korunması ve geliştirilmesidir. Şu halde yaşam hakkının bir uzantısı olan çevre hakkı, bireye insan onuruna uygun yaşam koşullarını tehdit eden her türlü çevre sorununa direnme ve talep hakkı sunmaktadır.[3] Çevre hakkının öznesi deyince ilk akla gelen; bireyler, toplum, gelecek nesiller ve devlettir. Bununla beraber çevre hakkı tüm canlı varlıkların haklarına uzanan bir çizginin başlangıç noktasıdır.[4] Eğer çevre tüm canlıların içinde yaşadığı mekân ise bu mekânı genel olarak su, hava, toprak, doğal kaynaklar, flora ve faunanın oluşturduğunu söylemek mümkündür.[5] Bu nedenle bahsi geçen yaşam ortamlarını insanlarla paylaşan bitki toplulukları da birer çevresel değerdir.[6] Sağlıklı bir çevrede yaşamak için gerekli tedbirler çevrenin bizatihi kendisini de koruyacaktır. Böylece hem insan hem de çevre merkezli bir yaklaşım tezahür etmiş olacaktır. Çevre Kanunu'nun 2. maddesinde çevre: *"canlıların yaşamları boyunca ilişkilerini sürdürdükleri ve karşılıklı olarak etkileşim içinde bulundukları biyolojik, fiziksel, sosyal, ekonomik ve kültürel ortam"* olarak tanımlanmıştır. Orman Kanunu uyarınca ormanın da yerleriyle birlikte *"tabii olarak yetişen veya emekle yetiştirilen ağaç ve ağaççık toplulukları"* olarak tanımlandığı göz önüne alındığında, ormanların çevrenin ayrılmaz bir parçası olduğunu söylemek mümkündür. Nitekim Türk Anayasa Mahkemesi de bir kararında ormanların korunmasına ilişkin anayasa hükmü (169. madde) ile korunan değerin çevre olduğunu kaydetmiştir.[7] Ulusal ve uluslararası hukukta ormansızlaşma, erozyon, çölleşme, biyolojik çeşitliliğin azalması gibi sorunların çevre hakkı kapsamında (da) ele alınması ormanların aynı zamanda çevrenin bir unsuru oluşunu teyit eder mahiyettedir.

Çevre hakkı ilk kez 1972 yılında Birleşmiş Milletler Çevre Konferansı'nda yayınlanan Stockholm Bildirgesi'nde ifade edilmiştir. Bildirinin birinci madde-

---

2 2872 sayılı Çevre Kanunu madde 2.

3 Ümit Güveyi, "1982 Anayasası Kapsamında Çevre Hakkının Karşılaştırmalı Kısa Bir Tahlili", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi,* C. 24, S. 2, (Aralık 2018): 637; Handan Yokuş Sevük*, Çevre Hukuku Doğal Çevrenin Korunması,* (Ankara, Adalet Yayınevi, 2013), 21; Ahmet Güneş, *Çevre Hukuku*, (İstanbul, Onikilevha Yayıncılık, 2015), 156.

4 Sevük, 22.

5 Faruk Bilir, Berkan Hamdemir, "Çevre Hakkı ve Uygulaması", *International Conference on Eurasian Economies 2011*, Manas University Press, Bişkek, (2011): 143.

6 Ruşen Keleş, Can Hamamcı, *Çevre Bilim*, (Ankara, İmge Kitabevi, 2002), 95.

7 AYM Kararı, E. 2009/31, K. 2011/77, K. T. 12/05/2011, E. T. 11.12.2021.

sinde; insanın, onurlu ve iyi bir yaşam sürdürebilmesi için sağlıklı bir çevrede yaşama hakkına sahip olduğu belirtilmiş ve çevreyi koruma sorumluluğu vurgulanmıştır.[8] 1982 yılında Birleşmiş Milletler (BM) Genel Kurulu'nda kabul edilen Dünya Doğa Şartı, bir insan hakkı olarak ifade bulan çevre hakkının gerçekleşmesine yönelik yükümlülüklere dair somut ilkeler öngörmüştür.[9] 1992'de düzenlenen BM Çevre Kalkınma Konferansı neticesinde; Biyolojik Çeşitlilik Sözleşmesi, İklim Değişikliği Sözleşmesi, Rio Bildirgesi, Gündem 21 ve Orman İlkeleri ortaya çıkmıştır. Anılan beş metin içinde Biyolojik Çeşitlilik Sözleşmesi, ormanları biyolojik çeşitliliğin bir kaynağı addetmesi;[10] Gündem 21 ormansızlaşmaya dikkat çekmesi,[11] Orman İlkeleri ise ormanların korunmasına ilişkin temel ilkeleri öngörmesi nedeniyle konumuz için önem arz eden öncü metinlerdir.[12]

BM Ekonomik Komisyonu tarafından 1998'de imzaya açılan ve 2001'de yürürlüğe giren Aarhus Sözleşmesi, çevreyi ve çevre hakkını korumak amacıyla çevresel konularda bilgi edinmeyi, halkın katılımını ve yargıya erişim hakkını düzenleyen ilk sözleşme olması bakımından önemlidir.[13] Bu adımı takip eden gelişme 1997'de kabul edilen ve 2005 yılında yürürlüğe giren Kyoto Protokolü olmuş, böylece gelişmiş ülkelere seragazı azaltımı konusunda yükümlülükler getirilmiştir.[14] Kyoto Protokolü'nün ikinci döneminin bitmesiyle kabul edilen Paris Anlaşması ise yalnızca gelişmiş ülkeler için değil, tüm taraflar için sera gazını azaltmayı öngörmüş ve ormanların sürdürülebilir yönetimi için taraf devletlere yükümlülükler getirmiştir.[15] Çevre hakkı ve ormanlar Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi metninde açıkça tanınmamakla beraber, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararlarında yaşam hakkı, özel yaşam ve aile yaşamına saygı hakkı ve mülkiyet hakkı gibi haklar bünyesinde ele alınarak dolaylı bir koruma elde etmektedir.[16] Görüldüğü üzere, çevre hakkına ve ormanların korunmasına yönelik katedilen mesafeye rağmen, halen bir uluslararası koruma mekanizmasından

8 Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment (Stockholm Declaration, 1972).

9 World Charter for Nature, E. T. 23.01.2022, UN. General Assembly (37th sess.: 1982-1983).

10 Convention on Biological Diversity, UN. 1992, E. T. 23.01.2022, https://www.cbd.int/doc/legal/cbd-en.pdf.

11 Agenda 21: Programme of Action for Sustainable Development, UN. 1992, E. T. 23.01.2022, https://sustainabledevelopment.un.org/outcomedocuments/agenda21.

12 Report of the United Nations Conference on Environment and Development, (Rio de Janeiro, 3-14 June 1992), E. T. 23.01.2022, https://www.un.org/esa/dsd/agenda21/Agenda%2021.pdf.

13 Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-Making and Access to Justice in Environmental Matters, done at Aarhus, Denmark, on 25 June 1998, E. T. 11.12.2021, https://unece.org/DAM/env/pp/documents/cep43e.pdf.

14 Kyoto Protocol to the United Nations Framework Convention on Climate Change, United Nations 1998, E. T. 11.12.2021, https://unfccc.int/resource/docs/convkp/kpeng.pdf.

15 Paris Agreement, United Nations, 2015, E. T. 12.12.2021, https://unfccc.int/sites/default/files/english_paris_agreement.pdf.

16 AİHM, Büyük Daire, Hatton ve diğerleri/Birleşik Krallık, 36022/97, 08.07.2003, par. 96; AİHM, Hamer/Belçika, 21861/03, 27.11.2007, par. 81.

bahsetmek mümkün değildir. Bu da ormanların korunmasına yönelik olarak iç hukukun önemini perçinlemektedir.

Çevre hakkına ilişkin hususlar Anayasamızda öncelikle sağlık hizmetleri ve çevrenin korunması başlığı altında 56. maddede ele alınmıştır. Buna göre: "*Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir. Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek Devletin ve vatandaşların ödevidir."* Çevre hakkının korunmasına dayanak oluşturan bir başka hüküm ise Anayasa'nın 48. maddesinde bulunmaktadır: *"Devlet, özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır"*. Çevre zararlarının çoğunlukla özel teşebbüslerin faaliyetlerinden kaynaklandığı göz önüne alındığında, çevrenin korunması sosyal bir amaç olarak devletin yükümlülüklerinden birini oluşturmaktadır.

Konuya ilişkin değinilmesi gereken bir diğer hüküm ise Anayasa'nın ormanların korunması ve geliştirilmesi başlıklı 169. maddesidir. Ormanlara ilişkin özel bir düzenleme getiren bu maddeye göre:

> *"Devlet, ormanların korunması ve sahalarının genişletilmesi için gerekli kanunları koyar ve tedbirleri alır. Yanan ormanların yerinde yeni orman yetiştirilir, bu yerlerde başka çeşit tarım ve hayvancılık yapılamaz. Bütün ormanların gözetimi Devlete aittir.*
>
> *Devlet ormanlarının mülkiyeti devrolunamaz. Devlet ormanları kanuna göre, Devletçe yönetilir ve işletilir. Bu ormanlar zamanaşımı ile mülk edinilemez ve kamu yararı dışında irtifak hakkına konu olamaz.*
>
> *Ormanlara zarar verebilecek hiçbir faaliyet ve eyleme müsaade edilemez. Ormanların tahrip edilmesine yol açan siyasî propaganda yapılamaz; münhasıran orman suçları için genel ve özel af çıkarılamaz. Ormanları yakmak, ormanı yok etmek veya daraltmak amacıyla işlenen suçlar genel ve özel af kapsamına alınamaz.*
>
> *Orman olarak muhafazasında bilim ve fen bakımından hiçbir yarar görülmeyen, aksine tarım alanlarına dönüştürülmesinde kesin yarar olduğu tespit edilen yerler ile 31/12/1981 tarihinden önce bilim ve fen bakımından orman niteliğini tam olarak kaybetmiş olan tarla, bağ, meyvelik, zeytinlik gibi çeşitli tarım alanlarında veya hayvancılıkta kullanılmasında yarar olduğu tespit edilen araziler, şehir, kasaba ve köy yapılarının toplu olarak bulunduğu yerler dışında, orman sınırlarında daraltma yapılamaz."*

Anayasa Mahkemesi son dönemde verdiği bazı kararlarında ormanları "doğal kaynak" addetmiş ve çevrenin alt türü olarak tanımlamıştır. Bununla beraber Mahkeme ormanlara ilişkin meseleleri genellikle Anayasa'nın 56. maddesi cihe-

tiyle değil, sadece 169. madde cihetiyle ele almaktadır.[17] Bu yaklaşımın ise bazı olumsuz sonuçları bulunmaktadır. Bunlardan ilki, ormanlara ilişkin güvencenin çevre hakkına ilişkin güvenceye nazaran daha sınırlı olmasıdır. Bunun sebebi ise Anayasa'nın 169. maddesinin "kamu yararının gerektirdiği ölçüde" ormanlara müdahaleye olanak tanımasıdır. Devletin ormanları koruma ve gözetme yükümlülüğü bulunmakla beraber, kamu yararı gerektirdiğinde devlet ormanları üzerinde irtifak hakları kurulması olanağı, ormanların çevre hakkının güvencesinden yoksun kalmasına yol açacaktır. Ormanların salt 169. madde çerçevesinde ele alınmasına ilişkin değinilmesi gereken bir diğer mesele de, temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmaların sağladığı güvenceden yoksun kalma olasılığıdır. Bilindiği üzere temel hak ve özgürlükler hususunda kanunla aynı konuda farklı hükümler içermesi halinde uluslararası sözleşme hükümleri geçerli olacaktır. Şu halde ormanlar Anayasa'nın 56. maddesi gereği çevre hakkının bir alt unsuru olarak değerlendirilmek yerine salt 169. madde cihetiyle ele alındığında hem temel hak ve hürriyetlerin sınırlanmasının sınırını gösteren 13. maddenin hem de 90. maddede düzenlenen milletlerarası sözleşmelerin getirdiği güvenceden yoksun kalacaktır.[18]

II. ORMANLARIN KORUNMASINA İLİŞKİN DEVLETİN SORUMLULUĞU

Türk orman mevzuatı ele alındığında ormanların korunmasına ilişkin devletin sorumluluğunun kapsamının öncelikle Anayasa, Çevre Kanunu, Orman Kanunu, Maden Kanunu, Turizm Kanunu ve Kadastro Kanunu'nda düzenlendiği görülmektedir. Ormanların korunmasına ilişkin temel esaslar bir başka ifadeyle kılavuz ilkeler; Anayasa'nın 169'uncu maddesinin ilk dört bendinde sıralanmıştır. Ormanların korunması ve genişletilmesi için kanun koyucuyu görevlendiren Anayasa'nın öngördüğü esaslar uyarınca: *"yanan ormanların yerine yenisi yetiştirilir"*, *"ormanların gözetimi devlete aittir"*, *"devlet ormanlarının mülkiyeti devredilemez"*, *"kamu yararı dışında irtifak hakkına konu olamaz"*, *"ormanlara zarar verebilecek hiçbir faaliyet ve eyleme müsaade edilemez"*, sayılan istisnalar dışında *"orman sınırlarında daraltma yapılamaz."*

Ormanların korunmasına ilişkin bir diğer dayanak madde olan 56. madde de ise çevre hakkı bireylerin, özel tüzel kişilerin ve devletin dayanışmasını gerektiren ve her birine sorumluluk yükleyen bir hak olarak düzenlenmiştir. Bununla be-

17 AYM Kararı, E. 2004/67, K. 2007/83, K. T. 22/11/2007, E. T. 23.01.2022.

18 Mehmet Akmaz, Ormanların Korunmasında İdare'nin Yükümlülükleri, (İstanbul, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2021), 37, 132.; Orman ve ona yönelik düzenlemelerin yer aldığı 169 ve 170. maddeler Anayasa'da "temel haklar ve ödevler" yerine "ekonomik hükümler" içerisinde yer almaktadır. Ormanların ekonomik bir değer yarattığı gerçek olmakla beraber, işlevi ve önemi göz önüne alındığında, "temel haklar ve ödevler" başlığı altında yer alması daha isabetli olacaktır. Aynur Aydın, "Anayasa'da Ormancılıkla İlgili Hükümlere Yönelik Bir Görüş", Ed. Sezgin Özden, *İkinci Yeşil Kitap Yeni Anayasada Orman*, Ankara, Türk Ormancılar Derneği Yayını, (2016): 37-38.

raber her temel hak ve özgürlük için olduğu üzere çevre hakkının da ilk muhatabı devlettir. Bu kapsamda devletin yükümlülüklerini genel olarak; saygı gösterme, koruma ve özen yükümlülüğü olarak ele almak mümkündür.[19]

Saygı gösterme yükümlülüğüne göre devlet çevre hakkını bizzat ihlal etmemekle, çevre hakkını engellememekle yükümlüdür. Devletin olumsuz edimini gerektiren bu yükümlülük uyarınca devlet çevre hakkına dokunmamalı, hakkın kullanılmasına karışmamalıdır. Koruma yükümlülüğüne göre devlet çevre hakkını üçüncü kişilerin müdahalelerinden korumalı ve müdahale edenlere yaptırım uygulamalıdır. Devletin olumlu edimini gerektiren bu yükümlülük devletin gerekli hukuki düzenlemeleri yapmasını ve bu düzenlemelere uyulup uyulmadığını denetlemesini gerektirmektedir. Hem yasama hem yürütme hem de yargı organına görev yükleyen koruma yükümlülüğü uyarınca, devlet çevre hakkını korumak için öncelikle önleyici ve önleyemediği takdirde de düzeltici tedbirler almalıdır.[20] Çevre hakkı söz konusu olduğunda önleyici tedbirler bilhassa önem arz etmektedir zira çevre zarar gördükten sonra bu zararın tamamen giderilmesi ve çevrenin ihlal öncesi haline getirilmesi çoğunlukla mümkün olmamaktadır. Örneğin orman yangınları sonrasında, yanan ormanların yerine yeniden orman yetiştirilse bile arada geçen zaman zarfında duyulan yoksunluğu telafi etmek mümkün değildir. Kaldı ki zararın giderilmesi zararın önlenmesine nazaran daha güç ve pahalı bir tedbirdir. Nitekim ülkemizin ormanlarının %93'ünün "doğal orman" olduğu yani özel bir işgücü ve sermaye sarf edilmeden yetiştiği göz önünde bulundurulduğunda önleyici tedbirlerin önemi daha iyi anlaşılmaktadır.[21]

Çevreye ve dahi ormanlara yönelik tehditlerin çoğunlukla gerçek ve tüzel kişilerden kaynaklanması, ormanların korunması için alınacak önleyici tedbirler arasında denetim faaliyetlerinin işlevini ön plana çıkarmaktadır. Buna göre; devlet izin verirken -ya da vermezken- nesnel değerlendirmeye dayanmalı, özenli davranmalı, özen yükümlülüğünü ihlal ettiğinde yaptırıma tabi olmalıdır. Devletin ormanlara ilişkin koruma yükümlülüğünün gözetme cihetiyle tecessüm ettiği pek çok alan söz konusudur. Bunlardan ilki ormanların tahrip edilerek arazi açılması ve orman ürünlerinden izinsiz bir biçimde yararlanılmasıdır. İmar mevzuatına aykırı yapılaşma ormanlar üzerinde olumsuz etki doğuracak hususların başında gelmektedir. Özel hukuk tüzel kişilerince ormanlık alanlarda gerçekleştirilen maden arama ve işletme faaliyetleri, ormanlar ve dolayısıyla çevre için

---

19 Masstricht Guidelines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights, Maastricht, January 22-26, 1997, E. T. 02.10.2021, http://hrlibrary.umn.edu/instree/Maastrichtguidelines_.html.; İbrahim Kaboğlu, *Çevre Hakkı*, (Ankara, İmge Kitabevi, 1996), 37-41.

20 Bülent Algan, *Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması*, (Ankara, Seçkin Yayınları, 2007), 85-91.

21 Necmettin Çepel, *Orman ve Biz: Ormanın Tanıtımı, Yararları, Tahribi ve Korunma Çareleri*, (İstanbul, TEMA Vakfı Yayınları, 1999), 21.

tehdit oluşturan bir diğer hususdur. Madencilik faaliyeti gerçekleştirildiğinde elde edilecek fayda ile ormanların yok olması sonucunda ortaya çıkan kaybın muhakemesi, izin ve denetim sürecinin nirengi noktasıdır. Turizmi özendirme tedbirleri uyarınca devlet ormanlarının turizm yatırımlarına açılması da orman varlığını tehdit eden unsurlardandır. Türkiye'de bulunan orman varlığının turizm sektörü için yüksek potansiyel arz etmesi, sonuçları itibariyle pek çok yargı kararına konu olmaktadır. Orman yangınlarını önlemede ve orman yangınlarını söndürmede donanımın yetersizliğine ilişkin tartışmalar, orman yangınlarıyla mücadelede devletin yükümlülüğünü tartışmayı gerektirmektedir. Ormanların sürekliliği için yanan ormanların yerine yenilerinin yetiştirilmesi ise anayasal bir yükümlülüktür. Zira koruma yükümlülüğü onarmayı da içermektedir. Devlet çevre hakkının ihlali gerçekleştikten sonra düzeltici tedbirlere başvurmak suretiyle ihlalin sonuçlarını ortadan kaldırmalı ve bu ihlali gerçekleştirenleri cezalandırmalıdır. Böylece tazminat, yaptırım, ceza gibi düzeltici tedbirler yoluyla bir yandan onarma diğer yandan da caydırıcılık işlevi gerçekleşmiş olacaktır.

Şu halde, ormanlara ilişkin devletin temel görevleri olarak; ormanların hukuki açıdan tanınması, ormanları korumaya yönelik yasal çerçeve oluşturulması, kendi iş ve eylemleri ile üçüncü kişilerin müdahalelerine karşı orman varlığını korumaya yönelik anayasanın ve yasaların gerektirdiği tedbirlerin alınması, ihlal halinde tazminin sağlanması, yanan ormanların yerine yenisinin yetiştirilmesi ve orman sahalarının genişletilmesi sayılabilir. Kanunlarda anayasaya ve uluslararası standartlara göre eksikliklerin var olması, içeriğin muğlaklığı yahut düzenlemelerin çelişkili olması ormanların korunmasını güçleştirecek hususlardır. Öyleyse ilk yapılması gereken; ilgili milletlerarası insan hakları sözleşmelerinin imzalanması ve hakkın iç hukukta eksiksiz düzenlenmesidir. Orman mevzuatının etkili bir araç olabilmesi için tutarlılık oluşturulmalı; bir yandan istisna, muafiyet ve geçici maddeler diğer yandan da çelişkili hükümler yoluyla mevzuatın bütüncüllüğünün bozulmasına imkan verilmemelidir.

Bu bilgiler ışığında, devletin ormanlara ilişkin yükümlülüğünün kapsamı belirlendikten sonra yapılması gereken bu yükümlülüğün sınırlarını tespit etmek olacaktır. Her ne kadar ormanlara ilişkin yükümlülükler Anayasa'nın "Ekonomik Hükümler" başlığı altında düzenlense de, Anayasa'nın 56. maddesinde düzenlenen çevre hakkının "Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler" bölümünde yer alması, bu hükümlerin sosyal ve ekonomik hakların sınırını gösteren 65. madde ile birlikte değerlendirilip değerlendirilmeyeceği sorusunu gündeme getirmektedir. Bilindiği üzere uygulamada devletler sosyal hakları "zamanla" ve "maddi olanakları ölçüsünde" yerine getirmeyi tercih etmektedirler. Zamanla gerçekleştirme ödevini aslında bir bakıma maddi olanaklar ölçüsünde yerine getirmenin bir sonucu olarak saymak mümkündür. Zira maddi olanaklar ölçüsünde yerine getirme, zorunlu olarak öncelikleri belirlemeyi ve kıt olan kaynakları sıraya göre paylaş-

tırmayı gerektirmektedir.[22] Nitekim 1982 Anayasası'nın 65. maddesi de sosyal ve ekonomik hakların devlet tarafından *"malî kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde"* yerine getirileceği ifade edilmiştir. Bu noktada açıklığa kavuşturulması gereken önemli husus; sosyal hakların hemen uygulanabilir nitelikte olduğunun ileri sürülebileceği hallerdir. Devlete yüklenen edimin negatif niteliğinin ağır bastığı ve yüksek maliyet gerektirmeyen sosyal haklar bunlardan biridir. Anayasa'nın 65. maddesinin sınırlayıcı etkisi büyük harcamalar gerektiren proje ve programlar için geçerli olmakla beraber, ormanları korumaya yönelik önleme ve düzeltme yükümlülüğü açısından geçerli değildir. Anayasa Mahkemesi'ne göre çevrenin kirlendikten veya bozulduktan sonra eski hale getirilmesinin çok külfetli, hatta bazen imkansız olması nedeniyle zarar gören çevreyi onarma yerine zararı önleyici tedbirlere ağırlık verilmesi gerekmektedir. Mahkeme'ye göre; *"getirilecek kuralın ekonomik, bürokratik ve fiili yükümlülüklere yol açacağı ve üretim faaliyetlerinin etkileneceği"* gerekçeleriyle sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkından vazgeçilemez. Yüksek Mahkeme bu perspektifle 56. maddenin yüklediği ödevin hangi somut tedbirle yerine getirileceği noktasında devletin takdir yetkisinin varlığını kabul etmekle birlikte, bu takdir yetkisinin ölçülü kullanılması gerektiğini kayıt altına almıştır.[23]

III. TÜRK HUKUKUNDA ORMAN

Türk hukukunda orman 6831 Sayılı Orman Kanunu'nun birinci maddesinde şöyle tanımlanmaktadır: *"Tabii olarak yetişen veya emekle yetiştirilen ağaç ve ağaççık toplulukları yerleriyle birlikte orman sayılır."* Bu hüküm uyarınca ormanın iki ana unsuru olduğunu söylemek mümkündür: *"topluluk halindeki ağaç ve ağaççıklar"* ve *"yerleri"*. Mevzuata göre orman vasfı için aranan topluluk halindeki ağaç ve ağaççık şartı; ağaç ve ağaççıkların arazi üzerindeki toprağı doğal yollarla %10 veya daha fazla oranda örtmesi halinde söz konusu olmaktadır.[24] Topluluk halindeki ağaç ve ağaççıkların hangilerinin orman sayılmayacağı ise maddenin ikinci fıkrasında detaylıca düzenlenmiştir. Bu istisnalar da bize göstermektedir ki, ormana ilişkin tanım bilimsel değil hukuksal bir tanımdır. Şu durumda karine orman varlığı olacağından, orman sayılmayıp istisna tutulanların ayrıca ve açıkça belirtilmesi ve dar yorumlanması gerekmektedir.[25]

Bu noktada ormanın tanımına ve sınırlarına ilişkin üzerinde durulması gereken iki husus bulunmaktadır: Bunlardan ilki kanundaki orman tanımının -ve istis-

---

22 Abdullah Uz, Yüksel Metin, "Normatif İçeriği ve Devletlerin Bu Alandaki Yükümlülüğü Bakımından Yeterli Yaşam Standardı Hakkı", *Uluslararası Asya ve Afrika Çalışmaları Kongresi, ICANAS-38*, S. 2, (2007): 883.

23 AYM Kararı, E. 2011/110, K. 2012/79, K. T. 24.05.2012, E. T. 12.12.2021; AYM Kararı, E. 2013/89, K. 2014/116, K. T. 03.07.2014, E. T. 12.12.2021.

24 Orman Kadastrosu ve 2/B Uygulama Yönetmeliği, m.14/1-c, m.14/1-ç.

25 Akmaz, 74.

naların- değiştirilmesi, diğeri ise kanunda sayılan şartlar gerçekleştiğinde orman vazfının değiştirilmesi yani orman sınırı dışına çıkarılmadır. Öncelikle orman tanımına ilişkin hukuksal gelişmeler ve tarihi süreç irdelendiğinde göze çarpan ilk husus Orman Kanunu'nun değiştirilme sıklığı olmaktadır. Hukuksal açıdan "orman" sayılmayacak yerlere ilişkin 2. madde 5 kez, hukuksal açıdan "orman" sayılmayacak yerlerin belirlenmesini içeren orman kadastrosu çalışmalarına ilişkin 7-9. maddeler 7 kez, "devlet ormanı"nın ormancılık dışı kullanımlara izin verilmesine ilişkin 17. madde 5 kez değiştirilmiştir. Üstelik bu değişiklikler 6831 sayılı Orman Kanunu ile sınırlı kalmamış, 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu, 3213 sayılı Maden Kanunu, 3402 sayılı Kadastro Kanunu gibi ormanlarla dolaylı olarak ilgili kanunlarla ve yönetmeliklerle de çok sayıda değişiklik yapılmıştır. Örneğin Ağaçlandırma Yönetmeliği'nin 2014'e dek altı kez neredeyse tamamının değiştirilmiş olması dahi[26] Türkiye'nin tutarlı ve bütüncül bir orman politikasının olmadığının ve dahası ormanların mevzuat yoluyla korunmadığının alametlerinden biridir. Nitekim Türk Anayasa Mahkemesi bu marifetle kızılağaçlık ve aşılı kestaneliklerin orman tanımı kapsamının dışına çıkarılmasını, Anayasa'nın 169. maddesi uyarınca, ormanları korumaya yönelik getirilen güvenceye aykırı görmüştür. Örneğin meyveli ağaç olarak kabulü mümkün olmayan palamut meşelikleri ile fıstık çamlıklarının da neden orman sayılmadığı açıklanmaya muhtaçtır. Şu halde yasal orman tarifinin dayandığı ölçütlerin keyfilikten uzak, objektif kriterlere dayanması, ormanların korunması ve geliştirilmesine yönelik önemli tedbirlerden biridir.[27]

Orman vasfının değiştirilmesi ise evvelinde orman olan bir yerin belli şartlar oluştuğunda orman tanımı dışına çıkarılmasıdır. Anayasa m.169/4'de yer alan düzenleme şu şekildedir: *"Orman olarak muhafazasında bilim ve fen bakımından hiçbir yarar görülmeyen, aksine tarım alanlarına dönüştürülmesinde kesin yarar olduğu tespit edilen yerler ile 31/12/1981 tarihinden önce bilim ve fen bakımından orman niteliğini tam olarak kaybetmiş olan tarla, bağ, meyvelik, zeytinlik gibi çeşitli tarım alanlarında veya hayvancılıkta kullanılmasında yarar olduğu tespit edilen araziler, şehir, kasaba ve köy yapılarının toplu olarak bulunduğu yerler dışında, orman sınırlarında daraltma yapılamaz."* Ülkemizde ormana ilişkin temel mevzuata göz atıldığında, ilk orman tanımının 1937 yılında 3116 sayılı Orman Kanunu ile yapıldığı görülmektedir. Ormanları kamu malı olarak telakki eden bu kanun ile öncelik tespit işlemlerine verilmiş ve kadastronun tamamlanması için on yıllık süre öngörülmüştür. Kadastro çalışmaları anılan süre zarfında tamamlanamadığı gibi, 1950 tarihli 5653 sayılı Kanun ile orman vazfını yitiren bazı yerlerin orman sayılmamasına karar verilmiştir. 1961 Anayasası da bu yöne-

[26] Yücel Çağlar, *Hukuksal Kıskaçtaki Ormanlar ve Ormancılık (Seçme Tartışmalar),* (Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2014), 23.

[27] AYM Kararı, E. 2003/100, K. 2004/33, K. T. 17.03.2004, E. T. 23.01.2022.

limden nasibini almış, 1961 yılından önce bilimsel ile fenni açıdan orman özelliğini kaybeden yerlerin orman sınırları dışına çıkarılmasına imkân tanımıştır. Keza 1982 Anayasası da 1961-1981 yılları arasında orman vasfını yitirdiği düşünülen alanların orman sınırları dışına çıkarılmasına icazet vermiştir.[28] Nitekim ilk orman kanunundan bugüne dek, ormanın tanımında yapılan değişikliklerin ezici çoğunluğunun ormanın kapsamını daraltmaya yönelik olduğunu söylemek mümkündür. Oysa Anayasa'nın 169. Maddesi'nin ilk üç fıkrasına göre: *"Devlet, ormanların korunması ve sahalarının genişletilmesi için gerekli kanunları koyar ve tedbirleri alır. Yanan ormanların yerinde yeni orman yetiştirilir, bu yerlerde başka çeşit tarım ve hayvancılık yapılamaz. Bütün ormanların gözetimi Devlete aittir. Devlet ormanlarının mülkiyeti devrolunamaz. Devlet ormanları kanuna göre, Devletçe yönetilir ve işletilir. Bu ormanlar zamanaşımı ile mülk edinilemez ve kamu yararı dışında irtifak hakkına konu olamaz. Ormanlara zarar verebilecek hiçbir faaliyet ve eyleme müsaade edilemez..."* Madde metninden anlaşıldığı üzere bütün ormanların gözetimini devlete yükleyen Anayasa, devlet ormanlarının mülkiyetinin özel kişilere devredilmesini, zamanaşımı ile mülk edinilmesini ve kamu yararı dışında irtifak hakkına konu olmasını yasaklayarak ormanları güvence altına almıştır. Bununla beraber anayasanın bir yandan ormanlara zarar verebilecek her türlü eylemi yasaklarken diğer yandan hukuksal düzenlemelerle devlet ormanlarını orman sınırları dışına çıkarmaya icazet vermesi, anayasal hükümler arasında tutarsızlığa yol açmakta ve böylece ormanlara yönelik getirilen güvence zayıflamaktadır. Bu icazet orman sınırlarını değiştirmeye kabil olması itibariyle büyük önem arz etmektedir. Çünkü orman sınırları dışına çıkarma işlemi ormanlara ilişkin mülkiyet devri yasağının bir istisnası mahiyetindedir. Anayasa, 169. madde ile 170. maddesi uyarınca, çeşitli koşulların bir araya gelmesi halinde bazı ormanlık alanların orman sınırları dışına çıkarılmasına izin vermektedir. Buna göre ilk aranan koşul, ormanlık alanın orman olarak muhafazada bilim ve fen bakımından hiçbir yarar görülmemesi ve tarımsal faaliyetlerde kullanılmasında kesin fayda görülmesidir. İkincisi, ormanlık alanın 31/12/1981 tarihinden önce bilim ve fen bakımından orman niteliğini tam olarak kaybetmiş olması ve tarla, bağ, meyvelik, zeytinlik gibi çeşitli tarım alanlarında veya hayvancılıkta kullanılmasında yarar olduğunun tespit edilmesidir. Üçüncü koşul ise ormanlık alanın şehir, kasaba ve köy yapılarının toplu olarak bulunduğu yerlerde bulunmasıdır. İlgili mevzuat uyarınca sayılan hallerde, ormanların orman sınırları dışına çıkarılması mümkündür. Türk anayasa koyucunun bir orman tanımı yapmayarak orman tanımını kanun koyucunun takdirine bırakması ve orman sayılan yerlerin orman sınır dışına çıkarılması işlemi için idarenin yetkilendirilmesi hem yasamaya hem de idareye geniş bir takdir sahası bırakılmış olması nedeniyle ormanlara getirilen anayasal güvencenin etkinliğini azaltmaktadır. Anayasa'da açıkça belirtildiği

[28] Çağlar, 67.

üzere, orman sınırları dışına çıkarma işlemi için bir yandan orman olarak muhafazada bilim ve fen bakımından hiçbir yarar görülmemesi, diğer yandan da ormanlık alanın tarım alanına dönüştürülmesinde kesin yarar olduğunun tespit edilmesi şartı aranmaktadır. Anlaşılmaktadır ki anayasa koyucunun amacı, tarıma özgülemek suretiyle ormanlık alanın atıl kalmasını önlemektir. Üstelik bu istisna için orman vasfının tümüyle ortadan yok olması da aranmamaktadır. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi hükmü uygularken orman olarak muhafazasında bilim ve fen bakımından hiçbir yarar görülememesi şartını yeterli saymış, tarım alanlarına dönüştürülmesindeki kesin yarar şartını görmezden gelmiştir. İstisna hükmünün kapsamının bu şekilde genişletilmesi Anayasa'nın 169. maddesinde yer alan *"Devlet, ormanların korunması ve sahalarının genişletilmesi için gerekli kanunları koyar ve tedbirleri alır."* hükmüne açıkça aykırılık teşkil etmektedir.[29]

İstisna hükmünü genişletmesi sebebiyle Anayasa'ya aykırılık arz eden bir başka husus da Orman Kanunu'nun ek 16. maddesi'ndeki düzenlemedir. Buna göre: *"Orman ve Su İşleri Bakanlığınca, bilim ve fen bakımından orman olarak muhafazasında hiçbir yarar görülmeyen ve tarım alanına dönüştürülmesi de mümkün olmayan yerler ile bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihte üzerinde yerleşim yeri bulunan ya da yerleşim yeri oluşturulması uygun olan taşlık, kayalık, verimsiz ve fiilen orman vasfı taşımayan alanlardan, sınırları Cumhurbaşkanınca belirlenen alanlar, Cumhurbaşkanınca belirlenecek usul ve esaslara göre Orman Genel Müdürlüğünce orman sınırları dışına çıkartılarak tapuda Hazine adına tescil edilir."* Açıktır ki, anayasa koyucu orman sınırlarının dışına çıkarma şartlarını birer istisna olarak düzenlemiştir. Şu halde bu istisnaları yasa ile genişletmek mümkün değildir. Oysa Orman Kanunu'nun geçici 16. maddesi, *"tarım alanına dönüştürülmesi de mümkün olmayan yerler"* ibaresi içermek suretiyle Anayasa'nın *"tarım alanlarına dönüştürülmesinde kesin yarar olduğu tespit edilen yerler"* hükmünün kapsamını genişletmiş bulunmaktadır. Ayrıca Anayasa'nın orman sınırları dışına çıkarma işleminin şartlarını sayan madde metninde: *"bağ, meyvelik, zeytinlik gibi çeşitli tarım alanlarında veya hayvancılıkta kullanılmasında yarar olduğu tespit edilen araziler, şehir, kasaba ve köy yapılarının toplu olarak bulunduğu yerler"* için 31/12/1981 tarihinden önce bilim ve fen bakımından orman niteliğini tam olarak kaybetme şartı aranmaktadır. Oysa Kanun'un ek 16. maddesinde *"üzerinde yerleşim yeri bulunan ya da yerleşim yeri oluşturulması uygun olan taşlık, kayalık, verimsiz ve fiilen orman vasfı taşımayan alanlardan, sınırları Cumhurbaşkanınca belirlenen alanlar"* için öngörülmüş bir tarih söz konusu değildir. Görüleceği üzere burada ormanlar aleyhine, m.169/4 hükmüne girmeyen bir devir söz konusudur ve bu husus ormanların korunması yükümlülüğüne aykırılık teşkil etmektedir.

[29] AYM Kararı, E. 2018/104, K. 2020/39, K. T. 16/07/2020, §146, 149; Akmaz, 157-158.

Bu hususta değinilmesi gereken meselelerden biri de madde metninde geçen *"bilim ve fen bakımından orman niteliğinin kaybolması"* mevhumudur. Orman Sınırları Dışına Çıkarılacak Yerler Hakkında Tüzüğün 5. maddesi uyarınca bilim ve fen bakımından orman niteliğini kaybetme: *"hayat birliği ve bu birliğe dahil unsurları kaybolacak şekilde üzerindeki ağaç ve ağaççık toplulukları kaldırılan ve toprağında müş'ir bitkiler, refakat florası, dip kütükleri, ölü örtü ve toprağın bir metre derinliğine kadar olan kısmında, kalın ve ince kök kalıntıları veya bunların çürümesinden hasıl olan içi humus veya gevşek mineral madde dolu kanallar bulunmayan ve çevre sorunları, ormancılık fâaliyetleri ve ekonomisi yönlerinden yeniden orman kurulmasında zorunluluk ve yarar"* olmaması olarak tanımlanmaktadır. Oysa Orman Kanunu ormanı yalnızca ağaç ve ağaççık topluluğu olarak değil, yerleri ile birlikte tanımlamaktadır. Şu halde, toprağını ve etkileşim içinde olduğu ekosistemini gözardı ederek ormanı salt ağaç topluluğu olarak tanımlamak, ormanlara kasten ve insan eliyle zarar verilmesine yani orman niteliğinin "kaybettirilmesine" zemin hazırlayacaktır.[30] Ormanın doğal yollarla nitelik kaybının ancak bir deniz taşması, bir yanardağ patlaması veya büyük bir orman-bitki hastalığı neticesinde yok olması halinde gerçekleşeceğini belirten doktrin görüşlerine göre; bu jeololojik olaylar dışındaki durumlar bir nitelik kaybı değil, insan eliyle gerçekleşen bir nitelik kaybettirme halidir ve Orman Kanunu uyarınca yaptırım öngörülmüş bir suçtur.[31] Nitekim Yargıtay da bilim ve fen bakımından orman niteliğini yitirmeye ilişkin karar sürecinin bilimsel dayanaklarına dikkat çekmektedir. Buna göre: *"orman bütünlüğünü bozmama, su ve toprak rejimine ve çevresindeki ekosistemlerinin tüm öğeleriyle kendisini yenileyebilme gücüne zarar vermeme, ormancılık çalışmalarının etkenlik, verimlilik ve karlılık düzeylerini düşürmeme, taşınmaz üzerinde insan elinin çekilmesi ve olduğu gibi bırakılması halinde, yeniden orman haline dönüşüp dönüşemeyeceği gibi koşulların birlikte değerlendirilip, taşınmazın hangi doğal olaylar ve eylemler sonucu bilim ve fen bakımından orman niteliğini tam olarak kaybettiğinin ya da etmediğinin incelenerek bu olguların tartışılması ve taşınmazın hangi maddi ve bilimsel olgular sonucu nitelik kaybettiği sonucuna"* ulaşıldığının açıklanması zaruridir.[32] Görülmektedir ki, bir yerin bilimsel ve fenni açıdan orman niteliğini tam olarak kaybettiğine hükmedebilmek için, o yerin yeniden ormana dönüşme ihtimalinin

---

30 TMMOB, 2B Sorunu, Gerçekler, Öneriler, Nisan 2006, E. T. 04.01.2021, https://www.tmmob.org.tr/sites/default/files/296c101daa88a51_ek.pdf, 15.

31 Ferruh Atbaşoğlu, "Ormanlarımızın Anayasa ve Yasalardaki Yeri ve Geleceği" Ed. Sezgin Özden, *İkinci Yeşil Kitap Yeni Anayasada Orman*, Ankara, Türk Ormancılar Derneği Yayını, (2016): 28; Mehmet Korkmaz, Hasan Alkan, Ayhan Akyol, "Yeni Anayasa Hazırlıkları Kapsamında Ormanlar ve Ormancılık", Ed. Sezgin Özden, *İkinci Yeşil Kitap Yeni Anayasada Orman*, Ankara, Türk Ormancılar Derneği Yayını, (2016): 115; Ufuk Coşgun, "Yeni Anayasa Çalışmaları için Ormanlar ve Ormancılığımıza Yönelik Yaklaşımların Değerlendirilmesi", Ed. Sezgin Özden, *İkinci Yeşil Kitap Yeni Anayasada Orman,* Ankara, Türk Ormancılar Derneği Yayını, (2016): 127.

32 Y20. HD, E. 2014/6117, K. 2015/15, K. T. 14.01.2015, E. T. 23.01.2022.

olmaması şarttır. Bunun için de öncelikle bu yerlerden el çekilmeli ve akabinde bu yerlerin ormana dönüşüp dönüşmediği denetlenmelidir.[33] Dahası orman niteliğini kaybetmiş yerlerin uygun ormancılık teknikleriyle yeniden orman rejimine kavuşturulmasına yönelik çalışmalar yapılmalıdır. Nitekim İstanbul'da 1.637 ha arazinin kendiliğinden ormana dönüşmesi ve bunların %70'inin Orman Genel Müdürlüğü'nce Hazine'den geri alınması, devletin ormanların korunmasına ilişkin denetleme yükümlülüğünün önemini bir kez daha ortaya koymaktadır.[34] Zira sözü geçen düzenlemenin, Anayasa'nın 170. maddesiyle birlikte okunduğunda suistimale meyyal bir tarafı olduğu görülecektir. 170. madde, 1981'den evvel bilim ve fen açısından orman özelliğini tümüyle kaybetmiş yerlerin değerlendirilmesi maksadıyla bu alanlara orman içinde yaşayan köy halkının yerleştirilmesini öngörmektedir. Bu hüküm bir yanıyla orman niteliğini kaybeden yerlerin atıl kalmasını önlemeye ve orman halkını kalkındırmaya hizmet etse de, diğer yanıyla orman alanların tahribine zemin hazırlamaktadır. Ülkemizde yerleşim alanı yaratmak gayesiyle ormanlara orman özelliğinin kaybettirilmesi vakidir. Şu halde Yargıtay'ın da isabetle belirttiği üzere bilim ve fen bakımından kaybın tespitinde insan eli ve zorlama yöntemler gibi sebep unsurları mutlaka göz önünde bulundurulmalı, böylece hukuka aykırı eylemler yasalarla korunmamalıdır.[35] Kaldı ki devletin anayasal yükümlülüklerinden birinin ormanlara zarar verebilecek hiçbir eyleme izin verilmemesi ve bu eylemlerin önlenmesi olduğu göz önünde bulundurulduğunda, "orman" vasfında iken 1961 ile 1982 yılları arasında bilim ve fen bakımından orman vasfının yitirilmesine sebep olan eylemler hakkında devletin sorumluluğu gündeme gelecektir. Şu halde, 1982 Anayasası'nın 169. maddesinin dördüncü fıkrasının ilk üç fıkrası ile çeliştiğini söylemek mümkündür.

A. ORMANLARIN KORUNMASI YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN BİR İSTİSNASI OLARAK "KAMU YARARI"

Devlet ormanlarının mülkiyetinin devlete ait olduğunu ve bu mülkiyetin devredilmez olduğunu belirten anayasa koyucu, kamu yararı şartının yerine getirilmesi kaidesiyle 3. kişilerin ormandan yararlanmasına olanak tanımıştır. Bunun karşılığında kanun koyucu yükümlüleri "izin almak", "mali karşılığını ödemek" ve "rehabilite etmek" ile yükümlü kılmıştır.[36] Orman Genel Müdürlüğü istatistikleri uyarınca 2012-2020 arasında 293 bin 822 hektarlık alan ormancılık dışı sahalara tahsis edilmiştir.[37] Ormanların ormancılık dışında özgülendiği başlıca

33 Ferruh Atbaşoğlu, "Görünmeyen Yangın 2/B", *Orman Kadastrosu ve 2/B Sorunu Sempozyumu Bildiriler ve Panel*, İstanbul, Harita ve Kadastro Mühendisleri Odası Yayınları, (2005): 56.

34 TMMOB, 15.

35 Y20. HD, E. 2014/6117, K. 2015/15, K. T. 14.01.2015, E. T. 23.01.2022.

36 Akmaz, 170.

37 Orman Genel Müdürlüğü, Resmi İstatikler, E. T. 05.02.2022, https://www.ogm.gov.tr/tr/e-kutuphane/resmi-istatistikler.

alanlar bina ve tesis inşası, turizm ve madencilik olarak düzenlenmiştir. Bununla beraber ormanların bizatihi kamu yararı niteliği arz ediyor oluşu göz önünde bulundurulduğunda, ormanlar üzerinde kamu yararı için irtifak hakkı kurulmak istenmesi, üstün kamu yararını gündeme getirmektedir. Şu halde ormanlar üzerinde irtifak hakkı ancak ormanların orman olarak muhafaza edilmesinin yararından daha üstün bir kamu yararı sağlayacaksa anayasaya uygun olacaktır. Zira esas olan ormanların korunması yükümlülüğü olup kamu irtifakının bu sınır doğrultusunda tesis edilmesi gerekir. Aksi bir uygulama, *"Ormanlara zarar verebilecek hiçbir faaliyet ve eyleme müsaade edilemez"* hükmüne aykırılık teşkil edecektir. Nitekim Anayasa Mahkemesi de ormanların başka amaçlar için tahsisi hususunda üstün yarar kriterini aramış ve irtifak hakkının ancak "zorunluluk" halinde, yani ormanın tahsisinin kaçınılmaz olması halinde kurulacağını kaydetmiştir.[38] İlgili karar, ormanlık alanları keyfi uygulamalara karşı korumak yönüyle önem arz etmektedir zira aksi halde devlet ormanları ekonomik yatırımlar için ucuz arsa işlevi görecektir. Nitekim 1980'li yıllara değin ormanlardan arazi olarak faydalanma eğilimi baskınken, 1980 sonrasında konjonktürün değişmesiyle ormanlar maden, turizm, enerji gibi alanlar için cazibe merkezi olmuştur.[39] Her ne kadar Anayasa Mahkemesi kamu yararı ve zorunluluk kriterlerini vurgulamak suretiyle daha spesifik bir düzenlemeyi işaret etse de, yasal çerçeve idareye geniş bir takdir sahası sağlamaktadır. Kamu yararı kavramını yorumlama noktasında beliren bu takdir yetkisinin genişliği zaman zaman devlet ormanlarına telafisi mümkün olmayacak zararlar vermektedir.[40] Çünkü Mahkeme kanun koyucunun getirdiği düzenlemenin kamu yararına uygun olup olmadığını değil kamu yararı amacıyla çıkarılıp çıkarılmadığını denetlemektedir. Bir başka ifadeyle Mahkeme'nin yaptığı inceleme düzenlemenin kamu yararı dışında belli kişi ya da grupların menfaatleri gözetilerek yapılıp yapılmadığına ilişkindir.[41] Nitekim orman sahasında vakıf üniversitesi kurulması, gemi söküm tesisi inşası, petrol şirketinin alt yapısının kurulması gibi bazı uygulamaların kamu yararı şartını sağladığı gerekçesiyle yargı mercilerince hukuka uygun bulunduğu vakidir.[42]

Bir yandan kamu yararı kavramının muğlaklığı diğer yandan da karar merci organların noksanlıkları ormanların korunması yükümlülüğünün ihlaline kapı aralamaktadır. Bu bağlamda, ilgili karar merci olan komisyonun sivil toplum kuruluşlarından, üniversitelerden ve yerel halktan temsilcilerin de katılımıyla oluşması ve karar sürecinde Çevresel Etki Değerlendirme (ÇED) raporunun kıstas alınması, Anayasa Mahkemesi'nin aradığı kamu yararı ve zorunluluk kriterleri-

38 AYM Kararı, E. 2006/169, K. 2007/55, K. T. 07/05/2007, E. T. 23.01.2022.

39 Çağlar, 293-94.

40 ibid, 79.

41 AYM Kararı, E. 2008/51, K. 2011/46, K. T. 10.03.2011, E. T. 15.07.2022.

42 D6.D, E. 2002/946, K. 2003/4410, K. T. 22.9.2003, E. T. 23.01.2022; D10.D, E. 1999/2273, K. 2001/3966, K. T. 19.11.2001, E. T. 23.01.2022.

nin somutlaşmasına katkı sunacaktır. Önlemenin en iyi koruma yöntemi olduğundan hareketle tasarlanan ve çevreye yönelik olası zararlara karşı önleyici nitelik arz eden ÇED şu kritik sorulara yanıt vermektedir; bir projenin önerilen haliyle gerçekleşmesinin mümkün olup olmadığı, projenin aynı işleve sahip fakat daha çevre yanlısı alternatiflerinin bulunup bulunmadığı, risklerin neler olduğu, hangi somut tedbirlerin gerektiğidir.[43] Şu halde ÇED sürecinin, ormanların korunması yükümlülüğünün kilit unsurlarından biri olduğunu söylemek mümkündür.

Eleme, kapsamlaştırma ve izleme evrelerinden oluşan ÇED sürecinde ilk aşama; ÇED Raporu hazırlanacak projeler ile hazırlanmayacakların ayrıştığı eleme sürecidir. Faaliyetin büyüklüğü ve önemi gereği ÇED raporuna gereksinim duyulduğunda içeriğin hazırlandığı kapsamlaştırma süreci başlamaktadır. İzleme sürecinde ise ÇED raporunda yer verilen taahhütlerin yerine getirilip getirilmediği takip edilmektedir.[44] Bununla beraber ÇED, karar mercilerinin önündeki seçeneklerin olumlu ve olumsuz yönlerini sergileyen objektif, bilimsel bir yaklaşım olup son karar merci idaredir.[45] İdarenin takdir yetkisinin sınırsız olmadığı göz önüne alındığında, bu sınırın çerçevesinin yasal yükümlülüklerin ışığında objektif kriterle oluşturulması gerektiği açıktır. Fakat ne yazık ki ÇED süreci "ÇED olumlu" ve "ÇED gerekli değildir" kararlarından ibaret bürokratik bir basamak olarak görülmektedir.[46] Üstelik ÇED'in sınırları her mevzuat değişikliğinde tırpanlanmaktadır. ÇED yönetmeliğinde, ilk kez yürürlüğe girdiği 1993 yılından itibaren geçici madde yahut muafiyet yoluyla birçok proje ve faaliyet kapsam dışına çıkarılmıştır. ÇED'in uygulama yönetmeliğinin 7. maddesine göre EK-1 no.lu listesindeki faaliyetler doğrudan ÇED'e tabi iken, EK-2 no.lu listedeki faaliyetler seçme eleme kriterlerine tabi tutulup ancak "ÇED Gereklidir" kararı verilirse ÇED'e tabi olacaklardır. Bu durumda doğrudan ÇED'e tabi olacak ya da seçme eleme kriterlerine tabi olacak faaliyet listelerinin belirlenmesinde idare somut gerekçelere dayanmak zorundadır. Nitekim Danıştay ÇED Yönetmeliği'nde değişiklik yaparak EK-1 listesindeki bazı faaliyetleri EK-2 listesine dahil eden, bazı faaliyetleri ise limit değer öngörülmeksizin ÇED kapsamından çıkaran düzenlemeyi iptal etmiştir. Bu kararın gerekçesinde: *"sınır değerlerin hangi kriterler esas alınarak belirlendiği, bazı projelerin ÇED kapsamından çıkarılmasının nesnel ve teknik gerekçeleri ile bu projelerin çevreye olan etkilerinin değerlendirilmesine yönelik herhangi bir rapor, uzman görüşü ya da somut bilgi ve belge bulunmadığı gibi söz konusu Yönetmelik değişikliğinin hangi AB ÇED Direktifi esas alınarak, ne şekilde yapıldığı konusunda da herhangi bir*

43 Orhan Uslu, "Çevresel Etki Değerlendirmesi Yaklaşımı, Tarihçesi ve Tanımı", *Çevre Üzerine*, Ankara, Türkiye Çevre Sorunları Vakfı, (1991): 157; Nükhet Turgut, *Çevre Hukuku*, (Ankara, Savaş Yayınevi, 2001): 206.

44 Gencay Serter, Türkiye'de Çevresel Etki Değerlendirmesinin Tarihsel Süreçteki Gelişimi, *Planlama,* (1) (2006): 43-44.

45 Uslu, 159.

46 Serter, 50.

hususun dosyada yer almadığı, kaldı ki, dava konusu Yönetmelik değişikliğine ilişkin olarak idarelerce verilen bazı görüşler dikkate alınmadığı gibi, bu görüşlerin neden değerlendirilmediği hususunda herhangi bir açıklamanın da bulunmadığı" hususlarının altı çizilmiştir.[47] Nitekim petrol, jeotermal kaynaklar ve maden arama faaliyetlerinin ÇED kapsamı dışında bırakılmasının Anayasa'ya uygunluğunu inceleyen Anayasa Mahkemesi de bu düzenlemeyi sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkının ihlali olarak görerek iptal etmiştir. Mahkeme'ye göre: *"ÇED kapsamı dışında tutulan arama faaliyetlerinin, biyolojik çeşitlilik üzerinde ya da doğada değişiklikler meydana getirebileceği, bu değişikliklerin uzun dönemli etkilerinin olabileceği, bu nedenle çevre için riskler taşıdığı açıktır. Bu açıdan kural kapsamındaki arama faaliyetinde, mevcut risklerin ortadan kaldırılabilmesi ve önlenebilmesi için ÇED'in öngörülmesi, Anayasa'nın 56. maddesinde Devlete verilen çevrenin korunması yükümlülüğünün bir gereğidir."* Görüldüğü üzere Anayasa Mahkemesi de Danıştay gibi etkin bir denetim için ÇED'i zaruri görmektedir.[48] Bu bağlamda devletin hem önleme hem de denetleme yükümlülüğünün icabını gerektirmesi yönüyle ÇED uygulamasının anılan eksiklikler doğrultusunda iyileştirilmesi, devletin koruma yükümlülüğünün yerine getirilmesi için önemli bir gerekliliktir.

1. Bina ve Tesis İnşası

Kamu yararı ve zorunluluk kriterlerinin yerine getirilmesi kaydıyla, Anayasamızın 169. maddesi uyarınca devlet ormanı sayılan yerlerin ormancılık dışı amaçlar için tahsisi mümkündür. Ormanlar üzerinde bina ve tesis inşası bu tahsisin sık görülen uygulamalarından biridir. Orman Kanunu'nun 17. maddesi kural olarak ormanlar üzerinde her türlü yapılaşmayı yasaklamış, işgal ve faydalanma eylemlerine karşı koruyucu güvencelere yer vermiştir. Bununla beraber bu kurala istisna getirilmiştir. Buna göre ormanlar üzerinde kurulacak bina ve tesis inşasına yönelik irtifak hakkı: savunma, ulaşım, enerji, haberleşme, su, atık su, petrol, doğalgaz, altyapı, katı atık bertaraf ve düzenli depolama tesisleri; baraj, gölet, sokak hayvanları bakımevi ve mezarlıklar; devlete ait sağlık, eğitim, adli hizmet ve spor tesisleri; ceza infaz kurumları, Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü'nce yapılacak spor tesisleri, Savunma Sanayii Başkanlığı'nca yapılacak savunma maksatlı tesisler ve müştemilatı, köye ve bağlı yerleşim birimlerine yönelik yol, su, atık su, gölet, mezarlık ve altyapı hizmetlerinin yerine getirilmesi maksatlı yapılar, devlet yükseköğretim kurumlarınca eğitim ve araştırma maksatlı tesisler ve

47 D14.D, E. 2015/592, Y.D. kararı, E. T. 23.01.2022, https://www.tmmob.org.tr/sites/default/files/danistayweb_opt.pdf.

48 AYM Kararı, E. 2006/99, K. 2009/9, K. T. 15.01.2009, E. T. 23.01.2022; 1993-2019 yıllarına ilişkin istatistik verileri uyarınca, ÇED'e tabi projelerin %99'u hakkında "ÇED olumlu", seçme eleme kriterlerinin uygulandığı projelerin %98'inde "ÇED Gerekli Değildir" kararı verilmiştir. Çevre ve Şehircilik Bakanlığı, E. T. 26.01.2022, https://webdosya.csb.gov.tr/db/ced/menu/ced-kar ar-1993-2019_10022019_20200210095300.pdf.; Diğer yandan Dünya Çevresel Performans Endeksi 2020 yılı verilerine göre Türkiye 180 ülke içinde 108. sıradadır. Environmental Performance Index, E. T. 26.01.2022, https://epi.yale.edu/epi-country-report/TUR.

yurtlar, karayollarındaki ulaştırma yapıları, hizmet ve bakım işletme tesisleri, yol ve su hatlarının yapımından çıkan kazı fazlası malzemenin depolanacağı alanlar olarak düzenlenmiştir. Ormanlar üzerindeki yapılaşmaya ilişkin irtifak hakkının kapsamı Orman Kanunu'nun 17. Maddesinin Üçüncü Fıkrasının Uygulanması Hakkında Yönetmelik'te detaylıca ele alınmıştır. Bununla beraber sözü geçen yönetmeliğin geçirdiği değişiklikler göz önünde bulundurulduğunda ormanlar üzerindeki yapılaşmanın her bir yönetmelik değişikliğiyle zaman içinde artırıldığı göze çarpmaktadır. Nitekim kanun koyucu istisna hükümlerine 18. madde ile devam etmiş, devlet ormanları üzerinde: *"arkeolojik kazı ve restorasyon yapılmasına ve bu alanların kullanımına, tarihi eserlerin restorasyonu ve korunması için gerekli tesislere, odun kömürü, terebentin, katran, sakız gibi işletilmesinde ağaç kullanılan ocakların açılmasına, orman içi su kaynakları kullanılarak balık üretim yerleri kurulmasına (...) ve göl, baraj ve deniz yüzeyinde yapılan balık, midye ve istiridye üretimi için karada yapılması mecburi tesislere ve yeraltında depolama alanı kurulmasına; bozuk orman alanlarında orman bitkisi fidanlıkları kurulmasına, mantar ve tıbbi aromatik bitki yetiştiriciliğine, orman alanlarından üretilen odun dışı ürünlerin mamul ya da yarı mamul olarak işlenmesi amacıyla tesis kurulmasına"* izin vermiştir. Bahsi geçen istisnaların kapsamının genişliği göz önüne alındığında, ormanların başka bir amaca tahsisi için aranan "kamu yararı" ve "zorunluluk" ölçütlerinin ormanlar üzerindeki yapılara yönelik irtifak hakkının kurulması yönünden önemi ortaya çıkmaktadır. Nitekim Anayasa Mahkemesi'nin değerlendirmelerine bakıldığında bahsi geçen unsurların *"öncelikli"* kamu hizmetlerine ilişkin bina ve tesis kurulması olarak kabul edildiği görülmektedir. Bu öncelik ise şüphesiz, bahsi geçen yapı ve tesislerin orman dışında yer alma imkanının olmamasıdır.[49] Anayasa Mahkemesi'nin devlet ormanlarında balık üretmek üzere tesis kurulmasını, devlet ormanlarında gerçekleştirilmesine izin verilebilecek zorunlu bir faaliyet olmadığı gerekçesi ile anayasaya aykırı bulan 16.07.2020 tarihli kararı göz önünde bulundurulduğunda,[50] üstün kamu yararı ve zorunluluk kriterlerinin sağlanıp sağlanmadığı her somut olay için ayrıca değerlendirilmeli ve kriterler sağlanmadığında yargı mercilerince iptal edilmelidir.

2. Turizm

Ormanlar üzerinde kurulabilecek bir diğer irtifak turizm yatırımlarına ilişkindir. Ormanların turizm yatırımlarına tahsisini düzenleyen 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu, turizm bölgesi olarak seçilen alan ve yörelerde yer alan devlet ormanlarının Turizm Bakanlığı'na tahsis edilmesine imkan tanımaktadır. Ülkemizde, turizmin kalkınma açısından bir kamu yararı teşkil ettiği hususunda içtihat oluşmuştur. Bununla beraber ormanların orman olarak kalmalarının sağlayacağı kamu yararı ile, ormanların turizme tahsisinin sağlayacağı kamu yararı arasında hangi-

[49] AYM Kararı, E. 2004/67, K. 2007/83, K. T. 22.11.2007, E. T. 23.01.2022.

[50] AYM Kararı, E. 2018/104, K. 2020/39, K. T. 16.07.2020, E. T. 15.07.2022.

sinin tercihe şayan olduğu ise kuşkusuz anayasal sınırlar dahilinde, yasal düzenlemeler ışığında ve her somut olaya özgü olarak ayrı ayrı ele alınması gereken bir durumdur. Nitekim Orman Kanunu'nun ve Turizmi Teşvik Kanunu'nun serüveni, konunun serencamına ilişkin önemli ipuçları barındırmaktadır. 6831 sayılı Orman Kanunu'nun değişiklik öncesi 17 madde 3. fıkrası *"Turizm alan ve merkezleri dışında kalan Devlet ormanlarında kamu yararına olan her türlü bina ve tesisler için gerçek ve tüzelkişilere, Tarım Orman ve Köyişleri Bakanlığınca bedeli karşılığı izin verilebilir."* demek suretiyle ormanların bedeli karşılığında tahsisi için sadece kamu yararının varlığını yeterli kılmıştır. Ancak Anayasa Mahkemesi'ne göre; maddede geçen *"kamu yararı"* kavramının hangi durumları kapsadığının yasayla belirlenmesi gerekirken, kapsam ve içeriğinin tespitinin idareye bırakılması, yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine ve Anayasa'nın 169. maddesine aykırılık teşkil etmiştir. 6831 sayılı Orman Kanunu'nun 17. maddesinin üçüncü fıkrasının bahsi geçen gerekçeyle iptalinin ardından ormanların turizme tahsisine ilişkin tek kanun Turizmi Teşvik Kanunu olmuştur. Yasakoyucu bu kanunun ilk halinde ormanların turizme tahsisini *"Hazineye ait olan yerlerle ormanlar, ilgili kuruluşlarca Bakanlığa tahsis edilir."* şeklinde oldukça genel bir çerçeve çizmek suretiyle düzenlemiştir. Maddeye göre, ormanların yatırımcılara tahsis işlemi ve üzerinde irtifak hakkı kurma yetkisi Kültür ve Turizm Bakanlığı'nın tasarrufunda olacak ve ilgili ayrıntılı hususlar bir idari düzenleyici işlemle kurala bağlanacaktır. Anayasa Mahkemesi hükme ilişkin değerlendirmesinde bir yandan turizme teşviğin bir kamu yararı teşkil ettiğini belirtmiş, diğer yandan da yasama organının *"ormanların korunması ve sahalarının genişletilmesi için gerekli kanunları koymak ve tedbirleri almak"* yükümlülüğü olduğunu beyan etmiştir. Mahkeme bahsi geçen düzenlemeyi ormanların turizm yatırımlarına tahsisinin hangi hallerde kaçınılmaz veya zorunlu sayılabileceğine dair herhangi bir ölçüte yer vermemesi nedeniyle idareye çok geniş bir takdir sahası bıraktığı için yükümlülüğün ihlali olarak değerlendirmiştir. Mahkeme'ye göre ülkemizde orman varlığı sürekli tehdit altındadır. Bu gerçek karşısında anayasa koyucu ormanların korunması ve geliştirilmesi için ayrıntılı hükümler düzenlemek suretiyle konuya özel önem atfetmekte ve yasama organına ormanların korunması ve geliştirilmesi için gerekli kanunları koymak ve tedbirleri almak şeklinde bir görev ve sorumluluk yüklemektedir. Sözü geçen yasa metninde, ormanların turizme tahsisinin hangi hallerde kaçınılmaz olduğuna ilişkin ölçüt ve sınırlara yer verilmediğini kaydeden Mahkeme, bu görev ve sorumluluğun yerine getirilmediği gerekçesiyle ilgili kanun hükmünü Anayasa'nın "Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinindir. Bu yetki devredilemez." hükmüne ve 169. maddesine aykırı bulmuş ve iptal etmiştir.[51]

[51] Mahkeme, kararında ormanların uzun dönemli "yaşamsal kamu yararı" arz ettiğine dikkat çekerek anayasa koyucunun ormanların devletçe korunmasına özel önem atfettiğini ifade etmiş ve ülkemizde ormanların sürekli yok edildiğini kaydetmiştir. AYM Kararı, E. 2006/169, K. 2007/55, K. T. 07.05.2007, E. T. 23.01.2022.

Mahkeme'nin bu kararı doğrultusunda kanun metni 5761 sayılı yasayla yeniden düzenlenmiştir. Güncel hüküme göre:

"(l) Hazineye ait olan yerler Maliye Bakanlığınca, Bakanlığa tahsis edilir. Hazine adına tescili yapılmamış Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki yerlerle, kapanan yollar ve yol fazlalarının resen tescili, talep tarihinden başlayarak en geç bir ay içinde tamamlanır. Hazine mülkiyetinde yeterli alanın bulunmadığı durumlarda, 6831 sayılı Orman Kanununa göre orman sayılan yerlerden;

"a) Sağlık turizmine yönelik fizik tedavi tesisi veya rehabilitasyon merkezi tesislerini kapsayan konaklamalı tesisler yapılabilmesi için iklimsel ve çevresel zorunluluk bulunan,

b) Termal turizmine yönelik jeotermal kaynakları bulunan,

c) Kış turizmi kapsamında uygun yapı ve tesislerin yapılabileceği yeterli pist uzunluğunu ve gerekli rakımı sağlayan,

d) Eko-turizm kapsamında yer alan yayla turizmi, kırsal turizm ve benzeri turizm türlerine yönelik tesislerin yer alabileceği çevresel ve sosyal anlamda imkan sağlayan,

e) Golf turizmine yönelik olarak uygun iklim yapısı ve topografik özellikler dikkate alınarak uluslararası standartlara uygun tesisler gerçekleştirilmesine imkan sağlayan,

f) Kıyıların coğrafi ve fiziksel yapısı nedeniyle kumsallardan, doğal manzaradan, çevresel zenginlikten, biyolojik çeşitlilikten yararlanma bakımından alt yapı ve üst yapı tesisi konusunda kolaylık sağlayan,

g) Kruvaziyer ve yat gibi deniz turizmine yönelik olarak kıyıdan başka bir yerde gerçekleştirilmesi mümkün olmayan,

h) Uluslararası yarışmaların yapılabileceği turizm amaçlı spor tesisleri yapılabilmesi için uygun iklim yapısı veya coğrafi özellikler sağlayan,

yerler talep tarihinden başlayarak en geç bir ay içerisinde Çevre ve Orman Bakanlığınca, Bakanlığa tahsis edilir."

Yeni düzenleme ile anlaşılmaktadır ki, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararının gerekçesi göz önünde bulundurulmuş ve ormanların turizme tahsisi konusunda bazı kıstas ve sınırlamalar getirilmiştir. Buna göre ormanlar sadece madde metninde sayılan turizm faaliyetleri söz konusu olduğunda tahsis edilebilecektir. İlaveten herhangi bir bölgedeki değil, sadece kültür ve turizm koruma ve gelişim bölgesi veya turizm merkezi olarak ilan edilmiş olan yerlerdeki orman arazilerinin tahsisi olanaklı kılınmıştır. Bunun yanı sıra turizm yatırımları için öncelikli olarak hazine arazilerinin kullanılması, hazine mülkiyetinde yeterli alanın bulunmaması halinde ormanların turizme tahsisinin mümkün olması Anayasa

Mahkemesi'nin kararı ile uyumlu, yerinde bir değişiklik olmuştur. Ayrıca turizm yatırımları için tahsis edilecek orman alanı miktarı için il genelindeki orman sayılan yerlerin *"binde beşini";* yapılaşmaya esas inşaat hakkının emsal (E) 0.30'u geçmemesi şartının getirilmesi ormanlara yönelik tahribatı engellemeye yönelik önemli bir adımdır.[52] Nitekim kanun bu haliyle yeniden Anayasa Mahkemesi'nin önüne gelmiş, Mahkeme bu düzenlemelerin kamu yararı ve zorunluluk ölçütlerini karşıladığı sonucuna varmış ve iptal talebini reddetmiştir.[53] Oysa her ne kadar yeni düzenleme ile daha spesifik bir hüküm ortaya konmuş olsa da, tahsis kriterlerinin ve "yeterli alan" kavramının sübjektifliği, öngörülen turizm faaliyetlerinin genişliği, Anayasa Mahkemesi'nin evvelen iptal gerekçesinde yer verdiği zorunluluk kriterine ilişkin tartışmaları yeniden gündeme getirmektedir. İlaveten, gördüğü ekolojik işlevler nedeniyle kesinlikle korunması gereken orman ekosistemlerinin de turizm yatırımlarına tahsis edilebilecek olması, ender ve/veya geleceği tehlike altındaki özel orman ekosistemlerinin kaybedilmesine zemin hazırlamaktadır. Benzer bir yaklaşım 2634 sayılı Kanun'un 8. maddesinin "A" fıkrasında da görülmektedir. Buna göre: *"Turizm yatırımı için tahsis edilen orman alanının üç katı kadar alanın ağaçlandırma bedeli ve ağaçlandırılan bu alanın üç yıllık bakım bedeli, yatırımcı tarafından Orman Genel Müdürlüğü hesabına, doğrudan belirtilen ağaçlandırma ve bakım işlerinde kullanılmak şartıyla gelir olarak kaydedilir ve kaydedilen tutar karşılığı ödenek öngörülür. Belirtilen bedelin yatırılmadığının tespiti halinde, yatırımcıya turizm yatırımı veya işletmesi belgesi verilmez."* Bu düzenleme bir yandan ormanı ağaca indirgemesi yönüyle, diğer yandan da kaybedilecek bitki ve hayvan türlerinin her zaman geri kazanılabileceği yanılsaması içermesi yönüyle eleştirilmektedir. Orman ekosisteminin bir bütün arz etmesinin, ender ve geleceği tehlikede olan bitki ve hayvan türlerinin kaybı ve ağaçların yetiştirildikleri bölgelere uyum sağlayamaması ihtimallerinin göz ardı edilmesi, devletin ormanların korunması yükümlülüğünün ihlalini gündeme getirmektedir.[54] Nitekim 2021 yılında 7334 sayılı Kanun ile Turizm Teşvik Kanunu'nda yapılan değişiklikler de benzer tartışmaları beraberinde getirmiştir. Kültür ve Turizm Koruma ve Gelişim bölgeleri ve Turizm Merkezleri ilan etme yetkisini cumhurbaşkanına veren Kanun'un yeni 8. maddesine göre: *"Kültür ve turizm koruma ve gelişim bölgeleri ve turizm merkezleri ile bu bölge ve merkezlerin dışında olmakla birlikte denize kıyısı olan ilçelerde, Millî Parklar Kanunu gereğince tespit ve ilân edilen yerlerde, ilgili Bakanlıkça belirlenen ve üzerinde konaklama tesisi bulunan veya konaklama tesisi yapılması uygun görülen alanları yatırımcılara tahsis etmeye sadece Bakanlık yetkilidir. Bu yerlerde lüks çadır, çadır ve karavan alanı yapılması ve işletilmesi amacıyla yapılacak kiralamalar*

[52] Aksi görüş için bkz. Aynur Aydın, Özhan Türker, "Orman Alanlarının Turizme Tahsisinde Hukuki Süreç", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi,* Cilt 35, Sayı 160, (2022): 142.

[53] AYM Kararı, E. 2008/51, K. 2011/46, K. T. 10.03.2011, E. T. 15.07.2022.

[54] Çağlar, 169.

hariç ilgili kurumlarca konaklama içeren tesis yapılması amacıyla kiralama veya tahsis yapılamaz, izin verilemez". Hükümden anlaşıldığı üzere değişiklikle birlikte hem turizm alanlarında hem de bu alanların dışında kalan deniz kıyısındaki ormanların turizm amaçlı tahsisine izin verilmiştir. Bunun yanı sıra *"turizm merkezi"* tanımının kamu yararı olduğundan bahisle orman vasfını taşıyan yerleri de kapsayacak şekilde genişletilebilmesi, bir başka ifadeyle ormanların doğrudan ve koşulsuz olarak turizm merkezi olarak belirlenmesi hususunda idarenin yetkili kılınması, Anayasa'nın 169. maddesinde belirtilen "orman alanlarının daraltılamayacağı" ilkesine aykırılık arz etmektedir.[55]

3. Madencilik

Ormanların ormancılık dışında özgüleneceği bir diğer saha da madenciliktir. Ülkemizdeki maden rezervlerinin büyük bir kısmının ormanlık alanlarda bulunması nedeniyle orman alanları içinde gerçekleşen maden arama ve işletme faaliyetleri son yıllarda sıkça tartışma konusu olmaktadır. Anayasa Mahkemesi'ne göre: "*Madencilik sektörü, istihdamı yoğun bir sektör olması, hizmet ana ve yan sanayi sektörlerini teşvik etmesi, bölgesel ve yerel kalkınmayı ön plana çıkararak hem işsizliği önlemesi hem de göçü azaltması ve yeraltından çıkarıldığı anda yüzde yüz katma değer yaratması gibi özellikleri nedeniyle ülke kalkınmasında büyük rol oynamaktadır. Madencilik sektöründe yer seçme şansının olmaması nedeniyle madenlerin oluştukları yerde üretilmesi zorunlu bulunmaktadır.*"[56] Bununla beraber madencilik yapılan orman sahalarında, orman arazisi, orman yolları, ağaçlar ve ekosistem zarar görmektedir. Bu nedenle ormanlar üzerinde irtifak hakkı tesisi için aranan kamu yararı ve zorunluluk koşulu madencilik için de aranmaktadır. Nitekim Anayasa Mahkemesi'nin karar seyri, her somut olayda devlet ormanı üzerinde madencilik yapılması ile meydana gelecek kamu yararı ile ormanın orman olarak korunmasındaki kamu yararı ağırlığının karşılaştırılmasını ve üstün olan kamu yararının tercih edilerek ona göre izin verilmesini gerektirmektedir.[57] Bakanlığın izin verme hususundaki takdir yetkisinin kamu yararı, işin niteliği, ormanların korunması ve bu sahalara dair ihtiyaç gibi objektif kıstaslar açısından değerlendirilmesi gerektiğini kaydeden Danıştay, yapılacak maden tesislerinin orman dışında yapılmasının mümkün olup olmadığına ilişkin zaruret halinin varlığına ilişkin somut tespitlerin yokluğu nedeniyle verilen izin kararını iptal etmiştir.[58] Keza, konuya ilişkin temel mevzuattan biri olan Maden Kanunu'nun orman

---

55 Aydın, Türker, 148. "Turizm Merkezleri: Kültür ve turizm koruma ve gelişim bölgeleri dışında kalmakla birlikte, bu bölgelerin niteliğini taşıyan, turizm hareketleri ve faaliyetleri açısından öncelikle geliştirilmesinde kamu yararı bulunan orman vasıflı olanlar dâhil Hazine taşınmazları ile tescili mümkün olan Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki yerlerde yeri, mevkii ve sınırları Cumhurbaşkanı kararıyla tespit ve ilân edilen alanları" ifade eder. Turizm Teşvik Kanunu m.3.

56 AYM Kararı, E. 2010/85, K. 2012/13, K. T. 26.01.2012, E. T. 23.01.2022.

57 AYM Kararı, E. 2010/85, K. 2012/13, 26/1/2012, E. T. 15.07.2022.

58 D8.D, E. 2017/4562, K. 2019/1641, K. T. 07.03.2019, E. T. 15.07.2022.

alanları başta olmak üzere bütün doğal kaynakları madencilik faaliyetlerine açan ve esasların Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılacak bir yönetmelikle belirleneceğine ilişkin 7/1. Maddesi 2009 yılında Anayasa Mahkemesi tarafından Anayasa'ya aykırı bulunarak iptal edilmiştir. Madencilik faaliyetlerinin yürütülmesine ilişkin esasların yasada düzenlenmesi gerekliliğini gerekçe gösteren Mahkeme'nin bu kararı üzerine Maden Kanunu'nun *Madencilik faaliyetlerinde izinler* başlıklı 7. maddesi, devlet ormanları içinde yapılacak maden arama ve işletme faaliyetleri için 6831 sayılı Orman Kanunu'nu yetkili kılmıştır. Şu halde madenciliğe ilişkin orman izni başvuruları Orman Kanunu ve Orman Kanunu'nun 16. maddesinin uygulama yönetmeliğinde yer alan hükümlere göre değerlendirilecektir. Buna göre Orman Kanunu m.16 uyarınca: *"Devlet ormanları içinde maden aranması ve işletilmesi ile madencilik faaliyeti için zorunlu; tesis, yol, enerji, su, haberleşme ve altyapı tesislerine, fon bedelleri hariç, bedeli alınarak Çevre ve Orman Bakanlığınca izin verilir. Ancak, temditler dahil ruhsat süresince müktesep haklar korunmak kaydı ile Devlet ormanları sınırları içindeki tohum meşcereleri, gen koruma alanları, muhafaza ormanları, orman içi dinlenme yerleri, endemik ve korunması gereken nadir ekosistemlerin bulunduğu alanlarda maden aranması ve işletilmesi, Çevre ve Orman Bakanlığının muvafakatine bağlıdır."*

Anayasa Mahkemesi kararlarından anlaşılmaktadır ki, devlet ormanlarının bedelsiz ve kontrolsüz olarak madencilik faaliyetlerine tahsis edilmemesini temel kriter olarak ele alan Mahkeme, yürürlükteki mevzuat uyarınca ormanlar üzerinde madencilik faaliyetleri lehine irtifak hakkı kurulması hususunda kamu yararı ve zorunluluk kriterlerinin sağlandığı kanaatindedir.[59] 6831 sayılı Orman Kanunu'nun 16. maddesine ve bu maddenin yönetmeliğine göre esas olan, madencilik faaliyetleri esnasında ormanların en az zarar görmesini sağlamaktır. Bununla beraber kanunun Anayasa'ya aykırı olduğu iddiasının temel argümanlarından biri yer altı madencilik faaliyetlerinin yeraltının ekosistemine ve yaban hayata verdiği kalıcı zarar ve yerüstü tesisleri veya galeri ağızlarının yarattığı kalıcı tahribattır. Bu zararı en aza indirmek amacıyla, madencilik faaliyetleri için alınan ÇED raporlarında ekolojik ve biyolojik zenginliğin ayrıntılı olarak ortaya konulması ve madencilik faaliyetlerinin getirisi ile ormanın uğrayacağı zararın sosyal etki değerlendirmesi ve ekonomik analizinin yapılması şarttır. İlaveten maden çalışmalarının sürdürüldüğü sahalarda düzenli olarak denetlemeler yapılmalı, şartlara uyulmadığının tespiti halinde faaliyetler durdurulmalı, verilen izin geri alınmalıdır.[60] Maden işletmeciliğine tahsis edilen ormanların zarar görmesi sonrasında ortaya çıkan rehabillitasyon gereği, AY m.169'daki ormanların korunması yükümlülüğünün bir uzantısıdır. Nitekim Orman Kanunu m.16, *"iznin*

[59] AYM Kararı, E. 2019/47, K. 2021/16, K. T. 04.03.2021, E. T. 15.07.2022.

[60] Ali Osman Sezer, Gökçe Gençay, "Devlet Ormanlarında Verilen Maden İzin Sürecinin İncelenmesi, (Eskişehir Orman Bölge Müdürlüğü Örneği)", *Bartın Orman Fakültesi Dergisi,* 19 (1), (2017): 215.

başlangıcından sona ermesine kadar geçen sürede, izin alanının; çevre emniyetinin sağlanarak, rehabilitasyon projesine uygun olarak ıslah edilmesini, orman ekosisteminin tesisi amacıyla ağaçlandırma ve silvikültür teknikleri kullanılarak çevreye uyumlu hale getirilmesi"[61] olarak tanımlanan rehabilitasyonu öngörmüştür. Bununla beraber her ne kadar rehabilitasyon şartı kanunda yer alsa da, ÇED raporunda bir zorunluluk olarak düzenlenmemesi önemli bir eksikliktir. ÇED sürecinin rehabilitasyonu içermesi, bu etkinliklerin idarenin sıkı denetimi ve gözetimi altında yapılması ve rehabilitasyon planlarının sırf ağaçlandırmayı değil orman ekosistemininin bir bütün olarak sürdürülebilirliğini amaçlaması, anayasanın öngördüğü ormanların koruma yükümlülüğünün bir gereğidir.[62]

B. ORMAN YANGINLARI

Orman yangınlarıyla ilgili koruyucu hükümler, 1982 Anayasası'nın 169. maddesinde yer bulmuştur. Yanan ormanların yerinde yeni orman yetiştirileceğini kaydeden anayasa koyucu, ormanlara zarar verebilecek hiçbir faaliyet ve eyleme müsaade edilmeyeceğini belirtmiş ve ormanları yakma suçunun genel af ve özel af kapsamına alınmayacağını düzenlemiştir. Bununla beraber Türkiye'de 2011-2020 döneminde meydana gelen 22 bin 912 orman yangınında 69 bin 983 hektarlık orman zarar görmüştür.[63] Orman yangınlarının olumsuz etkilerinin başında insan sağlığı ve güvenliğinin bozulması, hava ve su kirliliği, yangına duyarlı veya yangına dayanıklı ekosistemlerde biyolojik çeşitlilik kaybı, saha bozulması, çölleşme, toprak erozyonu ve karasal karbonun tükenmesi gelmektedir.[64] Şu halde orman yangınlarıyla mücadele çevreyi ve ormanları koruma yükümlülüğünün bir gereğidir. Nitekim 6831 sayılı Orman Kanunu ile devlete orman yangınları ile ilgili olarak birtakım sorumluluklar yüklenmiştir. Buna göre: *"Orman idaresi, orman yangınlarını önlemek ve söndürmek maksadıyla her türlü hizmeti yapar veya yaptırır." "Orman idaresi yangınları önlemek maksadiyle en çok beş yılda tahakkuk ettirilecek bir plan ve program dahilinde yangın emniyet yolları ve yangın kule ve kulübeleri yapmak ve bunları idare merkezlerine telli ve telsiz telefonla bağlamakla mükellef olduğu gibi yangın tehlikesinin fazla olduğu mıntakalarda yangın mevsimine munhasır olmak üzere lüzum gördüğü yerlerde ve yeter miktarda yangın söndürme alet ve malzemesini havi motorlu vasıtalarla teçhiz ve takviye edilmiş yangın ekipleri bulundurur. Orman yangınlarını önleme ve orman yangınlarıyla mücadele harcamaları için Orman Genel Müdürlüğü Katma Bütçesine yeterli miktarda ödenek konulur."*

---

61 Orman Kanunu'nun 16'ncı Maddesinin Uygulama Yönetmeliği, m.3/gg.

62 Akmaz, 186-188.

63 Orman Bölge Müdürlüğü, Resmi İstatistikler, E. T. 05.02.2022, https://www.ogm.gov.tr/tr/e-kutuphane/resmi-istatistikler.

64 Elisa Morgera, Maria Teresa Cirelli, *Forest fires and the law: A guide for national drafters based on the Fire Management Voluntary Guidelines*, FAO Legislative Study 99, (2009): 3.

Konuya ilişkin bir diğer düzenleme ise 285 Sayılı Orman Yangınlarının Önlenmesi ve Söndürülmesinde Uygulama Esasları Tebliği'dir. Orman idaresi orman yangınlarına ilişkin temel hususları bu tebliğ çerçevesinde icra etmektedir. Buna göre yangınla mücadele; yangını önleme, yangını yönetme ve yangın sonrası olmak üzere üç aşamalı bir süreç olarak öngörülmüştür. Tebliğ'de orman yangınlarıyla mücadelede koruyucu tedbirler olarak; halkın eğitimi, halk orman ilişkilerinin düzenlenmesi, milli orman yangını koruma programının oluşturulması ve uygulanması, kamu kuruluşları ile yapılacak yardımlaşma ve işbirliğine ilişkin hususların belirlenmesi ve valiliklerce orman yangını çıkma ihtimalinin fazla olduğu kurak aylarda valilikten alınacak onayla ormana giriş çıkışlar kısıtlanması, gerektiğinde tamamen yasaklanması gibi tedbirler öngörülmüştür. Tebliğin orman yangınları ile mücadelede önleyici tedbirler başlığı altında ise; yangın alanlarının sınıflandırılarak tehlikenin derecesine göre önlem alınması, yangın tehlikesinin azaltılması, ağaçlandırma ve silvikültür tedbirleri, orman yangınlarının gözetlenmesi ve etkili haberleşme, yangın söndürme ekipleri ve ekipmanları ve yangın emniyet yolları açılması tedbirleri öngörülmüştür. Tebliğde yer alan önemli yükümlülüklerden biri de son orman yangınlarında sıkça tartışmalara konu olan orman yangınlarına havadan müdahaledir. Yangınların derecesine göre planlanan müdahale ekiplerinin hem karadan hem de havadan gerekli teçhizatlarla müdahale edeceğini kaydeden düzenleme, havadan müdahale için Türk Hava Kurumu'ndan kiralanan tarım ilaçlama uçaklarını öngörmüştür. Buna göre: "*Uçakların tamamı, bakımları yapılmış, ikmalleri tam bir tanesi su dolu olarak bekleyeceklerdir*." "*Uçaklar normal durumda 15 dakikada, kritik durumda 8 dakikada, alarm durumunda 5 dakikada kalkacak şekilde, hava ve alan servisi hazır olacaktır.*"[65]

İlgili mevzuat hükümlerinden açıkça anlaşıldığı üzere; ormanları yangınlara karşı korumak devletin sorumluluğundadır. Yangınların önlemeye yönelik koruyucu tedbirlerin alınması, yangın çıktıktan sonra ise yangının en kısa sürede söndürülmesi için gerekli olan müdahale araçlarına sahip olunması, devletin ormanlara ilişkin sorumluluğunun bir gereğidir. Şu halde orman yangınlarıyla mücadeleden sorumlu devlet kurumu olan Orman Genel Müdürlüğü'ne orman yangılarıyla mücadele için yeterli miktarda ödenek ayrılmaması, Anayasa'dan ve kanundan kaynaklanan bir sorumluluğun yerine getirilmemesi olacaktır. Bilindiği üzere Anayasa'nın 125'inci maddesi gereği, idare eylem ve işlemleri sonucunda meydana gelen zararlardan sorumludur. Fakat doğal afetin bir mücbir teşkil etmesi durumunda yani doğal afetin "dışsal", "öngörülemez" ve "önlenemez" olması halinde idarenin sorumluluğu söz konusu olmamaktadır.[66] Bununla be-

[65] Orman Yangınlarının Önlenmesi ve Söndürülmesinde Uygulama Esasları.

[66] Turan Yıldırım, "Danıştay Kararlarında Mücbir Sebep Kavramı", *Marmara Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 25, Sayı 2, (2019): 1524.

raber idare anayasada ve yasada öngörülen bu tedbirleri yerine getirmediğinde öngörülemez veya önlenemez bir afet değil, bir hizmet kusuru söz konusu olacak ve orman yangınları neticesinde meydana gelen zararlardan sorumlu kılınacaktır.

Yangın yönetimi için hesap verebilirliği sağlayan, yangınlardan sonra bir rehabilitasyon planı hazırlama yükümlülüğü öngören ve yeni yangınların önlenmesi için tedbirler içeren bir mevzuat yangın sonrası mücadele sürecinin temel unsurudur.[67] Bu bağlamda alınacak bir diğer önemli tedbir, yanmış alanların başka amaçlarla kullanımına engel olmaktır zira aksi halde, turizm, yerleşim alanı edinme gibi saiklerle orman yangını çıkarılması ihtimali gündeme gelebilecektir. Anayasa koyucumuz bu konuda: *"Yanan ormanların yerinde yeni orman yetiştirilir, bu yerlerde başka çeşit tarım ve hayvancılık yapılamaz."* demek suretiyle bu güvenceyi sağlamıştır. Hükümden de açıkça anlaşıldığı üzere yanan ormanların yerinde yeniden orman yetiştirilmesini engelleyecek hiçbir faaliyete, "*üstün kamu yararı"* olduğu ya da "*orman olarak muhafazasında bilim ve fen bakımından hiçbir yarar görülmemesi"* gerekçe gösterilerek teşebbüs edilemez. Nitekim Orman Kanunu'nun 2. maddesi yanan orman sahalarının orman sınırı dışına çıkarılmasını, 18. maddesi bu sahalarda tesis kurulmasını ve 19. maddesi de bu sahalarda hayvan otlatılmasını yasaklamıştır.

C. ORMAN SAHALARININ GENİŞLETİLMESİ

Ormanların genişletilmesi, hem 1982 Anayasası'nın 56. maddesi uyarınca çevreyi geliştirme, hem de 169. madde uyarınca orman sahalarının genişletilmesi yükümlülüğünün bir gereğidir. Anayasa koyucu devleti yanan ormanlık alanlarda yeni orman yetiştirmekle yükümlü kılmıştır. Devletin orman sahalarını genişletmeye ilişkin aldığı başlıca tedbir özel ağaçlandırma faaliyetleridir. Bunun yanı sıra ülkemizdeki bozuk orman miktarının yüksek olması nedeniyle bunların iyileştirilmesini amaçlayan rehabilitasyon çalışmaları da orman tesisinin önemli bir kısmını oluşturmaktadır. Şu halde ormanların genişletilmesi yükümlülüğünün ormanların hem niceliğinin hem de niteliğinin artırılmasını kapsadığını söylemek mümkündür.[68] 6831 sayılı Orman Kanunu'nun Ağaçlandırma ve İmar İşleri başlıklı 57. maddesine göre: *"Orman sahasını artırmak maksadıyla, orman sınırları içinde yangın ve çeşitli sebeplerle meydana gelmiş açıklıklarda, verimsiz, vasıfları bozulmuş ve amenajman planlarında toprak muhafaza karakteri taşımadığı halde muhafazaya ayrılmış orman alanları ile Devlete ait olup orman yetişme muhiti şartları bakımından elverişli olan yerlerde; köy tüzelkişilikleri ve diğer gerçek ve tüzel kişiler tarafından Orman Genel Müdürlüğünce uygun görülecek planlara göre ağaçlandırma yapılabilir."* Bu yerler için gerekli fidanların ve yardımların bedelsiz sağlanacağını belirten kanun koyucu, ağaçlandırılan sahayı orman halinde koruyup idame ettir-

67 Morgera, Cirelli, 96.

68 Akmaz, 144.

meyenlerden izin haklarının geri alınacağını da kaydetmiştir. Bu durumda ağaçlandırma çalışmaları için yer seçimi, dikilecek ağaç ve ağaççık türlerinin tespiti, oluşturulacak orman ekosisteminden yararlanma biçimi gibi durumlar orman yetkilileri ve özel ağaçlandırma yapacak kişiler arasındaki iş birliğinin önemini gündeme getirmektedir. Nitekim dikim sürecinin ardından bakım çalışmalarının da yapılması önem arz etmektedir. Evvelen gerçekleştirilen ağaçlandırmalar sırasında yanlış tür seçimi, ender yapısal özelliklere sahip kumul ve bozkır ekosistemlerinin kaldırılıp tek türle gerçekleştirilen ağaçlandırmalar telafisi imkansız zararlara sebep olmuştur. "Yaşlı" ve "bozuk" ya da "verimsiz" sayılan ormanların "gençleştirilmesi" ve "bakımı", doğru, tutarlı, bütüncül, uzun vadeli ve işbirliğine dayalı çalışmalar gerektirmektedir.[69] Diğer yandan ilgili hükmün devamında yer alan *"mülkiyeti hazinede kalmak üzere bu ağaçlandırma sonucu meydana gelecek ormandan faydalanma usulü, bu Kanunda yer alan hususi ormanlara ait hükümler göre yürütülür."* ibaresi özel önem arz etmektedir. Şöyle ki özel kişilerin özel ormanları gibi yararlanabilecekleri orman ekosistemi oluşturmalarına ve bu maksatla ağaçlandırma ve tarım yapmalarına imkan tanınması mülkiyet edinmek maksadıyla yangın çıkarma gibi orman suçlarını işleme eğilimini artırabilecektir. Bununla beraber madde metninde yer alan "verimsiz", "vasıfları bozulmuş" tabirleri idare tarafından geniş yorumlanmaya elverişli düzenlemelerdir.[70] Şu halde sözü edilen tabirlerin tanımlanması ve bilimsel kriterlere tabi kılınması, devletin orman sahasının genişletilmesine ilişkin yükümlülüğünün bir unsurudur.

SONUÇ

Türk Anayasa Mahkemesi'nin de kaydettiği üzere, uzun vadeli yaşamsal kamu yararı arz etmesine rağmen ülkemizde ormanlar sürekli yok edilmektedir. Ormanların devlet tarafından korunması ve geliştirilmesi gerek Anayasa'nın 56. maddesinde düzenlenen çevre hakkının gerek Anayasa'nın 169. maddesinde düzenlenen ormanlara ilişkin yükümlülüklerin başlıca gereğidir. Bu hususta devletin temel görevleri olarak; ormanları korumaya yönelik etkin yasal ve idari çerçeve oluşturulması, uygulamanın mevzuata uygun şekilde yürümesinin sağlanması, kendi iş ve eylemleri ile üçüncü kişilerin müdahalelerine karşı orman varlığını korumaya yönelik tedbirlerin alınması ve ihlal halinde tazminin sağlanması sayılabilir.

Türk orman mevzuatı bu çerçevede ele alındığında konunun öncelikle Anayasa akabinde ise Orman Kanunu, Çevre Kanunu, Maden Kanunu, Turizm Kanunu, Ceza Kanunu ve uygulama yönetmelikleri yönüyle incelenmesi gerekir. Mevzuata dair eksiklikler ve uyumsuzluklar ormanların korunması yükümlülüğünün icrasının önündeki başlıca engellerdir. Yıllardır süre gelen mevzuat eksikliği ve düzenlemelerin birbirinden kopuk ve çelişkili olması etkili bir orman politikasının

69 Çağlar, 16.

70 ibid, 364, 374.

icrasını güçleştirmektedir. Orman mevzuatının işlevini ifa edebilmesi için birincil mevzuata ağırlık vermek; düzenlemelerin sıklıkla değiştirilmesinin önüne geçerek tutarlılığa katkı sunacaktır. Sıkça yer verilen istisna hükümleri, geçici maddeler ve çelişkili düzenlemeler mevzuatın bütüncüllüğünü bozan başlıca hususlardır. Şu halde koruma yükümlülüğü kapsamında işler bir mevzuat üretmek için ilk yapılması gereken 1982 Anayasası'nın 169. maddesinin dördüncü fıkrasının ilk üç fıkrası ile uyumunun sağlanmasıdır. Ayrıca yasal orman tarifi keyfilikten uzak, objektif kriterlere dayanarak belirlenmelidir. Orman sınırları dışına çıkarma işlemine ancak istisnai durumlarda başvurulmalı, bunun için aranan bilim ve fen bakımından yarar sağlamama şartı hukuksal ve bilimsel dayanaklara uygun olmalı ve orman sınırları dışına çıkarılan yerlerin mülkiyeti mutlaka devlette olmalıdır.

1937 tarihli 3116 sayılı Orman Kanunu'ndan bugüne dek ormanlar üzerinde kamu yararı amaçlı irtifak hakkı kurulabilmesine olanak tanınmıştır. Ormanların bizatihi kamu yararı niteliği arz ediyor oluşu göz önünde bulundurulduğunda, ormanlar üzerinde irtifak hakkı ancak ormanların orman olarak muhafaza edilmesinin yararından daha üstün bir kamu yararı sağlayacaksa anayasaya uygun olacaktır. Özellikle turizm ve madencilik gibi maddi değeri yüksek faaliyetler söz konusu olduğunda her somut olayda, ormanlık alanda verilen izne konu olan kamu yararı ile ormanın muhafazasındaki kamu yararının karşılaştırılması zorunludur. Bununla beraber kamu yararı kavramının genişliği ve muğlaklığı göz önüne alındığında "zorunluluk" kriteri, ormanları korumada kilit bir rol üstlenmektedir. Zira mevzuat değişikliklerinin tamamına yakını, ormanların tahsis edilebileceği ormancılık dışı faaliyet alanlarını peyderpey genişletmektedir. Bu koşullar altında orman varlığını tehdit eden en önemli mesele olarak ormanların ormancılık dışı faaliyetlere özgülenmesi olduğunu söylemek mümkündür. Ormanların ancak zorunluluk durumunda ormancılık dışı amaçlara tahsis edilmesi Anayasa'nın 169. maddesinin 3. fıkrasında yer alan *"Ormanlara zarar verebilecek hiçbir faaliyet ve eyleme müsaade edilemez."* hükmünün bir gereğidir.

Devletin ormanları koruma ve geliştirme yükümlülüğünün son gereği de orman yangınlarıyla mücadele ve orman varlığının artırılmasıdır. Yangınları önlemeye yönelik koruyucu tedbirlerin alınması, yangın çıktıktan sonra ise yangının en kısa sürede söndürülmesi için gerekli olan müdahale araçlarına sahip olunması devletin anayasal yükümlülüğüdür. İlaveten yanan ormanların yerine yenisi yetiştirilmelidir. Nihai olarak değinilmesi gereken bir husus da Anayasa'nın 169. maddesinin *"kamu yararının gerektirdiği ölçüde"* ormanlara müdahaleye olanak tanıması karşısında ormanların salt 169. madde çerçevesinde ele alınmasının yarattığı sakıncadır. Zira ormanlar yargı mercilerince Anayasa'nın 56. maddesi gereği çevre hakkının bir alt unsuru ele alınırsa, temel hak ve özgürlüklere ilişkin güvenceden de yararlanabilecektir. Böylece ormanlar hem yasama hem idari hem de yargı mercileri nezdinde daha etkili bir güvence olanağına kavuşmuş olacaktır.

KAYNAKÇA

Agenda 21: Programme of Action for Sustainable Development, UN. 1992, E.T. 23.01.2022, https://sustainabledevelopment.un.org/outcomedocuments/agenda21.

Akmaz, Mehmet. Ormanların Korunmasında İdare'nin Yükümlülükleri, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2021.

Algan, Bülent. *Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2007.

Atbaşoğlu, Ferruh. "Ormanlarımızın Anayasa ve Yasalardaki Yeri ve Geleceği". Ed. Sezgin Özden. *İkinci Yeşil Kitap Yeni Anayasada Orman*. Ankara, Türk Ormancılar Derneği Yayını, (2016): 23-33.

Atbaşoğlu, Ferruh, "Görünmeyen Yangın 2/B". *Orman Kadastrosu ve 2/B Sorunu Sempozyumu Bildiriler ve Panel*. İstanbul: Harita ve Kadastro Mühendisleri Odası Yayınları, (2005): 55-72.

Aydın, Aynur ve Türker, Özhan. "Orman Alanlarının Turizme Tahsisinde Hukuki Süreç". *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Cilt 35, Sayı 160, (2022): 125-150.

Aydın, Aynur. *"Anayasa'da Ormancılıkla İlgili Hükümlere Yönelik Bir Görüş"*. Ed. Sezgin Özden. *İkinci Yeşil Kitap Yeni Anayasada Orman*, Türk Ormancılar Derneği Yayını, Ankara, (2016): 35-39.

Bilir, Faruk ve Hamdemir, Berkan. "Çevre Hakkı ve Uygulaması". *International Conference on Eurasian Economies 2011*. Manas University Press, Bişkek, (2011): 143-149.

Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-Making and Access to Justice in Environmental Matters, done at Aarhus, Denmark, on 25 June 1998, E.T. 11.12.2021, https://unece.org/DAM/env/pp/documents/cep43e.pdf.

Convention on Biological Diversity, UN. 1992, E.T. 23.01.2022, https://www.cbd.int/doc/legal/cbd-en.pdf.

Coşgun, Ufuk. "Yeni Anayasa Çalışmaları için Ormanlar ve Ormancılığımıza Yönelik Yaklaşımların Değerlendirilmesi". *Ed. Sezgin Özden, İkinci Yeşil Kitap Yeni Anayasada Orman*. Ankara: Türk Ormancılar Derneği Yayını, (2016): 119-133.

Çağlar, Yücel. *Hukuksal Kıskaçtaki Ormanlar ve Ormancılık (Seçme Tartışmalar)*. Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2014.

Çepel, Necmettin. *Orman ve Biz: Ormanın Tanıtımı, Yararları, Tahribi ve Korunma Çareleri*. İstanbul: TEMA Vakfı Yayınları, 1999.

Çevre ve Şehircilik Bakanlığı, E.T. 26.01.2022, https://webdosya.csb.gov.tr/db/ced/menu/ced-karar-1993-2019_10022019_20200210095300.pdf.

Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment (Stockholm Declaration, 1972), E.T. 01.02.2022, https://legal.un.org/avl/ha/dunche/dunche.html.

Environmental Performance Index, E.T. 26.01.2022, https://epi.yale.edu/epi-country-report/TUR.

Hamamcı, Can. "Çevre Hakkı Üzerine Düşünceler". *İnsan Hakları Yıllığı, C: 5-6*, Ankara: TODAİE Yayınları, (1983-1984): 171-181.

Güneş, Ahmet. *Çevre Hukuku*. İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2015.

Güveyi, Ümit. "1982 Anayasası Kapsamında Çevre Hakkının Karşılaştırmalı Kısa Bir Tahlili". *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 24, S. 2, (Aralık 2018): 633-659.

Kaboğlu, İbrahim. *Çevre Hakkı*. Ankara: İmge Kitabevi, 1996.

Keleş, Ruşen ve Hamamcı, Can. *Çevre Bilim*. Ankara: İmge Kitabevi, 2002.

Korkmaz, Mehmet; Alkan, Hasan ve Akyol, Ayhan. "Yeni Anayasa Hazırlıkları Kapsamında Ormanlar ve Ormancılık". Ed. Sezgin Özden. *İkinci Yeşil Kitap Yeni Anayasada Orman*. Ankara: Türk Ormancılar Derneği Yayını, (2016): 111-118.

Kyoto Protocol to the United Nations Framework Convention on Climate Change, United Nations 1998, E.T. 11.12.2021, https://unfccc.int/resource/docs/convkp/kpeng.pdf.

Masstricht Guidelines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights, Maastricht, January 22-26, 1997, E.T. 02.10.2021, http://hrlibrary.umn.edu/instree/Maastrichtguidelines_.html.

Morgera, Elisa and Cirelli, Maria Teresa. "Forest Fires and the Law: A Guide for National Drafters Based on the Fire Management Voluntary Guidelines". *FAO Legislative Study*, 99, (2009).

Orman Genel Müdürlüğü, Resmi İstatikler, E.T. 05.02.2022, https://www.ogm.gov.tr/tr/e-kutuphane/resmi-istatistikler.

Paris Agreement, United Nations, 2015, E.T. 12.12.2021, https://unfccc.int/sites/default/files/english_paris_agreement.pdf.

Report of the United Nations Conference on Environment and Development, (Rio de Janeiro, 3-14 June 1992), E.T. 23.01.2022, https://www.un.org/esa/dsd/agenda21/Agenda%2021.pdf.

Serter Gencay. "Türkiye'de Çevresel Etki Değerlendirmesinin Tarihsel Süreçteki Gelişimi". *Planlama*, (1) (2006): 43-52.

Yokuş Sevük, Handan. *Çevre Hukuku Doğal Çevrenin Korunması*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2013.

Sezer Ali Osman ve Gençay, Gökçe. "Devlet Ormanlarında Verilen Maden İzin Sürecinin İncelenmesi, (Eskişehir Orman Bölge Müdürlüğü Örneği)". *Bartın Orman Fakültesi Dergisi*, 19 (1), (2017): 204-217.

TMMOB, 2B Sorunu, Gerçekler, Öneriler, Nisan 2006, E.T. 04.01.2021, https://www.tmmob.org.tr/sites/default/files/296c101daa88a51_ek.pdf.

Turgut, Nükhet. *Çevre Hukuku*. Ankara: Savaş Yayınevi, 2001.

Uslu, Orhan. "Çevresel Etki Değerlendirmesi Yaklaşımı, Tarihçesi ve Tanımı". *Çevre Üzerine*. Ankara, Türkiye Çevre Sorunları Vakfı, (1991).

Uz, Abdullah ve Metin, Yüksel. "Normatif İçeriği ve Devletlerin Bu Alandaki Yükümlülüğü Bakımından Yeterli Yaşam Standardı Hakkı". *Uluslararası Asya ve Afrika Çalışmaları Kongresi, ICANAS-38*, S. 2, (2007): 877-900.

World Charter for Nature, E.T. 23.01.2022, UN. General Assembly (37th sess.: 1982-1983).

Yıldırım, Turan. "Danıştay Kararlarında Mücbir Sebep Kavramı". *Marmara Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 25, Sayı 2, (2019): 1520-1538.

Mahkeme Kararları

AİHM, Büyük Daire, Hatton ve diğerleri/Birleşik Krallık, 36022/97, 08.07.2003, par. 96.
AİHM, Hamer/Belçika, 21861/03, 27.11.2007, par. 81.
Anayasa Mahkemesi, E. 2019/47, K. 2021/16, K.T. 04.03.2021, E.T. 15.07.2022.
Anayasa Mahkemesi, E. 2018/104, K. 2020/39, K.T. 16.07.2020, E.T. 15.07.2022.
Anayasa Mahkemesi, E. 2018/104, K. 2020/39, K.T. 16/07/2020. E.T. 14.07.2022.
Anayasa Mahkemesi, E. 2013/89, K. 2014/116, K.T. 03.07.2014, E.T. 12.12.2021.
Anayasa Mahkemesi, E. 2011/110, K. 2012/79, K.T. 24.05.2012, E.T. 12.12.2021.
Anayasa Mahkemesi, E. 2010/85, K. 2012/13, K.T. 26.01.2012, E.T. 23.01.2022.
Anayasa Mahkemesi, E. 2009/31, K. 2011/77, K.T. 12/05/2011, E.T. 11.12.2021.
Anayasa Mahkemesi, E. 2008/51, K. 2011/46, K.T. 10.03.2011. E.T. 15.07.2022.
Anayasa Mahkemesi, E. 2006/169, K. 2007/55, K.T. 07/05/2007, E.T. 23.01.2022.
Anayasa Mahkemesi, E. 2006/99, K. 2009/9, K.T. 15.01.2009, E.T. 23.01.2022.
Anayasa Mahkemesi, E. 2004/67, K. 2007/83, K.T. 22/11/2007, E.T. 23.01.2022.
Anayasa Mahkemesi, E. 2003/100, K. 2004/33, K.T. 17.03.2004, E.T. 23.01.2022.
Danıştay 8. Daire, E. 2017/4562, K. 2019/1641, K.T. 07.03.2019, E.T. 15.07.2022.
Danıştay 14. Daire, E. 2015/592, Y.D. kararı, E.T. 23.01.2022.
Danıştay 6. Daire, E. 2002/946, K. 2003/4410, K.T. 22.9.2003, E.T. 23.01.2022.
Danıştay 10. Daire, E. 1999/2273, K. 2001/3966, K.T. 19.11.2001, E.T. 23.01.2022.
Yargıtay 20. Hukuk Dairesi, E. 2014/6117, K. 2015/15, K.T. 14.01.2015, E.T. 23.01.2022.

İNSAN HAKLARININ KORUNMASI BAĞLAMINDA YAPAY ZEKÂ UYGULAMALARI(*)

Dr. Öğr. Üyesi **Dilara YÜZER ELTİMUR**(**)

Öz

21. yüzyılda yapay zekâ sistemlerinin ve algoritmaların sağlık, eğitim, hizmet, sosyal medya gibi birçok sektörde yaygın kullanımı, sosyal, kültürel, iktisadi ve en çok da hukukî bağlamda sonuçlarının tartışılmasını gerekli kılmıştır. Nitekim insan zekâsının algılama, muhakeme etme ve karar verme gibi başlıca özelliklerini taklit etme yeteneğine haiz şekilde ve temelde insanlığın hizmetine sunulmak üzere geliştirilen yapay zekâ sistemlerinin avantajlarının yanı sıra insan hakları alanındaki etkileri değerlendirildiğinde bazı dezavantajlarının da olduğu tespit edilmiştir. Yapay zekâ alanında kabul edilen uluslararası ve ulusal politika ve strateji belgelerinde her ne kadar insan haklarını koruma yaklaşımı açıkça vurgulanmış olsa da kamu ve özel sektörde giderek yaygınlaşan yapay zekâ uygulamaları, birçok insan hakkını ciddi ölçüde ihlal riskini taşımaktadır. Bu bağlamda özellikle ayrımcılık yasağı ve özel hayata saygı hakkı başta olmak üzere yaşam hakkı, ifade özgürlüğü, adil yargılanma hakkı ihlalleri sıkça gündeme gelmektedir. Çalışmamızda yapay zekâ sistemlerinin günümüzde sebep olduğu ve gelecekte sebep olabileceği öngörülen insan hakları ihlalleri ortaya konup, bu minvalde insan haklarını koruma amacının yapay zekâ sistemleri geliştirilirken ilk planda gözetilmesi ve bu amaca bağlı kalarak sistemlerin işlevselliğinin sağlanması gerekliliği açıklanmıştır. Ayrıca yapay zekâ uygulamaları sebebiyle söz konusu olabilecek insan hakları ihlallerini önlemenin ve insan haklarını korumanın muhatabı olarak devletin yasal, yönetsel ve sosyal alanda alması gereken tedbir ve atması gereken adımlar tartışılmıştır.

Anahtar Kelimeler

Yapay Zekâ, İnsan Hakları, Devletin Yükümlülükleri, Özel Hayata Saygı Hakkı, Ayrımcılık Yasağı, Yaşam Hakkı, İfade Özgürlüğü, Adil Yargılanma Hakkı.

ARTIFICIAL INTELLIGENCE APPLICATIONS IN THE CONTEXT OF THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS

Abstract

The widespread use of artificial intelligence systems and algorithms in many sectors such as health, education, service, and social media in the 21st century necessitated the discussion of its results in social, cultural, economic and mostly legal context. As a matter of fact, in addition to the advantages of artificial intelligence systems, which have the ability to imitate the main features of human intelligence such as perception, reasoning and decision-making, and basically to be offered to the service of humanity, it has been determined that there are some disadvantages when their effects in the field of human rights are evaluated. Although the approach to protect human rights is emphasized

(*) Makalenin Dergiye Geliş Tarihi: 04.08.2022 - Makalenin Kabul Edildiği Tarih: 18.10.2022, DOI No: 10.54704/akdhfd.1155778.

Bu çalışma, Akdeniz Üniversitesi'nde 04-06 Temmuz 2022 tarihleri arasında gerçekleştirilen *Uluslararası Akdeniz Hukuk Kongresi*'nde sözlü olarak sunulan ve Sempozyum Kitabı'nda özeti yayınlanan bildirinin genişletilmiş, geliştirilmiş ve makale formuna dönüştürülmüş halidir.

(**) İzmir Bakırçay Üniversitesi, Hukuk Fakültesi / İzmir-Türkiye.
E-posta: dilara.eltimur@bakircay.edu.tr,
Orcid Id: https://orcid.org/0000-0003-1398-8938.

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

in international and national policy and strategy documents accepted in the field of artificial intelligence, artificial intelligence applications that are increasingly widespread in the public and private sectors carry the risk of violating many human rights. In this context, violations of the right to life, freedom of expression, and the right to a fair trial, especially the prohibition of discrimination and the right to respect for private life, are frequently on the agenda. In this study, the human rights violations that artificial intelligence systems cause today and that are predicted to cause in the future are revealed and it is explained that the aim of protecting human rights should be considered in the first place while developing artificial intelligence systems and the functionality of the systems should be ensured by adhering to this purpose. In addition, as the addressee of preventing human rights violations and protecting human rights due to artificial intelligence applications, the measures and steps that the state should take in legal, administrative and social areas are discussed.

Keywords

Artificial Intelligence, Human Rights, Obligations of the State, Right to Respect for Private Life, Non-discrimination, Right to Life, Freedom of Expression, Right to a Fair Trial.

Extended Abstract

The concept of artificial intelligence, which was first introduced in the 1950s, does not have a single definition agreed upon in the literature. At the present time, this concept is generally used to refer to systems that can automatically mimic human intelligence and iteratively improve themselves through cognitive and autonomous behaviors such as learning, perceiving, reasoning, problem solving, inference and decision making. Today, the increasing use of artificial intelligence systems and algorithms causes great changes in social, cultural, economic and especially legal fields. As a result of the acceleration of the dynamism of technology in the 21st century and the spread of artificial intelligence technology in every field, it is necessary to examine the effects of these systems on human rights. Because impact assessments of artificial intelligence systems often focus on technical issues, their human rights impacts have rarely been evaluated. Therefore, there is a great lack of information about the impact of artificial intelligence systems on human rights. In this process, it is necessary to develop legislation for the creation of artificial intelligence systems with a human rights-based approach and its implementation to serve the purpose of protecting human rights.

The artificial intelligence provides useful technological opportunities for humanity in the fields of education, health, industry, justice and service, but in some cases it carries a serious risk of violating the right to privacy, the protection of personal data, the principle of equality and non-discrimination, freedom of expression, right to life and the right to a fair trial. For this reason, until adequate, functional and effective security measures are taken by public authorities, applications of artificial intelligence systems that pose a risk to human rights, which are not carried out in accordance with international human rights law, should be restricted. In this context, with regard to artificial intelligence applications, the state has obligations to establish legislation and ethical principles, to provide information, to ensure transparency and accountability, to take responsibility, non-discrimination, developing participatory approaches, ensuring debatability, ensuring accessibility, protecting privacy, and building capacity throughout the society.

In order to, draw attention to the danger of human rights violations in the use of artificial intelligence and to prevent human rights violations, many policy and strategy documents have been adopted at both national and international levels. As the most recent example, dated 2021 “Regulation of the European Parliament and of the Council Laying Down Harmonised Rules on Artificial Intelligence (Artifical Intelligence Act) and Amending certain Union Legislative Acts” emphasizes the aim of providing a high level of protection to human rights by considering various sources of risk for fundamental rights. In Turkey, in the “2021-2025 National Artificial Intelligence Strategy”, artificial intelligence values and principles have been determined by focusing on human rights. In addition, in 2021 Human Rights Action Plan, it was specified that measures should be taken with the aim of protecting human rights. At the same time, it was emphasized that artificial intelligence applications should be used in the judiciary in accordance with the principles and recommendations of the Council of Europe and not contrary to the principle of protection of legal guarantees. Nevertheless, it should be emphasized that the speed of the legislative function in the field of artificial intelligence has lagged far behind the speed of development and spread of technology.

In this study focus on basically problematic areas in the protection of human rights in artificial intelligence applications. The first of these is to consider the purpose of protecting and supporting human rights while creating artificial intelligence systems and ensuring that the system basically works by adhering to this purpose. The other one is the

responsibility of the state as the addressee of protecting human rights in case of violation of human rights as a result of artificial intelligence applications. In this context, it is the responsibility of the state to develop legislation specific to the use of artificial intelligence and algorithms to support the protection of human rights, to adopt international principles, to prevent violations, to impose sanctions on those responsible, to eliminate the consequences of violations and to eliminate their effects. For this reason, the effects of using artificial intelligence systems in the context of human rights and the responsibilities of the state in this context should be revealed on the basis of two problematic areas.

GİRİŞ

Dijital devrimin ayrılmaz bir parçası olarak yapay zekâ, 1950'li yıllarda doğmuş ve bugüne değin teknolojisi ve kullanım alanı sürekli şekilde gelişerek günlük hayatımızın birçok alanında yer etmiş bir uygulamadır. 21. yüzyılda yapay zekâ araştırmaları, insanoğlunun hem doğayı hem de kendi bilişsel yeteneklerini anlama ve tıpkısını uygulama çabasında önemli bir adım teşkil etmektedir.

Yapay zekâ sistemleri tarafından kaydedilen ilerleme günümüzde insan kapasitesine rakip olabilecek veya bazı durumlarda onları aşabilecek duruma gelmiştir. Yapay zekânın zihinsel kapasitesinin ilerlemesi, insanların yaşam biçimini değiştirecek ve istihdam dünyasında devrim yaratacak boyuta ulaşmıştır[1]. Bugün geleneksel olarak insanların gerçekleştirdiği birçok işlev otomatikleşmektedir. Cezalandırma ve şartlı tahliye kararlarına yardımcı olmak, suçluları izlemek, arama motoru sonuçlarını, elektronik haber beslemelerini ve reklamları kişiselleştirmek; dolandırıcılığı tespit etmek, kredi notlarını belirlemek, işe alımı kolaylaştırmak gibi birçok alanda yapay zekâ uygulamalarında sıkça yararlanılmaktadır[2].

Veri, makine ve algoritmaları içeren otomatikleştirilmiş karar veren yapay zekâ sistemlerinin[3] kamu yönetimi, sağlık, eğitim, sosyal medya gibi birçok alanda artan kullanımı[4]; toplum için teknik, sosyal, etik, ekonomik ve en çok da hukuki sonuçlarının dikkate alınmasını gerektiren birçok avantaj ve riski aynı anda sunmaktadır[5]. Bu sebeple politikacılar, iş dünyası, sivil toplum ve hukukçular

---

1 Cataleta, Maria Stefania; Cataleta, Anna, "Artificial Intelligence and Human Rights, an Unequal Struggle", *CIFILE Journal of International Law Journal,* Vol. 1, No. 2, (2020): 40.

2 McGregor, Lorna; Murray, Daragh; Ng, Vivian, "International Human Rights Law as a Framework for Algorithmic Accountability", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 68 (2019): 310.

3 Information Commissioner's Office (ICO), "What is automated individual decision-making and profiling?", Erişim tarihi 12 Haziran 2022. https://ico.org.uk/for-organisations/guide-to-data-protection/guide-to-the-general-data-protection-regulationgdpr/automated-decision-making-and-profiling/what-is-automated-individual-decision-making-and-profiling/.

4 Information Commissioner's Office (ICO), "What is automated individual decision-making and profiling?", Erişim tarihi 12 Haziran 2022. https://ico.org.uk/for-organisations/guide-to-data-protection/guide-to-the-general-data-protection-regulationgdpr/automated-decision-making-ans.d-profiling/what-is-automated-individual-decision-making-and-profiling/.

5 Raso, Filippo A,; Hilligoss, Hannah,; Krishnamurthy, Vivek; Bavitz, Christopher; Kim, Levin, "Artificial Intelligence&Human rights: Opportunities and Risks", *Research Publication*, (2018): 17 vd.; Beduschi, Ana. "Human Rights and the Governance of Artificial Intelligence", (2020): 2, Erişim tarihi: 1 Haziran 2022. https://www.geneva-academy.ch/research/ publications/detail/513-human-rights-and-the-governance-of-artificialintelligence; Mantelero, Alessandro, "AI and Big Data: A Blueprint

yapay zekâ sistemlerinin fırsat ve zorluklarını bu sistemler onları çıkmaza sokmadan önce kavramalıdır[6].

Yapay zekâ sistemleri, teknolojinin hızla ilerlemesiyle birlikte insan hayatının vazgeçilmez bir parçası haline gelmesine karşın bu sistemlerinin toplumda bireysel rollerimizi daha bulanık hale getirip, insan hak ve sorumluluklarla ilgili olarak sorun yaratabileceği öngörülmektedir. Nitekim yapay zekâ sistemlerinin insan haklarını ne yönde ve nasıl etkileyeceği ilk planda ele alınması gereken konular arasında gelmekle birlikte bu sistemlerin sebep olduğu insan hakları ihlallerinden kimin, ne şekilde sorumlu tutulacağı ve bu alanda devletin yükümlülüklerinin neler olduğu sorularının çözüme kavuşturulması gerekmektedir.

I. YAPAY ZEKÂ KAVRAMI

1950'li yılların başında Alan M. Turing'in "Makineler Düşünebilir mi?" sorusuyla makine öğrenmesi kavramı ortaya çıkmış[7], İngiliz Mind Dergisi'nde "Computing Machinery and Intelligence" başlığıyla yayımladığı makalesinde de bu soruya cevap aramıştır[8]. Bilgisayar Bilimci ve Bilişsel Bilimci "John McCarthy" tarafından "Yapay Zekâ" kavramı ilk kez düzenlenen yapay zekâ konferansı olan "Dartmouth Konferansı"nda 1956 yılında kullanılmış olup[9], bu konferansta yapay zekâ kavramsallaştırılmıştır[10].

1970-1990 yılları arasında yapay zekâya ilişkin çalışma, araştırma ve yatırımlar durduğundan bu dönem verimsiz geçmiştir[11]. 1997 yılında Carnegie Mellon Üniversitesi bilim adamları tarafından geliştirilen Deep Blue adlı program dünya satranç şampiyonu Garry Kasparov ile oynadığı rövanş maçını kazanmıştır. Kasparov, bir makine olduğu varsayımıyla asla böyle akıllı stratejileri hesaplayamayacağı iddiasıyla ile bilim adamlarını maça hile karıştırmakla suçlamıştır[12]. Satranç, uzun zamandır stratejik ve zekâ ürünü bir oyun olarak görülmesine rağmen programın bu zaferi insan aklının önceliği hususundaki tartışmaları başlatmıştır. 1950'lerde do-

for a Human Rights, Social and Ethical Impact Assessment", *Computer Law & Security Review,* 34, (2018): 757 vd.; Janssen, Heleen L."An approach for a fundamental rights impact assessment to automated decision-making", *International Data Privacy Law*, Vol. 10, Issue 1, (2020): 34.

6 Beduschi, "Human Rights and the Governance of Artificial Intelligence", 1, 4.

7 Yapay zekâ çalışmalarında en yaygın şekilde kullanılan yöntem olarak makine öğrenmesi, veriler üzerinden tahminlerde bulunup, karmaşık örüntüleri algılama, çözme ve akılcı karar verebilme üzerine kurulu sistemlerdir. İstanbul Barosu Yapay Zekâ Çalışma Grubu, "Algoritmik Karar Verme ve Veri Koruması", (2020): 2, Erişim tarihi: 20.06.2022. https://www.istanbulbarosu.org.tr/files/docs/AlgoritmikKararVermeveVeriKorumas%C4%B1022020.pdf.

8 Turing, A. M., "Computing Machinery and Intelligence", The Mind", *Mind*, Vol. 59, Issue 236, (1950): 433 vd.

9 Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı Dijital Dönüşüm Ofisi. "Yapay Zekâ", Erişim tarihi: 10 Haziran 2022. https://cbddo.gov.tr/sss/yapay-zekâ/.

10 Önder, Murat; "Yapay Zekâ: Kavramsal Çerçeve", ULİSA21, S. 2, (2020): 5.

11 Önder, "Yapay Zekâ: Kavramsal Çerçeve", 5.

12 Cataleta/Cataleta, "Artificial Intelligence and Human Rights, an Unequal Struggle", 40.

ğan ve kendini u şekilde kanıtlayan yapay zekâ dijital devrimin ayrılmaz bir parçası olarak sayısız toplumsal dönüşümün en önemli parçası olmuştur[13].

Günümüze değin yapay zekâ kavramının üzerinde uzlaşılmış tek bir tanımı bulunmamakla birlikte[14] teknolojisinin her geçen gün gelişmesiyle birlikte yapay zekâ kavramı da değişme göstermektedir. Çağımızda yapay zekâ; insana özgü düşünme, akıl yürütme, objektif gerçekleri algılama, yargılama ve sonuç çıkarma gibi özelliklerin analiz edilerek makinelere kazandırılması olup, insan gibi düşünebilen, yorumlayabilen ve kararlar verebilen algoritmaların ve bilgisayar yazılımlarının geliştirilmesi ile ilgilenmektedir[15]. Bir başka ifadeyle "yapay zekâ, "bir bilgisayarın veya bilgisayar kontrolündeki bir robotun çeşitli faaliyetleri zeki canlılara benzer şekilde yerine getirme kabiliyeti" olarak ifade edilmektedir[16].

II. YAPAY ZEKÂ SİSTEMLERİ VE UYGULAMA ALANLARI

Yapay zekâ, sistemleri insanlığın hizmetine sunulan bir uygulama olup geleneksel veri işleme teknikleri yetersiz kalması sonucu hız, hacim ve çeşitlilik özelliklerini haiz büyük verinin analiz edilerek, birçok alanda kazanımlar elde edilmesine imkân sağlamaktadır[17]. Bu bağlamda yapay zekâ; sesli asistanlar, dil çeviri sistemleri, navigasyon, sağlık hizmetleri, e-ticaret ve yardımcı robot uygulamalarıyla günlük hayatımızda evimizde, ofisimizde, cep telefonlarımızda ve otomobillerimizde sıkça kullandığımız sistemlerdir. Günümüzde, yapay zekânın robotik ile birlikte kaydettiği ilerleme, insanlarla rekabet edebilecek hatta bazı durumlarda onların kapasitelerini aşacak sistemlerin gelişmesine yol açmıştır[18].

Bugün yapay zekâ sistemleri; imalat ve üretim sanayi, havacılık ve uzay, eğitim, finans, savuma, güvenlik, adalet, sağlık, insan kaynakları alanlarında yaygın şekilde kullanılmaktadır. Yapay zekâ, toplum ve bireyler için büyük ölçüde fayda sağlamakla birlikte, insan hakları kapsamında doğru biçimde yönetilmesi ve geliştirilmesi gerekmektedir. Çünkü her geçen gün hayatımızda daha sık duyduğumuz ve kullandığımız bu kavramın daha da hızlı şekilde gelişeceğine olan itimat ve bu alana yapılan çok önemli yatırımlar nedeniyle, insana benzer yönde yetenekleri olan ve gittikçe daha çok otonomlaşan bu teknolojinin getirdiği insan hakları sorunlarının göz ardı edilmesi muhtemel sorunlara çözüm bulmayı güçleştirecektir[19].

13 Cataleta/Cataleta, "Artificial Intelligence and Human Rights, an Unequal Struggle", 40.

14 Beducshi, "Human Rights and the Governance of Artificial Intelligence", 2.

15 Kişisel Verileri Koruma Kurumu, "Yapay Zekâ Alanında Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Tavsiyeler", Erişim tarihi: 8 Mayıs 2022. https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/7048/Yapay-Zekâ-Alaninda-Kisisel-Verilerin-Korunmasina-Dair-Tavsiyeler.

16 Erkul, Erdem R., "Yapay Zekâ ve Büyük Veri Nasıl Bir Gelecek Vadediyor?", *TRT Akademi*, C. 6. S. 11, (2021): 92.

17 Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı Dijital Dönüşüm Ofisi, "Yapay Zekâ", Erişim tarihi: 10 Haziran 2022. https://cbddo.gov.tr/sss/yapay-zekâ/.

18 Cataleta/Cataleta, "Artificial Intelligence and Human Rights, an Unequal Struggle", 40.

19 Erdoğan, Gökhan, "Yapay Zekâ ve Hukukuna Genel Bir Bakış", *Adalet Dergisi*, S. 66 (1), (2021): 122.

III. YAPAY ZEKÂ ALANINDA ULUSLARARASI VE ULUSAL POLİTİKA VE STRATEJİ BELGELERİNDE İNSAN HAKLARINI KORUMA YAKLAŞIMI

Yapay zekâ alanında hem ulusal hem de uluslararası ölçekte politika ve strateji belgelerinin oluşturulması 2018 yılı itibariyle hız kazanmıştır. Politik stratejiler ve yasal düzenlemeler yoluyla devletler yapay zekânın dönüştürücü gücünü kabul edip, bu etkiyi kamunun menfaatine kullanmak ve kendilerini geleceğe hazırlamak için bir çaba ve aynı zamanda sıkı bir rekabet içindedirler[20].

Politika, strateji ve yasal düzenlemelerin hızı teknolojinin hızına yetişemese de Avrupa Konseyi tarafından 18 Aralık 2018'de oluşturulan Güvenilir Yapay Zekâ Sistemleri İçin Etik İlkeler Rehberi'nde[21], yapay zekâ sistemlerinin güvenilir sayılması için karşılanması gereken yedi temel gereksinim kapsamlı şekilde ortaya konulmuştur. İnsan haklarının korunabilmesi açısından öncül tedbirler olarak nitelendirebileceğimiz bu gereklilikler; insan gücü ve gözetim, teknik sağlamlık ve güvenlik, gizlilik ve veri yönetimi, şeffaflık, çeşitlilik, ayrımcılık yapmama ve adalet, toplumsal ve çevresel refah, hesap verebilirliktir[22]. Tüm bu gereklilik ve ilkelere riayet, yapay zekâ sistemleri kaynaklı insan hakları ihlallerinin önüne geçmek için elzemdir.

Uluslararası Af Örgütü ve Dijital Haklar Grubu Access Now liderliğinde, hazırlanıp, 2018 yılında yayımlanan Toronto Bildirgesi'nde (Makine Öğrenimi Sistemlerinde Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı İlkelerinin Korunması)[23], 2018 tarihli Yapay

---

20 Önder, "Yapay Zekâ: Kavramsal Çerçeve", 3.

21 The European Commission's High-Level Expert Group on Artificial Intelligence, "Ethics Guidelines for Trustworthy AI", Erişim tarihi: 20 Haziran 2022. https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/ethics-guidelines-trustworthy-ai.

22 "İnsan gücü ve gözetimi tedbiri gereğince yapay zekâ sistemleri insanları güçlendirmeli, bilinçli kararlar vermelerine izin vermeli ve temel haklarını desteklemelidir. Teknik sağlamlık ve güvenlik tedbiri gereğince yapay zekâ sistemlerinin esnek ve güvenli olması gerekir. Doğru, güvenilir ve tekrarlanabilir olmanın yanı sıra, bir şeyler ters gittiğinde bir geri çekilme planı sağlayarak güvenli olmalıdır. Gizlilik ve veri yönetimi tedbiri gereğince veri korumasına tam saygının sağlanmasının yanı sıra, verilerin kalitesi ve bütünlüğü dikkate alınarak ve verilere yasal erişim sağlanarak yeterli veri yönetişim mekanizmaları da sağlanmalıdır. Şeffaflık tedbiri gereğince veriler, sistem ve yapay zekâ iş modelleri şeffaf olmalıdır. Ayrıca, yapay zekâ sistemleri ve kararları, ilgili paydaşa uyarlanmış bir şekilde açıklanmalıdır. İnsanların bir yapay zekâ sistemi ile etkileşimde olduklarının farkında olmaları ve sistemin yetenekleri ve sınırlamaları hakkında bilgilendirilmeleri gerekir. Çeşitlilik, ayrımcılık yapmama ve adalet tedbiri gereğince korunmasız grupların marjinalleştirilmesinden önyargı ve ayrımcılığın şiddetlenmesine kadar birçok olumsuz etkisi olabileceğinden, haksız önyargıdan kaçınılmalıdır. Çeşitliliği teşvik eden yapay zekâ sistemleri, herhangi bir engelden bağımsız olarak herkes tarafından erişilebilir olmalı ve tüm yaşam döngüleri boyunca ilgili paydaşları içermelidir. Toplumsal ve çevresel refah tedbiri gereğince yapay zekâ sistemleri, gelecek nesiller de dahil olmak üzere tüm insanlara fayda sağlamalıdır. Bu nedenle sürdürülebilir ve çevre dostu olmaları sağlanmalıdır. Ayrıca, diğer canlılar da dahil olmak üzere çevreyi dikkate almalı, sosyal ve toplumsal etkileri dikkatlice düşünülmelidir. Hesap verebilirlik tedbiri gereğince yapay zekâ sistemleri ve sonuçları için sorumluluk ve hesap verebilirliği sağlamak için mekanizmalar oluşturulmalıdır. Algoritmaların, verilerin ve tasarım süreçlerinin değerlendirilmesini sağlayan denetlenebilirlik, özellikle kritik uygulamalarda anahtar rol oynamaktadır." The European Commission's High-Level Expert Group on Artificial Intelligence, "Ethics Guidelines for Trustworthy AI", Erişim tarihi: 20 Haziran 2022. https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/ethics-guidelines-trustworthy-ai.

23 "The Toronto Declaration", Erişim tarihi: 18 Haziran 2022. https://www.torontodeclaration.org/.

Zekânın Gelişiminde Sorumluluk İçin Montreal Bildirgesi'nde[24], OECD Dijital Ekonomi Politikası Komitesi'nin (CDEP) önerisi üzerine 22 Mayıs 2019'da OECD Konseyi tarafından Bakanlar düzeyinde kabul edilen Yapay Zekâ Konseyi Tavsiyesi'nde[25] yapay zekâ uygulamalarında benimsenen ilke ve değerlerle birlikte insan haklarını koruma yaklaşımı ve amacı açıkça ve benzer yönde ortaya konmuştur.

En güncel örnek olarak 2021 tarihli Avrupa Birliği Yapay Zekâ Tüzüğü Teklifinde[26] temel haklar için çeşitli risk kaynakları ele alınarak, insan haklarına yüksek düzeyde koruma sağlama amacı vurgulanmıştır. Bu bağlamda eğitim, öğretim, istihdam, önemli hizmetler, kolluk ve yargı gibi hassas ve kritik alanlarda hatalı yahut önyargılı yapay zekâ destekli karar riskini en aza indirgemek ve bu yolla temel haklara riayeti kolaylaştırmak üzere önceden test etme, risk yönetimi ve insan gözetimi yükümlülüklerinin yerine getirilmesi vurgulanmıştır.

Ülkemizde yapay zekâ alanında 2021-2025 Ulusal Yapay Zekâ Stratejisi ilk ulusal strateji belgesi olma niteliğini taşımaktadır. Ulusal Yapay Zekâ Stratejisi'nde[27] yapay zekâ değer ve ilkeleri insan hakları odak alınarak belirlenmiştir. Yapay zekâ değerlerinin *"insan hakları, demokrasi ve hukukun üstünlüğüne saygı, çevreyi ve biyolojik ekosistemi geliştirmek, çeşitliliğin ve kapsayıcılığın sağlanması, barışçıl, adil ve birbirine bağlı toplumlarda yaşamak"* olduğu ifade edilmiştir ve ayrıca yapay zekâ ilkelerinin; *ölçülülük, emniyet ve güvenlik tarafsızlık, mahremiyet, şeffaflık ve açıklanabilirlik, sorumluluk ve hesap verebilirlik, veri egemenliği ve çok paydaşlı yönetişim"* olduğu belirtilmiştir[28]. 2021 tarihli İnsan Hakları Eylem Planı'nın *"Dijital Ortamda ve Yapay Zekâ Uygulamaları Karşısında İnsan Haklarının Korunması"* başlıklı 8.10.d. hedefi ile insan haklarının korunmasına ilişkin tedbirler alınması gerektiği vurgulanmış olup, 8.10.e. bendi uyarınca da *"Avrupa Konseyi'nin ilke ve tavsiyelerine uygun biçimde ve hukuki güvencelerin korunması ilkesine aykırı olmayacak şekilde yargıda yapay zekâ uygulamaları kullanılacaktır."*[29].

---

24 "The Montreal Declaration for a Responsible Development of Artificial Intelligence", Erişim tarihi: 18 Haziran 2022. https://www.montrealdeclaration-responsibleai.com/the-declaration /.

25 OECD Council, "Recommendation of the Council on Artificial Intelligence", Erişim tarihi: 22 Haziran 2022. https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0449.

26 The European Commission, "Regulation of the European Parliament and of the Council Laying Down Harmonised Rules on Artificial Intelligence (Artifical Intelligence Act) and Amending certain Union Legislative Acts", Erişim Tarihi: 25 Haziran 2022. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52021PC0206.

27 Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı Dijital Dönüşüm Ofisi, "Ulusal Yapay Zekâ Stratejisi 2021-2025", (2021), Erişim tarihi: 10 Haziran 2022. https://cbddo.gov.tr/SharedFolderServer/Genel/File/TR-UlusalYZStratejisi2021-2025.pdf.

28 Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı Dijital Dönüşüm Ofisi, "Ulusal Yapay Zekâ Stratejisi 2021-2025", (2021): 59-61, Erişim tarihi: 10 Haziran 2022. https://cbddo.gov.tr/SharedFolderServer/Genel/File/TR-UlusalYZStratejisi2021-2025.pdf.

29 Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı, "İnsan Hakları Eylem Planı ve Uygulama Takvimi, Özgür Birey, Güçlü Toplum; Daha Demokratik Bir Türkiye", (2021): 120, Erişim tarihi: 5 Haziran 2022, https://rayp.adalet.gov.tr/resimler/1/dosya/insan-haklari-ep02-03-202115-14.pdf.

IV. YAPAY ZEKÂ SİSTEM VE UYGULAMALARININ İNSAN HAKLARI BAĞLAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

Yapay zekâ eğitim, sağlık, sanayi, adalet ve hizmet alanlarında insanlığa yararlı teknolojik olanaklar sunmakla birlikte bazı durumlarda insan hakları bakımından ihlal riski oluşturmaktadır[30]. Bu bağlamda insan hakları ve yeni teknoloji uygulamaları kesişebilir. Nihayetinde yapay zekâ teknolojileri bazı insan haklarını ilerletirken bazılarını kısıtlayabilir, bazen ise her iki olanağı da aynı anda sunabilir[31]. Yapay zekâ sistemleri sosyal ve ekonomik hayatta olumlu değişimler getiren aynı zamanda insanların hayatlarının bir parçası olan yeni dijital teknolojiler ayrıca yeni riskler ve zorluklar da getirmiştir[32].

Yapay zekâ algoritmaları anlaşılmaz yahut mantıksız karar vererek, sosyal ve ekonomik ayrımcılığa ve özel hayatımıza müdahaleye veya cezai suçlara neden olabilir[33]. Genel olarak yapay zekâ sistemleri, ceza adaleti (risk değerlendirmeleri), finans (kredi puanları), sağlık (teşhis), içerik denetleme (standartların uygulanması), insan kaynakları (işe alma) alanlarında insan hakları açısından birtakım riskler oluşturmaktadır[34]. Dolayısıyla yapay zekâ sistemlerinin kullanılması sıklıkla gizlilik, veri koruma, ayrımcılık yapmama ve adalete erişim haklarını etkilemektedir[35]. Öte yandan otomatik kredi puanlama gibi bazı uygulamalar istihdam ve barınma haklarını etkileyebilir[36].

Günümüzün en büyük şirketlerinden olan ve aynı zamanda günlük üretkenliğimizi yöneten şirketlerden Google, Facebook, Amazon, Microsoft, Baidu, Alibaba and Tecent yapay zekâ uygulamaları ile transhümanist projeler geliştirmektedir[37]. Bu projeleri de hayatımızın her alanında aktif şekilde kullanmaktayız. Yapay zekânın günlük hayatımızda yaygın olarak kullanımı fark edilemez şekilde bazı istisnai durum ve olaylarda benzeri görülmemiş yasal sorunları da gündeme

30 Criado, Jesus Salgado; Aller, Celia Fernández, "A Wide Human-Rights Approach to Artificial Intelligence Regulation in Europe", *IEEE Technology and Society Magazine*, Vol. 40 (2), (2021): 55.

31 Criado/Aller, "A Wide Human-Rights Approach to Artificial Intelligence Regulation in Europe", 56.

32 The European Union Agency for Fundamental Rights, "Getting the Future Right: Artificial Intelligence and Fundamental Rights", Report of European Union Agency for Fundamental Rights (2020): 25, Erişim tarihi: 18 Haziran 2022. https://fra.europa.eu/en/publication/2020/artificial-intelligence-and-fundamental-rights.

33 Criado/Aller, "A Wide Human-Rights Approach to Artificial Intelligence Regulation in Europe", 55-56.

34 Raso/Hilligoss,/Krishnamurthy/Bavitz/Kim, "Artificial Intelligence&Human rights: Opportunities and Risks", 17.

35 The European Union Agency for Fundamental Rights, "Getting the Future Right: Artificial Intelligence and Fundamental Rights", Report of European Union Agency for Fundamental Rights (2020): 7, Erişim tarihi: 18 Haziran 2022. https://fra.europa.eu/en/publication/2020/artificial-intelligence-and-fundamental-rights.

36 Mcgregor/Murray/Ng, "International Human Rights Law as a Framework for Algorithmic Accountability", 310.

37 Cataleta/Cataleta, "Artificial Intelligence and Human Rights, an Unequal Struggle", 40-41.

getirmiştir[38]. Bu bağlamda güvenlik, fikri mülkiyet ve gizlilik ile yakın ilişkili farklı sistemler olan tıbbi robot, otonom araçlar ve dronlar ve her gün sunulan birkaç akıllı çözüm sorgulanmaktadır[39].

Yapay zekâ teknolojileri özellikle ürün ve servis kullanıcılarına yeni güvenlik riskleri sunabilir. Bu sebeple de hem özel hem de kamu sektöründe dijital uygulamalar ile ortaya çıkabilecek potansiyel zararlara dikkat çekmek büyüyen bir acil ihtiyaçtır. Bu tür riskleri azaltmak için mevcut uluslararası standartlar, özellikle teknoloji ve dijital şirketler ve bu teknolojileri kullanan herkes ve kamu sektörü için tutarlı bir kılavuz oluşturmak için kullanılmalıdır[40].

Yapay zekâ sistemlerine ilişkin olarak etki değerlendirmeleri önceleri teknik konulara ilişkin olarak yapılmış ve bu sistemlerin insan hakları üzerindeki etkileri nadiren değerlendirilmiştir. Dolayısıyla yapay zekâ sistemlerinin haklara olan etkisi konusunda bilgi eksikliği söz konusudur[41]. İnsan hakları, metinleri onaylayan tüm devletlerin uluslararası fikir birliğine sahip olduğu, sürdürülebilir kalkınma hedeflerine ulaşmak için gerekli olan etik değerler ve ilkelerdir[42]. Nitekim yapay zekâ konusunda da insan haklarını korumaya yönelik etik değer ve ilkelere bağlı kalınmalıdır. Bu bağlamda Avrupa Konseyi tarafından 18 Aralık 2018 tarihinde ortaya koyulan "Güvenilir Yapay Zekâ Sistemleri İçin Etik İlkeler Rehberi"nde[43] yapay zekâ uygulamalarının yol açacağı insan hakları ihlali risklerini bertaraf etmeye yönelik gereklilikler değerlendirilmiştir.

Yapay zekâ uygulamalarının insan haklarına olumsuz etkisinde temel olarak üç neden ağır basmaktadır. Bunlar, eğitim verilerinin kalitesi, eğitim verileri ile test edilen veriler arasındaki zaman, sistem tasarımı ve karmaşık etkileşimdir[44]. Şeffaflık gibi "algoritmik hesap verebilirliğe" yönelik mevcut yaklaşımlar ise önemli bir temel sağlasa da karar almada algoritmaların kul-

38 Almeida, Patricia G. Rêgo de; Santos, Carlos Denner dos; Farias, Josivania Silva, "Artificial Intelligence Regulation: A Meta-Framework for Formulation and Governance", Hawaii International Conference on System Sciences, (2020): 5257, Erişim tarihi: 15 Haziran 2022. https://hdl.handle.net/10125/64389.

39 Almeida/Santos/Farias, "Artificial Intelligence Regulation: A Meta-Framework for Formulation and Governance", 5257.

40 The European Union Agency for Fundamental Rights, "Business and Human Rights", (2020): 25, Erişim tarihi: 1 Haziran 2022. https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2020-business-human-rights_en.pdf.

41 The European Union Agency for Fundamental Rights, "Getting the Future Right: Artificial Intelligence and Fundamental Rights", Report of European Union Agency for Fundamental Rights (2020): 8, Erişim tarihi: 18 Haziran 2022. https://fra.europa.eu/en/publication/2020/artificial-intelligence-and-fundamental-rights.

42 Criado/Aller, "A Wide Human-Rights Approach to Artificial Intelligence Regulation in Europe", 56.

43 The European Commission. "Ethics Guidelines for Trustworthy High-Level Expert Group on Artificial Intelligence" Erişim tarihi: 5 Haziran 2022. https://ai.bsa.org/wp-content/uploads/2019/09/AIHLEG_EthicsGuidelinesforTrustworthyAI-ENpdf.pdf.

44 Singil Nesrin, "Yapay Zekâ ve İnsan Hakları", *Public and Private International Law Bulletin*, S. 42 (1), (2022): 11-13.

lanılmasından kaynaklanan (potansiyel) insan hakları zararını göstermede yetersizdir[45].

A. İnsan Onuruna Saygı Çerçevesinde Yapay Zekâ Kullanımı

İnsan onuru, her durumda ve her koşulda istinasız şekilde korunması gereken bir değerdir. Yapay zekâ uygulamaları birçok insan hakkı için ihlal riski taşırken esasen tüm hakların da özünde yatan bir değer olarak insan onurunu da ihlal riski taşımaktadır. Örneğin, nüfusun belli bir oranı biyometrik tanımlama sistemlerine tabi olmaktan hoşnut değildir. Bu nedenle yapay zekâ sistemlerini bireyler izin vermeden kullanmak, potansiyel olarak insan onurunu ihlal edebilir.

Yapay zekâ güdümlü teknolojilerin kullanılması, devletlerin geniş ölçüde insan onuruna saygı duyma yükümlülüğünü etkiler[46]. Bu bağlamda yeni teknolojiler geliştirilirken ya da bu teknolojilerin kullanılmasına imkân verirken her şeyden evvel insan onuruna saygı gösterilmelidir[47].

Yaratan ve yeni teknolojiden etkilenen "insan" teknolojinin odak noktası olmalıdır. Bu gereklilik, insanı tüm tartışmaların ve yapay zekâ ile ilgili eylemlerin merkezine koymaktadır. Bu bağlamda kişisel verilerin yapay zekâ sistemlerine işlenmesi süreci insan onuruna saygı çerçevesinde yürütülmelidir. İnsan onurunun başlangıç noktası olarak alınması, yapay zekâ kullanımının faydalarının sağlanmasına yardımcı olabilir[48]. Örneğin, yapay zekâ sistemleri sayesinde insan onuruna yaraşır şekilde yaşlanma ve sağlık hizmetlerine erişim desteklenebilir[49].

B. Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı Çerçevesinde Yapay Zekâ Uygulamalarının Değerlendirilmesi

Yapay zekânın toplum üzerindeki etkisi ile ilgili olarak, özellikle eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağına en başta değinmek gerekmektedir. Çünkü bu algo-

---

45 Mcgregor/Murray/Ng, "International Human Rights Law as a Framework for Algorithmic Accountability", 309.

46 The European Union Agency for Fundamental Rights, "Getting the Future Right: Artificial Intelligence and Fundamental Rights", Report of European Union Agency for Fundamental Rights (2020): 60, Erişim tarihi: 18 Haziran 2022. https://fra.europa.eu/en/publication/2020/artificial-intelligence-and-fundamental-rights.

47 Criado/Aller, "A Wide Human-Rights Approach to Artificial Intelligence Regulation in Europe", 58.

48 The European Union Agency for Fundamental Rights, "Getting the Future Right: Artificial Intelligence and Fundamental Rights", Report of European Union Agency for Fundamental Rights (2020): 60, Erişim tarihi: 18 Haziran 2022. https://fra.europa.eu/en/publication/2020/artificial-intelligence-and-fundamental-rights.

49 The European Union Agency for Fundamental Rights, "Getting the Future Right: Artificial Intelligence and Fundamental Rights", Report of European Union Agency for Fundamental Rights (2020): 60, Erişim tarihi: 18 Haziran 2022. https://fra.europa.eu/en/publication/2020/artificial-intelligence-and-fundamental-rights.

ritmalar ve sistemler en yoğun şekilde eşitsizlik ve ayrımcılığa yol açma riski taşımaktadırlar[50]. Bugün, sağlık, sigorta hizmetlerinden ceza adalet sistemine kadar çeşitli alanlarda kullanılan algoritmaların din, dil, ırk etnik köken, cinsiyet temelli ayrımcılık yaptıkları tespit edilmiştir[51].

Yapay zekâ uygulamalarından kaynaklı ayrımcılığın önlenmesi konusunda, ulusal ve bölgesel düzeyde faaliyet gösteren insan hakları kurumlarının[52] çalışmaları bulunmakla birlikte son zamanlarda bu konuda etik yasal düzenlemelerin de temelleri atılmaya başlamıştır[53]. Yapay zekâ geliştirilmesi ve kullanılmasını sağlayan en önemli araç olan algoritmaların kullanımı konusunda Avrupa Konseyi'nin 2018 yılında yayımlanan Ayrımcılık, Yapay Zekâ ve Algoritmik Karar Verme" (*Discrimination, Artificial Intelligence, and Algorithmic Decision-Making)* başlıklı bir raporu bulunmaktadır. Söz konusu raporda, algoritmik karar verme süreçlerine ilişkin karşılaşılan sorunlar ile birlikte yapay zekâ kaynaklı ayrımcılığın önlenmesinde eşitlik kurumlarının rolüne ilişkin bir bölüm mevcuttur[54]. Ayrımcılığa karşı Avrupa Konseyi bünyesinde *Ad-hoc Committee on Artificial Intelligence (CAHAI)* adlı bir komite kurulmuştur[55]. "Yapay Zekâ Alanında Kişisel Verilerin Korunmasına Dair Tavsiyeler"[56] uyarınca da *"Veri toplama da dâhil olmak üzere veri işlemenin her aşamasında, temel hak ve özgürlükler gözetilerek, ilgili kişiler üzerinde meydana gelebilecek ayrımcılık riski veya diğer olumsuz etkiler ve önyargılar önlenmelidir."*

Yapay zekâ sistemleri sosyal ve ekonomik ayrımcılık veya bir şeye yahut birine karşı önyargı sebebiyle haksız kararlar alabilir[57]. Esasında insanların karar vermelerinde önyargılı oldukları bilinmektedir. Yapay zekâ sistemleri de insanlar tarafından tasarlandığından, insanların istenmeyen bir şekilde dahi olsa önyargı-

50 Janssen, Heleen L, "An approach for a fundamental rights impact assessment to automated decision-making", International Data Privacy Law, Vol. 10, Issue 1, February (2020): 5; Raso/Hilligoss/Krishnamurthy/Bavitz/Kim, "Artificial Intelligence&Human rights: Opportunities and Risks", 20 vd.; Mcgregor/Murray/Ng, "International Human Rights Law as a Framework for Algorithmic Accountability", 317.

51 Singil, "Yapay Zekâ ve İnsan Hakları", 28.

52 Avrupa Konseyi, Avrupa İnsan Hakları Yüksek Komiserliği, Irkçılığa ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonu (ECRI), Avrupa Eşitlik Kurumları Ağı (EQUINET), Avrupa Temel Hakları Ajansı (FRA) ve Ulusal İnsan Hakları Kurumları Avrupa Ağı (ENNHRI), Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Yüksek Komiserliği (OHCHR) bunlardan bazılarıdır.

53 Cataleta/Cataleta, "Artificial Intelligence and Human Rights, an Unequal Struggle", 41.

54 Borgesius, Frederik Zuiderveen, "Discrimination Artificial Intelligence and Algorithmic" Council of Europe, Strasbourg (2018), Erişim tarihi: 20 Haziran 2022. https://rm.coe.int/discrimination-artificial-intelligence-and-algorithmic-decision-making/1680925d73.

55 The Council of Europe "CAHAI-Ad hoc Committee on Artificial Intelligence" Erişim tarihi: 20 Haziran 2002. https://www.coe.int/en/web/artificial-intelligence/cahai.

56 Kişisel Verileri Koruma Kurumu, "Yapay Zekâ Alanında Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Tavsiyeler", Erişim tarihi: 8 Mayıs 2022. https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/7048/Yapay-Zekâ-Alaninda-Kisisel-Verilerin-Korunmasina-Dair-Tavsiyeler.

57 Criado/Aller, "A Wide Human-Rights Approach to Artificial Intelligence Regulation in Europe", 56.

larını onlara aktarması mümkündür. Mevcut birçok yapay zekâ sistemi, makine öğrenimi veri odaklı tekniklere dayanmaktadır. Bu nedenle önyargı aktarmanın baskın bir yolu, eğitim verilerinin toplanması ve seçilmesi olabilir. Eğitim verileri yeterince kapsayıcı ve dengeli değilse, sistem haksız kararlar vermeyi öğrenebilir[58]. Aynı zamanda yapay zekâ, insanların önyargılarını belirlemelerine ve daha az önyargılı kararlar vermelerine yardımcı olabilir[59].

Yapay zekâ sistemlerinde verilerin kategorize edilerek analiz edilmesi, ayrımcılık yasağı ve eşitlik ilkesi açısından bazı sorunlara yol açabilmektedir[60]. Bu bağlamda yapay zekânın veri işleme uygulamaları önem arz eder. Reaktif makineler türü, yapay zekânın en basit hali olarak geçmiş deneyimleri değil, mevcut durumu analiz ederek bir tepki verir. Sınırlı bellek türü ise geçmiş deneyimleri analiz ederek bir hamlede bulunmaktadır. Örneğin; sınırlı bellek türü ayrımcılık yasağına daha çok etki etme potansiyeline sahipken, reaktif makinelerin ayrımcılık yasağı üzerinde yaratacağı etki daha sınırlı bir şekilde ortaya çıkmaktadır[61]. Bu sebeple de verilerin kalitesinin sağlaması öncül unsurdur. Kaliteli verinin özelliği ise sosyal olarak yapılandırılmış, yanlışlıklardan, hatalardan ve önyargılardan arındırılmış olmalıdır.

Büyük verinin analizi yoluyla gelecekle ilgili bağıntıların kurulup, öngörüde bulunulmasını sağlayan veri madenciliği gibi algoritmik tekniklerin savunucuları ise bu tekniklerin, karar verme sürecindeki insan önyargılarını ortadan kaldırdığını ileri sürmektedir. Ancak önemle belirtmek gerekir ki bir algoritma, ancak birlikte çalıştığı veriler kadar iyidir. Çünkü bu algoritmalara kaynak olan veriler önceki karar vericilerin önyargılarını miras alır[62]. Bilgisayarlar veya işletim sistemi ile çalışan cihazlarda toplanan verilerin geçmişi ancak 15-20 yıla dayandığından bu veriler bazı kalıp, kabul ve inanışları da kapsamaktadır. Dolayısıyla veriler toplumda süregelen yaygın önyargıları yansıtabilir ve hatta sürdürebilir[63]. Bu sebeple veri madenciliğini sorgulamadan güvenmek dezavantajlı ve savunmasız grupları topluma tam katılımdan mahrum etmek olur[64]. Ayrımcı sonuçlar program uygulayıcıların bilinçli seçimlerinden ziyade algoritmanın kullanımının kasıtsız şekilde ortaya çıkan özelliğidir[65]. Fakat yine de veri madenciliği önceden var olan ayrımcılık ve eşitsizliği ortaya çıkarmada faydalı düzenlemelerin yapıl-

58 Criado/Aller, "A Wide Human-Rights Approach to Artificial Intelligence Regulation in Europe", 56.

59 Criado/Aller, "A Wide Human-Rights Approach to Artificial Intelligence Regulation in Europe", 56.

60 Singil, "Yapay Zekâ ve İnsan Hakları", 29.

61 Singil, "Yapay Zekâ ve İnsan Hakları", 8.

62 Barocas, Solon; Selbst, Andrew. "Big Data's Disparate Impact" *California Law Review*, Vol. 104, (2016): 671.

63 Raso/Hilligoss/Krishnamurthy/Bavitz/Kim, "Artificial Intelligence&Human rights: Opportunities and Risks", 20.

64 Barocas/Selbst, "Big Data's Disparate Impact", 671.

65 Barocas/Selbst, "Big Data's Disparate Impact", 671.

masını sağlayabilir. Örneğin, bu sistemler dezavantajlı grupların kredibilitesini araştırırken ayrımcılık yapabileceği gibi onlara karşı ayrımcılık yapılmasının önlenmesine ilişkin yeni yollar da sunabilir[66]. Yapay zekâ sistemleri eşitlik ilkesini hayata geçiren uygulamaları da gerçekleştirebilir. Örneğin, Pakistan'da, UNESCO ile ortaklık kurularak geliştirilen "RAAJI" adlı yapay zekâ sohbet robotu kadın üreme sağlığı, hijyen ve güvenlik hakkında kadınlarla konuşabilmektedir[67]. Eğitim ve cinsiyet eşitliği sadece bir insan hakkı olmanın ötesinde bireysel özgürlük, eşitlik, insan onuru gibi diğer insan haklarını geliştirmek için ana araçtır[68]. Bu bağlamda yapay zekâ sistemleri eşitliğin sağlanmasına yönelik uygulamaların hayata geçirilmesine imkân tanıyabilir.

Yapay zekâ uygulamaları dijital alanda eşitsizliğin artmasına da sebep olmuştur. BM aşırı yoksulluk ve insan hakları özel raportörünün kısa süre önce yayımlanan raporunda dijital refah distopyasının tökezleme riski konusunda uyarıda bulunmuştur.[69] Bu bağlamda Big Tech'in[70] bilişim alanında eşitsizliğin artmasının itici gücü oldu ve geniş bir dijital alt sınıfın yaratılmasını kolaylaştırdığı iddia edilmektedir.[71] Rapor, farklı ülkelerde insandışılaştırılmış akıllı teknolojilerin internet erişimi ve dijital becerilerden yoksun olanlar için birçok sosyal hakka erişimde nasıl engeller yarattığını da vurgulamaktadır[72]. Yine dijital toplumlara geçiş, bazı sektörlerde istihdamı azaltırken başka yerlerde yeni işler yaratma olanağını da beraberinde getirdiğinden, kaçınılmaz olarak eşitsizlik yaratma tehlikesi taşımaktadır.

Yapay zekâ sistemleri farklı konularda ayrımcı uygulamaları gündeme getirmiştir. Örneğin, yüz tanıma sistemlerinin kullanılmasının, ayrımcılık yasağını ciddi ölçüde ihlal riskini taşımasından ötürü Microsoft Google gibi bazı şirketler, bu sistemleri devletlere satıp satmama hususunda kararsızlıklar yaşamaktadır[73]. Amazon'un işe almada kullandığı yazılım, erkek ve kadınlar arasında ayrımcılık yaparak, erkek başvuranları tercih ettiği saptanmıştır[74]. Google'ın arama motorunda otomatikleştirilmiş karar verme sistemleri ile Afro Amerikan adları için yapılan aramalarda, tutuklama kaydı olan kişileri belirten reklam önerilerinin çıkması daha muhtemel görülmüştür[75]. Kişisel verilerin otomatikleştirilmiş karar verme sistem-

66 Raso/Hilligoss/Krishnamurthy/Bavitz/Kim, "Artificial Intelligence&Human rights: Opportunities and Risks", 26.

67 Kriebitz, Alexander; Lütge, Christoph, "Artificial Intelligence and Human Rights: A Business Ethical Assessment" *Business and Human Rights Journal*, Vol. 5 (2020), s. 11.

68 Kriebitz/Lütge, "Artificial Intelligence and Human Rights: A Business Ethical Assessment", 11.

69 Criado/Aller, "A Wide Human-Rights Approach to Artificial Intelligence Regulation in Europe", 56.

70 ABD'de bilgi teknolojileri alanında en büyük beş şirketi literatürde "Big Tech" olarak ifade edilmektedir.

71 Criado/Aller, "A Wide Human-Rights Approach to Artificial Intelligence Regulation in Europe", 56.

72 Criado/Aller, "A Wide Human-Rights Approach to Artificial Intelligence Regulation in Europe", 56.

73 Singil, "Yapay Zekâ ve İnsan Hakları", 29.

74 Cataleta/Cataleta, "Artificial Intelligence and Human Rights, an Unequal Struggle", 46.

75 Janssen, "An approach for a fundamental rights impact assessment to automated decision-making", 3.

lerinde bu şekilde kullanılması, ayrımcı uygulamalara yol açabilir[76]. Bu bağlamda büyük veri analizleri, verileri yeniden üreterek ve güçlendirerek sosyal tabakalaşmayı güçlendirip[77] daha da derinleştirme tehlikesi taşımaktadır. Bu bağlamda azınlık gruplar, gelir düzeyi düşük bireyler, akademik başarı düzeyi düşük öğrenciler ayrımcılık yasağı bakımından dezavantajlı gruplar arasında nitelendirilebilir[78].

Ayrımcılık yasağı ihlallerini bertaraf etmek üzere yapay zekâ sitemleri geliştirilmeye çalışılmaktadır. Örneğin, Google'ın yazılım mühendisi Blake Lemoine hâlihazırda yapay zekâlı Chatbot'un ayrımcı veya nefret söylemi kullanıp kullanmadığını test etmekle görevlendirilmiştir. Fakat LaMDA'nın bir insan gibi düşünüp yanıt vermeye başlayarak programcının üzerinde testler yapmadan önce izin istemesini ve bu hakkına saygı duyulmasını istemiştir[79]. Bu örnek, yapay zekâ sistemlerinde hak bilincinin de geliştirildiğine ve hakları insanlara karşı da koruma eğiliminde olduklarına ilişkin ürkütücü bir örnektir.

C. Yaşam Hakkı Çerçevesinde Yapay Zekâ Uygulamalarının Değerlendirilmesi

Yapay zekâ uygulamalarının yaşam hakkı bakımından hem olumlu hem de olumsuz etkilerinin olabileceği durumlar söz konusudur. Sağlık alanındaki yapay zekâ uygulamaları yaşam hakkı bakımından olumlu etkilerin görüldüğü alanların en başında gelmektedir. Çünkü bu alanda gerçekleştirilecek olan tanı, teşhis ve tedavilerde yapay zekâ kullanımı hata oranını oldukça azaltmakta ve erken müdahaleye imkân tanımaktadır[80]. Sağlık hizmetlerinde artan iş yükü karşısında kalitenin ve verimliliğin arttırılabilmesi ve meydana gelebilecek hataların giderilmesi, yapay zekâ uygulamalarının kullanılmasının gerekliliğini ortaya çıkarmaktadır[81]. Örneğin, ''derin hasta'' adlı bir program, hastanın muayenesindeki bulgular arasında doktorlar tarafından tespit edilemeyen birtakım ilişkilerin kurulmasını sağlamaktadır. Hatta diyabet ve kanser gibi bazı hastalıkların erken teşhisi yoluyla yaşam hakkının korunmasına da katkı sağlanmaktadır[82]. Bir başka örnek olarak; ABD'de Montefiore Health System ile Intel işbirliğinde geliştirilen yapay zekâ sistemleri ile çeşitli hasta gruplarına daha etkili hizmet sunmak amacıyla çok geniş ölçekte hasta verisi analiz edilerek ortak modeller çıkarılmıştır. Böylelikle

76 Jansen, "An approach for a fundamental rights impact assessment to automated decision-making", 3.

77 Broeders, Dennis; Schrijvers, Erik; Ballin, Ernst Hirsch, "Big Data and Security Policies: Serving Security, Protecting Freedom" *The Netherlands Scientific Council for Government Policy (Policy Brief), (2016): 15,* Erişim tarihi: 10 Mayıs 2022. https://english.wrr.nl/publications/policy-briefs/2017/01/31/big-data-and-security-policies-serving-security-protecting-freedom.

78 Singil, "Yapay Zekâ ve İnsan Hakları", 30-31.

79 "Google Çalışanı Açıkladı... Yapay Zekâ Canlandı! İşte Talepleri" Erişim Tarihi 13 Haziran 2022. https://www.hurriyet.com.tr/dunya/google-calisani-acikladi-yapay-zekâ-canlandi-iste-talepleri-42083055.

80 Singil, "Yapay Zekâ ve İnsan Hakları", 15.

81 Akalın, Betül, Veranyurt, Ülkü; "Sağlık Hizmetleri ve Yönetiminde Yapay Zekâ", Acta Infologica, Volume 5, Number 1, (2021): 232.

82 Singil, "Yapay Zekâ ve İnsan Hakları", 15.

sağlık mensubundan kaynaklanan hataların azaltılması, ilaç dozu hesaplamalarındaki yanlışlıkların giderilmesi ve hatalı tıbbı tedavi sonucunda oluşan zararların engellenmesi sağlanmıştır[83].

Yapay zekâ sistemleri ile doğru, kaliteli teşhis yaparak yaşam hakkını korumaya yönelik hizmetler daha yaygın ve işlevsel şekilde kullanılabilir[84]. Bu bağlamda sağlık alanında yapay zekâ tabanlı teşhis sistemleri, yaşam hakkından yararlanılmasını arttırır. Yapay zekâ tabanlı, hastalıkları daha erken ve daha doğru bir şekilde tespit ederek teşhis sistemleri yaşam standartlarını ve kalitesini iyileştirebilir[85].

Yapay zekânın kullanımı yaşam hakkını doğrudan ihlal etme riskini de taşımaktadır[86]. Bu bağlamda otonom araçlar ve otonom silahlar sıkça gündeme gelmektedir. Özellikle sürücüsüz (otonom) araçlar gibi görüntü tabanlı yapay zekâ uygulamalarının arkasındaki önemli bir unsur derin öğrenmedir[87]. Günümüzde başarılı nitelendirilebilecek yapay zekâ uygulamalarında genellikle derin öğrenme yöntemleri kullanılmaktadır. Derin öğrenme, bilgisayarların ses, resim ve metin gibi verileri kullanarak insan performansına yakın sonuçlar vermesini mümkün kılmaktadır. Sürücüsü olmayan bir aracın yolun gerçekliğini anlama şekli, trafik işaretlerine yahut başka bir araç olup olmadığına ne yönde tepki-cevap vereceği, derin öğrenme algoritmaları ile gerçekleşir[88]. Kaza süreçlerinin yönetiminde ve trafik-güvenliğinin sağlanmasında otonom araçların kullanımının yaşam hakkının korunması bakımından daha elverişli olacağı düşünülmektedir. Fakat aksi durumlar da söz konusu olabilir. Örneğin, Tesla'nın otonom aracının Teksas eyaletinde yaptığı kazada araç ağaca çarpıp yanarken kazada iki kişi de yaşamını yitirmiştir.[89] Bu bağlamda devletlerin ülkesinde egemenlik yetkisi altındaki ulaşım yollarında (kara, hava, demir yolu gibi) yaşam hakkının korunmasına yönelik koruyucu önlemler alma yükümlülüğü bulunmaktadır[90].

---

83 Akalın/Veranyurt, "Sağlık Hizmetleri ve Yönetiminde Yapay Zekâ", 34.

84 Raso/Hilligoss/Krishnamurthy/Bavitz/Kim, "Artificial Intelligence&Human rights: Opportunities and Risks", 32.

85 Raso/Hilligoss/Krishnamurthy/Bavitz/Kim, "Artificial Intelligence&Human rights: Opportunities and Risks", 32.

86 "The European Union Agency for Fundamental Rights, "Getting the Future Right: Artificial Intelligence and Fundamental Rights", Report of European Union Agency for Fundamental Rights (2020): 60, Erişim tarihi: 18 Haziran 2022. https://fra.europa.eu/en/publication/2020/artificial-intelligence-and-fundamental-rights.

87 Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı Dijital Dönüşüm Ofisi. "Yapay Zekâ", Erişim tarihi: 10 Haziran 2022. https://cbddo.gov.tr/sss/yapay-zekâ/.

88 Çakır, Özge, "Derin Öğrenme Nedir", Erişim tarihi: 10.06.2022. https://www.yapayzekâtr.com/2019/12/16/ derin-ogrenme-.

89 "Sürücüsüz Tesla kaza yapıp yandı: 2 kişi hayatını kaybetti" Erişim tarihi 19 Nisan 2021. https://www.ntv.com.tr/ekonomi/surucusuz-tesla-kaza-yapip-yandi-2-kisi-hayatini-kaybetti,6HjU-Fwn1kGJNHjeqBwDOA.

90 Gemalmaz, Mehmet Semih, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, 8. Baskı, Legal, (2012): 145.

Otonom silahların kullanımı dolayısıyla bireylerin yaşam hakkının korunmasında devletlerin pozitif yükümlülükleri söz konusudur. Devletler; otonom silahlar yoluyla yaşam hakkının ihlalini önleyici mekanizmalar getirmeli ve yaşam hakkını koruyucu önlemler almalıdır. Bu bağlamda otonom silahları kullanacak yetkililere eğitim verilmeli, silahların kullanım koşullarını oluşturulmalı ve kullanımını en aza indirecek planlamalar yapılmalıdır. Ayrıca devletler otonom silahların kullanımına ilişkin yasal ve idari düzenlemeleri yapma yükümlülüğü altındadır[91]. Örneğin, ABD ölümcül otonom silah konusundaki politikasını 2021 yılında açıklamıştır. Bu politika çerçevesinde güç kullanımında insan kararı aranacak şekilde bu sistemlerin geliştirilmesi gerektiği belirtilmiştir[92]. "Güç kullanımında insan kararı", silah sisteminin insan tarafından kontrolünü gerektirmez; daha geniş anlamda silahın nasıl, ne zaman, nerede ve neden kullanılacağına ilişkin kararları insanın vermesini içermektedir[93]. Avrupa Birliği de aynı yönde vurma emrinin insan tarafından verilmediği sistemlerin yasaklanması yönünde görüş bildirmiştir[94].

D. Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Hakkı Çerçevesinde Yapay Zekâ Uygulamalarının Değerlendirilmesi

Özel hayatın gizliliği kişisel bilgisayarlar ortaya çıktığından beri söz konusu olsa da[95] dijital bilgilerin kolay iletimi, internetin ortaya çıkışının neden olduğu gizlilik tehdidini hızlandırmıştır[96]. Büyük veriler[97] bireylerin verilerinin toplamından oluştuğundan bireylerin gizlilik ve mahremiyet hakkıyla çelişmektedir[98]. Büyük verileri analiz edebilen yapay zekâ uygulamaları ile ise aynı zamanda insan haklarına doğrudan müdahale niteliği taşıyan izleme yolları kullanılmaktadır. Şu anda birçok hükümet yapay zekâ sistemleri ile birleştirilmiş biyometrik teknikler ve video gözetimi ile suçluları izleyebilmektedir. Bu teknolojinin sıradan insanlar üzerinde kullanılması ise

---

91 Karan, Ulaş, "'Yaşam Hakkı' İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme" Sibel İnceoğlu (eds) Beta (2013): 128.

92 Congressional Research Service, Defense Primer: US Policy on Lethal Autonomous Weapons Systems, Erişim tarihi: 8 Haziran 2022. https://crsreports.congress.gov/product/pdf/IF/IF11150.

93 Congressional Research Service, Defense Primer: US Policy on Lethal Autonomous Weapons Systems, Erişim tarihi: 8 Haziran 2022. https://crsreports.congress.gov/product/pdf/IF/IF11150.

94 The European Parliament, "European Parliament Resolution of 12 September 2018 on Autonomous Weapon Systems" Erişim tarihi: 30 Mayıs 2022. (2018/2752(RSP)). http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2018-0341EN.html?redirect.

95 Kim, Hojung; Giacomin, Joseph; Macredie, Robert. "A Qualitative Study of Stakeholders' Perspectives on the Social Network Service Environment" *International Journal of Human-Computer Interaction Vol. 30,* (2014): 969.

96 Kim/Giacomi/Macredie, 969.

97 Büyük veri, "internetin değişik kaynaklarından toparlanan tüm verinin, anlamlı ve işlenebilir hâle dönüştürülmüş şekli" olarak tanımlanmaktadır. Erkul, "Yapay Zekâ ve Büyük Veri Nasıl Bir Gelecek Vadediyor?", 192.

98 Broeders/Schrijvers/Ballin, "Big Data and Security Policies: Serving Security, Protecting Freedom", 15.

mahremiyet hakkının ihlalini gündeme getirebilecek niteliktedir[99]. Terör örgütleriyle mücadelede de yapay zekâ teknolojilerinden sıklıkla yararlanılmaktadır. BM Terörizmle Mücadele Ofisi 2021 yılı raporunda terör örgütlerinin Güney ve Güneydoğu Asya'daki yasa dışı finansal hareketlerinin tespitinde yapay zekâ teknolojilerinden yararlanılarak, terörle mücadelede etkinliğin artacağını ifade etmiştir[100]. Bu durum, ABD, Kanada, Çin, Rusya, Almanya başta olmak üzere bazı ülkelerin yapay zekâ teknolojilerine büyük ölçüde yatırım yapmasının ve uluslararası aktörler arasında yapay zekânın yeni bir rekabet alanı olmasının esas nedenidir[101].

15 Eylül 2021 tarihinde Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Yüksek Komiserliği (OHCHR) tarafından yayımlanan Dijital Çağda Mahremiyet Hakkı (The Right to Privacy in the Digital Age (focus on artificial intelligence) başlıklı rapor, yapay zekânın giderek artan kullanımının mahremiyet hakkına etkilerini belirtmektedir. Raporda, yapay zekâ sistemleri, yeterli güvenlik önlemleri alınana kadar temel insan hakları için bir risk düzeyi yüksek olan, sosyal tehlike oluşturan bir faktör olarak ortaya konmaktadır. Raporda yapay zekâ sistemlerinin satışı ve kullanımı konusunda acilen bir moratoryuma ihtiyaç olduğu vurgulanmakta, uluslararası insan hakları hukukuna uygun olarak kullanılamayan yapay zekâ uygulamalarının yasaklanması çağrısında bulunulmaktadır[102]. Nitekim devletlerin bazı durumlarda başvurduğu gözetleme sistemlerinin satışı ve kullanımının insan haklarına uygun standartların sağlandığı zamana kadar ertelenmesi gerektiği öne sürülmektedir[103].

Özel hayata saygı hakkı kapsamında yapay zekâ sistemleri en çok görüntü işleme uygulamalarına konu olmaktadır. Bu bağlamda yüz tanıma, gözetleme, sosyal ağlarda fotoğraf etiketleme, sahte fotoğraf ve video üretimi temel konulardır. Örneğin, özellikle bankacılık sektöründe güvenlik açıklarını bertaraf etmek amacıyla geliştirilen yüz tanıma sistemleri bireylerin mahremiyet hakkını ihlal riski taşımaktadır. Derin öğrenme algoritmaları veri akışı yoluyla öğrenir ve ne kadar çok veri alırsa o kadar iyi performans gösterir[104]. Dolayısıyla da veriler yapay zekâ teknolojisinde mihenk taşı niteliğindedir. Bu sebeple yapay zekâlı bir sistemin kuruluşunda ve çalışmasında kişisel verilerin korunması yani gizliliğin sağlanması gerekir.

---

99 Cataleta/Cataleta, "Artificial Intelligence and Human Rights, an Unequal Struggle", 45.

100 The United Nations Office of Counter-Terrorism, "Countering Terrorism Online with Artificial Intelligence" (2021) 27; Erişim tarihi: 29 Haziran 2022. https://unicri.it/sites/default/files/2021-06/Countering%20Terrorism%20Online%20with%20AI%20-%20UNCCT-UNICRI%20Report.pdf.

101 Bilgin, Kıvılcım Romya, "Uluslararası Sistem ve Yapay Zekâ: Eski Rakipler ve Yeni Politikalar", *Panorama*, Erişim tarihi: 1 Haziran 2022. https://www.uikpanorama.com/blog/2021/12/30/uluslararasi-sistem-ve-yapay-zekâ:-eski-rakipler-ve-yeni-politikalar.

102 The United Nations Human Rights Office of the High Commissioner for Human Rights, "The right to privacy in the digital age: report (2021), Erişim tarihi: 22 Haziran 2002. https://www.ohchr.org/en/calls-for-input/calls-input/2021/right-privacy-digital-age-report-2021.

103 Singil, "Yapay Zekâ ve İnsan Hakları", 24.

104 Çakır, Özge, "Derin Öğrenme Nedir", Erişim tarihi: 10.06.2022. https://www.yapayzekâtr.com/2019/12/16 /derin-ogrenme-.

Özel hayata saygı ve kişisel verilerin korunması yakından ilişkili olmakla beraber birbirinden bağımsız haklar olarak da güvence altındadır. Her ikisi de benzer değerleri, yani özerkliği ve insan onurunu korumaya çalışır. Kişisel verilerin korunması hakkının doğma sebebi esasen kişinin mahremiyetine yönelen riskin kontrol altına alınmasıdır[105]. Özel hayata saygı hakkı öte yandan bireylere kişisel bir alan vererek özgürce kişiliklerini geliştirebilmelerini, düşünce ve görüşlerini şekillendirebilmelerini sağlar[106]. Kişisel veriler, özel hayata saygı hakkı kapsamında korunan bir değer[107] ve mahremiyet hakkının kendine has özelliklerini taşıyan bir türü olarak koruma altındadır[108]. Yapay zekâ uygulamalarında kişisel veriler doğrudan kaynak olduğundan ihlali de yoğun şekilde gündeme gelmektedir. Yapay zekâ uygulamalarının özel hayatın gizliliği alanında ortaya çıkaracağı en büyük sorunlardan biri elde edilen verilerin âkıbetidir. Çünkü verilerin başlangıçta öngörülmeyen ve çok farklı amaçlar için işlenebilmesi, verinin işleme amaçlarının yeniden kurgulanmasının ya da amaçla sınırlılık ilkesine aykırı olacak şekilde çok fazla amaç için işlenmesinin önüne geçilememesidir[109]. Bu bağlamda yapay zekâ alanında faaliyet gösterenler için (geliştiriciler, üreticiler, servis sağlayıcılar, karar alıcılar) 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu kapsamında kişisel verilerin korunması amacına yönelik önerileri içeren "Yapay Zekâ Alanında Kişisel Verilerin Korunmasına Dair Tavsiyeler" oluşturulmuştur. Bu tavsiyeler doğrultusunda[110] ki-

[105] Dülger, Murat Volkan, "İnsan Hakları ve Temel Hak ve Özgürlükler Bağlamında Kişisel Verilerin Korunması, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 5 (1), (2018): 77.

[106] The European Union Agency for Fundamental Rights, "Getting the Future Right: Artificial Intelligence and Fundamental Rights", Report of European Union Agency for Fundamental Rights (2020): 61, Erişim tarihi: 18 Haziran 2022. https://fra.europa.eu/en/publication/2020/artificial-intelligence-and-fundamental-rights.

[107] Yüzer Eltimur, Dilara, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunmasında Devletin Pozitif Yükümlülükleri" İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, (2019): 33.

[108] Çelik, Yeşim, "Özel Hayatın Gizliliğinin Yansıması Olarak Kişisel Verilerin Korunması ve Bu Bağlamda Unutulma Hakkı", TAAD, Y. 8, S. 32, (2017): 391; Dülger, "İnsan Hakları ve Temel Hak ve Özgürlükler Bağlamında Kişisel Verilerin Korunması", 78.

[109] İstanbul Barosu Yapay Zekâ Çalışma Grubu, "Algoritmik Karar Verme ve Veri Koruması", (2020): 8, Erişim tarihi: 20.06.2022. https://www.istanbulbarosu.org.tr/files/docs/AlgoritmikKararVermeveVeriKorumas %C4%B1022020.pdf.

[110] "Yapay zekâ uygulamalarının geliştirilmesi ve uygulanması sürecinde ilgili kişilerin temel hak ve özgürlüklerine saygı gösterilmeli, hak ihlaline meydan verilmemelidir. İnsan hakları ve temel özgürlüklerin himayesi ile insan onurunun korunması hakkı gözetilmelidir. Kişisel veri işleme temelli yapay zekâ ve veri toplama çalışmaları; kişilerin temel hak ve özgürlüklerini koruyan bir yaklaşım içerisinde hukuka uygunluk, dürüstlük, ölçülülük, hesap verebilirlik, şeffaflık, kişisel verilerin doğru ve güncel olması, kişisel veri kullanım amacının belirli ve sınırlı olması ilkeleri ile veri güvenliği yaklaşımına dayalı olmalıdır. Kişisel verilerin işlenmesinde; potansiyel risklerin önlenmesi ve azaltılması üzerine odaklanan, insan haklarını, demokrasinin işleyişini, sosyal ve etik değerleri de göz önünde bulunduran bir bakış açısı benimsenmelidir. Veri işleme faaliyetinin bireyler ve toplum üzerine etkileri değerlendirildiğinde ilgili kişi açısından kontrolü mümkün olmalıdır. Kişisel veri işleme temelli yapay zekâ çalışmalarında, kişisel verilerin korunması açısından yüksek risk öngörülüyorsa, mahremiyet etki değerlendirmesi uygulanmalı ve veri işleme faaliyetinin hukuka uygunluğuna bu çerçevede karar verilmelidir. Kişisel veri işleme esaslı yapay zekâ çalışmalarında

şisel veriler toplanırken ve işlenirken en başta insan hakları ve insan onuru gözetilmelidir. Öte yandan, sosyal ve etik değerlere bağlı kalınmalı, verilerin ilgili kişi açısından kontrolü mümkün olmalıdır. Ayrıca veri toplama çalışmaları; insan haklarını koruyan bir yaklaşım içerisinde hukuka uygun, dürüst, ölçülü, hesap verebilir ve şeffaf yürütülmelidir. Yine insanlar kendi verileri üzerinde tam denetime sahip olmalı ve verileri onlara zarar vermek amacıyla kullanılmamalıdır. Nitekim yapay zekâlı sistemlerin gizlilik ve veri korumasını sağlayacak şekilde tasarlanması gerekmektedir. Bu amaçla, veri şifreleme ve veri anonimleştirme gibi tasarım teknikleri kullanılmalıdır[111].

Yapay zekâ uygulamalarının aile hayatına da müdahalesi söz konusu olabilir. Örneğin, algoritmaların risk altındaki çocukların belirlenmesinde kullanılması ise aile hayatına müdahale olarak nitelendirilebilir[112].

E. İfade Özgürlüğü Çerçevesinde Yapay Zekâ Uygulamalarının Değerlendirilmesi

Günümüzde dünya çapında 3,8 milyar insan akıllı telefon[113], 2 milyardan fazla insan internet[114], ortalama her internet kullanıcı ise 120 GB veri kullanmaktadır[115]. Bu veri kullanımda bilginin çeşitliliği ve karmaşıklığının üstesinden yazılım araçları faaliyetleri ve algoritmalarla gelinmektedir[116].

Yapay zekâ sistemleri aracılığıyla tespit edilen zararlı içeriklerin henüz herhangi bir kimseyle paylaşılmadan sosyal medya platformuna yüklenmelerinin engellenmesi mümkündür. Fakat algoritmaların, bir içeriğin düşünsel temelini yani altında yatan mizah, eleştiri, ironi ya da saîki ayırt etmeleri mümkün değildir[117]. Bu sebeple sosyal medyada bir içeriğin yasaklı olduğundan şüphelenilmesi

ilk aşamadan itibaren kişisel verilerin korunması mevzuatına uyum sağlanmalı ve tüm sistemler tasarımdan itibaren veri koruma ilkesine göre geliştirilmeli ve yönetilmelidir. Bu kapsamda her projeye özel bir veri koruma uyum programı oluşturulmalı ve uygulanmalıdır. Kişisel veri işleme esaslı yapay zekâ teknolojileri geliştirilirken ve uygulanırken özel nitelikli kişisel veri işleniyorsa özel veri koruma kuralları olduğu göz önüne alınarak teknik ve idari tedbirler daha sıkı şekilde uygulanmalıdır. Yapay zekâ teknolojilerinin geliştirilmesi ve uygulanmasında aynı sonuca kişisel veri işlenmeksizin ulaşılabiliyorsa, verilerin anonim hale getirilerek işlenmesi yöntemleri tercih edilmelidir. Kişisel veri işleme esaslı yapay zekâ çalışmalarının farklı paydaşlarının veri sorumlusu veya veri işleyen olma statüleri projenin başında belirlenerek aralarındaki hukuki ilişki veri koruma mevzuatı ile uyumlu hale getirilmelidir." Kişisel Verileri Koruma Kurumu, "Yapay Zekâ Alanında Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Tavsiyeler", Erişim tarihi: 8 Mayıs 2022. https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/7048/Yapay-Zekâ-Alaninda-Kisisel-Verilerin-Korunmasina-Dair-Tavsiyeler.

111 Türkiye Bilişim Derneği, "Türkiye'de Yapay Zekânın Gelişimi için Görüş ve Öneriler", (2020), Erişim tarihi 2 Haziran 2022. https://www.tbd.org.tr/tbd-yapay-zekâ-raporu-2020/.

112 Mcgregor/Murray/Ng, "International Human Rights Law as a Framework for Algorithmic Accountability", 310.

113 Erkul, "Yapay Zekâ ve Büyük Veri Nasıl Bir Gelecek Vadediyor?", 192.

114 Kim/Giacomi, "A Qualitative Study of Stakeholders' Perspectives on the Social Network Service Environment", 965.

115 Erkul, "Yapay Zekâ ve Büyük Veri Nasıl Bir Gelecek Vadediyor?", 192.

116 Kim/Giacomi/Macredie, 965.

117 Singil, "Yapay Zekâ ve İnsan Hakları", 26.

dolayısıyla otomatik şekilde kaldırıldığı durumda ifade özgürlüğüne müdahale söz konusu olabilecektir[118]. İfade özgürlüğünün korunmasında şeffaflık da önemli olduğundan erişime engellenen içerikle ilgili kullanıcılara bildirimde bulunulması gerekmektedir. İfade paylaşımlarının içeriğinin sakıncalı görülerek doğrudan yasaklandığı durumlarda ise bireylere engellenen ifadelerine ilişkin olarak itiraz hakkı verilmelidir.

Algoritmik araçlar insanların davranışları hakkında kişisel verileri verdiklerinden haberdar olmaksızın bu bilgileri tahmin edebilir ve ortaya çıkarabilir[119]. Spinello'ya göre bilgisayarlı ve sayısallaştırılmış kişisel bilgiler verimli ve ekonomik şekilde toplanır, saklanır ve veri tabanına kazandırılır[120]. Bu şekilde elde edilen kişisel veriler internetten, hedeflenen reklamcılık faaliyetleri için de kullanılabilir[121]. Hatta kişiselleştirilmiş alışveriş ve eğlence için de kullanılmaktadır. Netflix'in izleme önerileri ya da Amazon'un satın alma önerileri buna örnek gösterilebilir. Bunlarda içerikleri önceliklendirme ve kişiye özel tavsiyelerde bulunulmaktadır. Yani hangi ürünün satın alınıp, hangi dizinin izleyeceğine ya da hangi müziğin dinleneceğine bireyler özgür iradesiyle değil de algoritmik yönlendirmeler aracılığıyla da karar vermektedir. Bu bağlamda otomatikleştirilmiş karar verme sistemlerinin kişisel/duygusal olarak yüklü mesajlarla ve hedeflenen verilerle kullanılması bireylerin düşünce özgürlüğüne etki etme gücüne sahiptir.

F. Adil Yargılanma Hakkı Çerçevesinde Yapay Zekâ Uygulamalarının Değerlendirilmesi

Son yıllarda birçok ülkenin ceza adalet sisteminde algoritmik sistemlerin kullanılmaya başlanmasıyla beraber adil yargılanma hakkı kapsamında korunan bazı ilkeler ve haklar (masumiyet karinesi, kanunî hâkim güvencesi, bağımsız ve tarafsız mahkemede yargılanma, makul sürede yargılanma) bakımından lehe durumlar söz konusu olurken bazıları için ise aleyhe durumlar doğmuştur. Fakat neticede hem adaleti sağlamak hem de verimlilik arayışında, adalet sistemleri prosedür aşamasında giderek artan şekilde otomatik karar verme araçlarını kullanmaktadırlar. Bu sistemler özellikle tutukluluk, şartlı tahliye kararlarını almak üzere başvurulan risk değerlendirmeleri kararlarında kendini göstermektedir[122].

---

118 Raso/Hilligoss,/Krishnamurthy/Bavitz/Kim, "Artificial Intelligence&Human rights: Opportunities and Risks", 40.

119 ECP Platform for the Information Society, "Artificial Intelligence Impact Assessment", (2019), Erişim tarihi 25 Haziran 2002. https://static1.squarespace.com/static/5b7877457c9327fa97fef427/t/5c368c611ae6cf01ea0fba53/1547078768062/Artificial+Intelligence+Impact+Assessment+-+English.pdf.

120 Kim/Giacomi/Macredie, 969.

121 ECP Platform for the Information Society, Artificial Intelligence Impact Assessment, (2019), Erişim tarihi 25 Haziran 2002. https://static1.squarespace.com/static/5b7877457c9327fa97fef427/t/5c368c611ae6cf01ea0fba53/1547078768062/Artificial+Intelligence+Impact+Assessment+-+English.pdf.

122 Raso/Hilligoss/Krishnamurthy/Bavitz/Kim, "Artificial Intelligence&Human rights: Opportunities and Risks", 20.

Gelecekte de akıllı asistanlar aracılığıyla yapay zekâ sistemlerinin yargıçlara davalarda karar verme aşamasında destek sağlayacağı öngörülmektedir[123].

Ceza adalet sisteminde yapay zekâ teknolojisinden faydalanılması usul ekonomisi açısından lehe sonuçların doğmasına vesile olmuştur. Bu bağlamda yapay zekâ uygulamalarından yararlanılması yargılama süreci maliyetlerinin ve dava yükünün azalmasını sağlanmıştır. Öte yandan yargılama sürecinin hızlı sonuçlanması sağlanarak makul sürede yargılanma hakkı açısından lehe bir etki söz konusu olmuştur[124]. Nitekim gereksiz gider yapılmayarak mümkün olan en kısa sürede yargılamanın yapılması usul ekonomisinin de gereğidir.

Durum tespit yazılımı üreticisi olan LawGeex tarafından yayınlanan bir araştırma, yapay zekânın bazı anlaşmalardaki boşlukları ve diğer riskleri bulmada avukatlardan daha isabetli ve hızlı olduğunu ortaya koymuştur. Çalışmaya katılan avukatların çalışmadaki beş sözleşmeyi gözden geçirmesi ortalama 92 dakika sürmüştür ve değişiklik önerileri %85 oranında isabetli bulunmuştur. Buna karşılık, LawGeex yapay zekâ yazılımının beş sözleşmenin tümünü gözden geçirmesi 23 saniye sürmüş ve değişiklik önerileri %94 oranında isabetli bulunmuştur[125]. Bu bağlamda adalet sisteminde durum tespit değerlendirmesi yapılması gereken dosyalarda yapay zekâ sistemlerinden yararlanılması sonucunda süre bakımından avantaj elde edileceği açık olup, değerlendirme isabet oranı da yüksek olduğundan yargı mensupları açısından yönlendirici olabilir.

Ceza adalet sisteminde hapis cezasının süresi belirlenirken algoritmaların kullanılması yargıçların davalarda daha objektif ve eşit bir tutum takınmalarını sağlamaktadır.[126] Ayrıca algoritmaların kullanımı yargıçlarının kasıtsız önyargılarının ortaya çıkmasını engelleyebilir[127]. Fakat tam aksi durumlar da söz konusu olabilir. Karmaşık algoritmalar bazı bireyleri hatalı bir şekilde "yüksek riskli" grubunda sınıflandırabilir ve yargılanmasına, gözaltına alınmasına sebep olarak[128] masumiyet karinesini ihlal edebilir. Yapay zekâ sistemlerinin tescilli niteliği, içsel karmaşıklıkları ve ürettikleri sonuçların anlaşılmazlığı mahkemede onlara meydan okumayı da zorlaştırmaktadır[129].

Ceza adalet sisteminde yapay zekâ uygulamalarından risk değerlendirme süreçlerinde yararlanılmaktadır. Yüklenen her türlü verinin analizini sağlayan

123 Erdoğan, "Yapay Zekâ ve Hukukuna Genel Bir Bakış", 136.

124 Singil, "Yapay Zekâ ve İnsan Hakları", 19.

125 Dysart, Joe, "AI Removes the Drudgery from Legal Due Diligence". ACM News, (2019) Erişim tarihi: 30 Temmuz 2022. https://cacm.acm.org/news/233886-ai-removesthe-drudgery-from-legal-duediligence/fulltext.

126 Singil, "Yapay Zekâ ve İnsan Hakları", 19.

127 Singil, "Yapay Zekâ ve İnsan Hakları", 19.

128 Raso/Hilligoss/Krishnamurthy/Bavitz/Kim, "Artificial Intelligence&Human rights: Opportunities and Risks", 20.

129 Raso/Hilligoss/Krishnamurthy/Bavitz/Kim, "Artificial Intelligence&Human rights: Opportunities and Risks", 20.

bu risk değerlendirme sistemleri otomatiktir ve devletlerin veri tabanlarında hâlihazırda var olan mevcut bilgilere dayanılarak oluşturulur[130]. ABD ceza adalet sisteminde kullanılan risk değerlendirme araçları niteliği gereği adil olmadığı gerekçesiyle eleştirilmiştir. Kanada Yüksek Mahkemesi geçtiğimiz günlerde Ewert v. Kanada davasında risk değerlendirme araçlarının çoğunluk gruplardan elde edilen verilere dayanarak doğrulandığını bu sebeple de azınlık gruplarına ilişkin aynı özellikleri tahmin etmede geçerliliği olmayabileceğini kaydetmiştir[131].

Risk değerlendirme sistemlerinin yargı bağımsızlığı ve masumiyet karinesi bakımından bir takım olumsuz sonuçlar doğurması da muhtemeldir. Nitekim veri analizleri yoluyla bağıntı ve çıkarımlar sonucu bireylerin herhangi bir eylemi gerçekleştirebilme ihtimali bilgisine ulaşılması masumiyet karinesiyle çelişebilir[132]. Algoritmalar verilerin özellikle bazı bölgelerden toplandığı ya da potansiyel suçlu yahut mağdurlardan edinildiği durumlarda bazı önyargılar geliştirmesi muhtemeldir[133]. Örneğin; yapılan bir araştırmada, ABD ceza adalet sisteminde kullanılan ve tescilli profil oluşturma algoritması olan COMPAS'a[134] girilen verilerin bazı bölgelerden veya sadece suç işleme potansiyeline sahip kimseler gibi belirli kişilerden toplandığı ve bu eksik veriler sebebiyle algoritmanın ırka dayalı bazı önyargılar geliştirdiği görülmüştür. Örneğin, sistem Afro-Amerikanları iki katı yüksek oranda riskli olarak sınıflandırmış ve ayrıca sadece ten rengi dolayısı ile bazı kişilerin suç işleme potansiyeli daha yüksek çıkmıştır. Her iki ırk grubunun yeniden suç işleme oranının tahminin de ise doğruluk oranı %63'e %59'dur. Afro-Amerikan hükümlülerin yüksek riskli olarak kategorize edilen %45'inin sonuç olarak yeniden suç işlemediği görülmüştür. Beyaz tenlilerde ise bu oran %23'tür[135]. İngiltere'de de verileri kullanarak risk faktörlerini hesaplayan HART (Harm Assessment Risk Tool) adlı uygulama bu alanda kullanılmakta olup[136], aynı ihlal riskleri bu uygulama da görülmektedir.

Yargıcın somut olaya ilişkin kanaatini oluştururken sanık hakkında kendi değerlendirmesini yapmadan, doğrudan yapay zekâ sistemleri tarafından yönlen-

130 Raso/Hilligoss/Krishnamurthy/Bavitz/Kim, "Artificial Intelligence&Human rights: Opportunities and Risks", 22.

131 Raso/Hilligoss/Krishnamurthy/Bavitz/Kim, "Artificial Intelligence&Human rights: Opportunities and Risks", 22.

132 Broeders/Schrijvers/Ballin, "Big Data and Security Policies: Serving Security, Protecting Freedom", 15.

133 Singil, "Yapay Zekâ ve İnsan Hakları", 19.

134 Raso/Hilligoss/Krishnamurthy/Bavitz/Kim, "Artificial Intelligence&Human rights: Opportunities and Risks" 23.

135 Raso/Hilligoss/Krishnamurthy/Bavitz/Kim, "Artificial Intelligence&Human rights: Opportunities and Risks", 23.

136 Mcgregor/Murray/Ng, "International Human Rights Law as a Framework for Algorithmic Accountability", 316.

dirilmesi, masumiyet karinesinin ihlal edilmesine sebebiyet verebilir[137]. Ayrıca, yargıcın kendi gerekçe ve argümanlarını oluşturarak bir karara varmak yerine, algoritmaların genel geçer şekilde daha güvenilir olduğu düşüncesi ve sistemin yönlendirmesiyle sistem tarafından ortaya konulan sonuca uygun karar vermesi halinde yargıcın bağımsızlığı ilkesi aleyhe yönde etkilenebilir[138].

AİHM kararları çerçevesinde bu verilerin makine öğrenme sistemlerine işlenmesi sonucu geniş ölçekli istatiksel analiz mümkün hale gelmiştir. Makine öğreniminde AİHM kararlarında kullanılan kelimeler ve ifadeler temelinde nicel analiz yapılıp daha sonra bu analize dayalı olarak bilgisayarın mahkeme kararını tahmin etmesini 'öğretmek' hedeflenmektedir[139]. AİHM'den veri alınarak, örneğin dil işleme araçlarının (yargılama metinlerindeki kalıplar, ifadeler) nasıl kullanılacağına ilişkin veriler çerçevesinde Mahkeme'nin otomatik olarak hangi kararı vereceğinin tahmini ve analizi araştırması yapılmıştır[140]. Bu araştırmada makine öğrenimi sistemi 9. maddenin ihlalini tahmin etmede %75 doğrulukla çalışmıştır. AİHS'in 3., 6. ve 8. maddelerinin ihlali gerekçesiyle açılan 584 dava dosyasındaki verileri analiz ederek, bu davaların %79'unda AİHM yargıçları ile aynı yönde karar vermiştir[141].

Yapay zekâ yargıçlarının geçmişteki vakalara dayalı olarak gelecekteki vakalar için karar vermesinin performansını olumsuz yönde etkilediği ortaya çıkmıştır (ortalama doğruluk aralığı %58 ile %68 arasında). Davaya bakan yargıçların soyadlarına dayalı olarak karar tahmininde ise ortalama %65 doğruluk performansı elde edilmiştir[142]. Örneğin, 6. madde için ihlal olmayan vakaları tahmin etmede ihlal vakalarından daha iyi olduğu görülmüştür[143]. Sistemin geçmiş yılın kararlarını daha iyi tahmin ederken gelecekteki kararları tahmin etmesinin daha zor olduğu anlaşılmıştır. Çünkü bu kararlar için değişen zamanın da göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Zira geçen yılın kararı daha iyi tahmin edilebiliyorken modelin esas alındığı ve test edildiği zaman aralığı çok geniş ise tahmin performansı düşmektedir. Bu sebeple de sistemin daha yüksek bir doğruluk oranında verimli şekilde çalışabilmesi, değişen hukuk dünyasına ayak uydurmak ve

137 Singil, "Yapay Zekâ ve İnsan Hakları", 20.

138 Singil, "Yapay Zekâ ve İnsan Hakları", 20.

139 Medvedeva Masha; Vols, Michel; Wieling, Martijn. "Using machine learning to predict decisions of the European Court of Human Rights", Artificial Intelligence and Law (2020): 238.

140 Medvedeva/Vols/Wieling, "Using machine learning to predict decisions of the European Court of Human Rights", 237.

141 Johnston, Chris, "Artificial intelligence 'judge' developed by UCL computer scientists" Erişim tarihi 19 Haziran 2022. https://www.theguardian.com/technology/2016/oct/24/artificial-intelligence-judge-university-college-london-computer-scientists.

142 Medvedeva/Vols/Wieling, "Using machine learning to predict decisions of the European Court of Human Rights", 237.

143 Medvedeva/Vols/Wieling, "Using machine learning to predict decisions of the European Court of Human Rights", 257.

yeterli bir hukuk düzenini sürdürmek için yayınlanan kararların sisteme sürekli entegre edilmesi gerekmektedir[144].

AİHM'in kararlarını tahmin etmek için makine öğrenmesinin sonuçlarını değerlendirdiğimizde nispeten basit ve otomatik olarak elde edilebilen bilgileri kullanan makine algoritma modelleri, vakaların yaklaşık %75'inde kararları doğru bir şekilde tahmin edebilme oranına ulaşmıştır. Fakat geliştirilebilmeleri için de çok yönlü yasal ve dilsel analizlerin yapılması gerekmektedir[145].

Otomatik risk değerlendirme araçlarının oluşturulması ve bu araçları çevreleyen gizlilik ağırlıklı olarak özel sektör tarafından geliştirilecektir. Bu araçların bazı insan haklarını olumsuz yönde etkilemesi riski de ortadadır. Bu sebeple de sanıkların adil ve aleni bir duruşmada bağımsız ve tarafsız bir mahkeme huzurunda ve savunmaları için gerekli tüm garantilerden de yararlandırılmaları gerekmektedir[146].

Yargılama sisteminde yapay zekâ uygulamalarından yararlanılsa dahi yargıçların hüküm verirken müdahalesine imkân tanınmalı, yani takdir hakları ortadan kaldırılmamalıdır. Yargıçların yapay zekâ uygulaması tarafından ortaya konulan sonucuna güvenmeme özgürlükleri yasal olarak da korunmalıdır. Yapay zekâ içeren sistemleri kullanılırken söz konusu olabilecek durumlar için yapay zekâ uygulamalarına ilişkin olarak devletlerin mevzuat dışında birtakım etik kurallar da benimsemesi gerekmektedir. Örneğin, Almanya, ABD, Avrupa Birliği, Avustralya, Birleşik Arap Emirlikleri, Finlandiya, Fransa, Güney Kore, Hindistan, Hollanda, İngiltere, İrlanda, İspanya, İtalya, Japonya, Kanada, Norveç, Singapur yapay zekâ için etik kuralları yayımlamış olan ülkelere örnektir[147].

V. YAPAY ZEKÂ UYGULAMALARINA İLİŞKİN OLARAK DEVLETİN İNSAN HAKLARINI KORUMA YÜKÜMLÜLÜKLERİ

A. Mevzuat Oluşturma

2021 tarihli İnsan Hakları Eylem Planı'nın *"Dijital Ortamda ve Yapay Zekâ Uygulamaları Karşısında İnsan Haklarının Korunması"* başlıklı 8.10.d. hedefi ile *"Yapay zekâ alanına ilişkin mevzuat çerçevesi, uluslararası ilkeler de dikkate alınarak oluşturulacak ve etik ilkeler belirlenecek, bu alanda insan haklarının korunmasına*

144 Medvedeva/Vols/Wieling, "Using machine learning to predict decisions of the European Court of Human Rights", 259.

145 Medvedeva/Vols/Wieling, "Using machine learning to predict decisions of the European Court of Human Rights", 263.

146 Raso/Hilligoss/Krishnamurthy/Bavitz/Kim, "Artificial Intelligence&Human rights: Opportunities and Risks", 25.

147 Türkiye Bilişim Derneği. "Türkiye'de Yapay Zekânın Gelişimi için Görüş ve Öneriler", (2020), Erişim tarihi 2 Haziran 2022. https://www.tbd.org.tr/tbd-yapay-zekâ-raporu-2020/.

ilişkin tedbirler alınacaktır."[148]. Yapay zekâ alanında etik ve hukuk çerçevenin oluşturulması 2021-2025 Türkiye Yapay Zekâ Stratejisi'nde de vurgulanmıştır[149].

İnsan hakları yaklaşımı, yapay zekâ düzenlemesine ilişkin AB Beyaz Kitabında resmi olarak açık değildir[150]. Fakat insan haklarının evrenselliği ilkesine dayanan yaklaşım yapay zekâ sistemlerine ilişkin küresel ölçekte bir düzenlemenin çerçevesi olmalıdır[151]. Dünyanın farklı yerlerinde yaşayan herkes en iyi, daha güvenilir ve etik dijital gelecek vizyonuna sahip olmalıdır[152].

Yapay zekânın güvenilirliği konusu birçok gelişmiş ülkenin öncelikle ele aldığı konulardandır. Yapay zekânın farklı sektörlerde kullanımı ile beraber sosyal ve hukuki etkiler açısından olumsuz sonuçların doğma potansiyeli halihazırda tartışılmaktadır. Hem genel hem de alana özgü yasal ve idari düzenlemelerin hazırlanması bu olumsuz sorunların önüne geçilmesi amacına hizmet edecektir[153]. Bu anlamda mevzuatın insan haklarını koruma ve geliştirme anlayışı ile oluşturulması gerekmektedir. Nitekim Avrupa Konseyi Yapay Zekâ Ad Hoc Komitesi (CAHAI) de yapay zekâ ile ilgili yasal çerçevenin temel unsurlarından biri olarak, Avrupa insan hakları standartlarına atıf yapmıştır[154]. 2021 tarihli Avrupa Birliği Yapay Zekâ Tüzüğü Teklifi de yapay zekânın birey ve toplumlar üzerinde yarattığı olumsuz etkilerinin azaltılması ve sorunların çözülmesi için bu sistemler ile uyumlaştırılmış kuralların ortaya konulmasını amaçlamaktadır. Yapay zekâ sistemleri ile ilgili riskleri ve sorunları çözmek için sınırlı, dengeli ve orantılı yatay düzenleyici bir yaklaşım sunmakta, güçlü ve esnek bir hukuki sistem oluşturmayı hedeflemektedir[155]. Bu bağlamda Komisyon yapay zekâya ilişkin düzenleme önerisinde aşağıdaki özel hedefleri benimsemiştir:

---

148 Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı. "İnsan Hakları Eylem Planı ve Uygulama Takvimi, Özgür Birey, Güçlü Toplum; Daha Demokratik Bir TÜRKIYE", (2021): 120, Erişim tarihi: 5 Haziran 2022. https://rayp.adalet.gov.tr/resimler/1/dosya/insan-haklari-ep02-03-202115-14.pdf.

149 Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı Dijital Dönüşüm Ofisi. "Ulusal Yapay Zekâ Stratejisi 2021-2025", (2021): 14-15, Erişim tarihi: 10 Haziran 2022. https://cbddo.gov.tr/SharedFolderServer/Genel/File/TR-UlusalYZStratejisi2021-2025.pdf.

150 The European Commission. "White Paper on Artificial Intelligence -A European approach to excellence and trust", Erişim Tarihi: 5 Mayıs 2022. https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/commission-white-paper-artificial-intelligence-feb2020_en.pdf.

151 Criado/Aller, "A Wide Human-Rights Approach to Artificial Intelligence Regulation in Europe", 57.

152 Criado/Aller, "A Wide Human-Rights Approach to Artificial Intelligence Regulation in Europe", 57.

153 Türkiye Bilişim Derneği. "Türkiye'de Yapay Zekânın Gelişimi için Görüş ve Öneriler", (2020), Erişim tarihi: 2 Haziran 2022. https://www.tbd.org.tr/tbd-yapay-zekâ-raporu-2020/.

154 The Council of Europe "CAHAI-Ad hoc Committee on Artificial Intelligence" Erişim tarihi: 20 Haziran 2002. https://www.coe.int/en/web/artificial-intelligence/cahai.

155 The European Commission, "Regulation of the European Parliament and of the Council Laying Down Harmonised Rules on Artificial Intelligence (Artifical Intelligence Act) and Amending certain Union Legislative Acts", Erişim Tarihi: 25 Haziran 2022. https://eur-lex.europa.eu/legal content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52021PC0206.

"Birlik pazarına arz edilen ve kullanılan yapay zekâ sistemlerinin güvenli olmasının ve temel haklara ilişkin mevcut hukuk ile Birlik değerlerine uymasının sağlanması;

Yapay zekâya 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"[156].

Kamu ve özel sektör, uluslararası kuruluşlar ve sivil toplum çağrı ve tavsiyelerin ötesine geçerek yapay zekâ sistemlerine ilişkin olarak özellikle verilerin korunması ve gizliliğine yönelik bağlayıcı hukuki düzenlemelerin yapılması yönünde hareket geçilmesini sağlamalıdır[157].

İnsan hakları, değişen ve dinamik yapay zekâ sistemlerinin hayata geçirilmesinde kontrolü de sağlayan kilit bir kavramdır. Bu sebeple de insan haklarının korunması gayesiyle gelişen teknolojiye ket vurmak yerine eşgüdümlü hukuki politikalar ve stratejiler geliştirilerek bu sistemlerin avantajlarının arttırılıp dezavantajlarını minimize edecek hukuki zemin ortaya konmalıdır.

B. Etik İlkeler Oluşturma

1. Bilgilendirme

Yapay zekâ sistemlerinin insan haklarına müdahalelerini önlemek için kamu otoriteleri tarafından bazı tedbirler alınmalıdır. Bunlardan ilki, yapay zekânın ilgili alanda kullanıldığına ilişkin olarak kullanıcıların bilgilendirilmesidir. Bir diğeri ise, bireylerin yapay zekâ sistemleri tarafından herhangi bir insan hakkı ihale uğradığında hangi birimlere ne şekilde başvuracaklarını belirleyen bir kılavuzun oluşturulmasıdır[158].

Algoritma ve datalardaki hataların ve belirsizliklerin kimliği, kütüğü ve mantıkî kaynakları, en kötü durumun etkilerinin anlaşılabilmesi ve azaltılması prosedürleri hakkında bilgi verilmesi gerekmektedir[159].

---

156 Avrupa Birliği Komisyonu, "Yapay Zekâya İlişkin Uyumlaştırılmış Kurallara (Yapay Zekâ Düzenlemesi) ve Birlik'in Belirli Yasal Düzenlemelerinin Değiştirilmesine Yönelik Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Birliği Konseyi Tüzüğü Teklifi", (2021), https://www.istanbulbarosu.org.tr/files/docs/AvrupaBirligiYapayZekâya%C4%B0liskinTuzukTeklifiTurkceTercumesi.pdf.

157 Beduschi, "Human Rights and the Governance of Artificial Intelligence", 1.

158 The European Union Agency for Fundamental Rights, "Getting the Future Right: Artificial Intelligence and Fundamental Rights", Report of European Union Agency for Fundamental Rights (2020): 76, Erişim tarihi: 18 Haziran 2022. https://fra.europa.eu/en/publication/2020/artificial-intelligence-and-fundamental-rights.

159 Criado/Aller, "A Wide Human-Rights Approach to Artificial Intelligence Regulation in Europe", 58.

2. Karar Alma Süreçlerinde ve Verilerin Toplanmasında Şeffaflık

Toplumsal norm ve değerleri dahi şekillendirme gücüne haiz yapay zekâ, demokrasinin tüm kurum ve kurallarıyla yerleşmesine sebep olup, demokratik konsolidasyonu güçlendirebileceği gibi otoriter rejimlerin iktidarını koruması için güçlü bir araç olarak da kullanılabilir[160]. Bu bağlamda yapay zekâ sistemlerinin kullanım sürecinde şeffaflık öne çıkmaktır.

İnsan hakları yaklaşımı bazı temel özelliklere ilişkin olarak doğal eğilimi içermektedir. İnsanların şeffaflığa olan ihtiyacı, yetkililerin ve özel şirketlerin meşru aktörler olarak kalabilmeleri için faaliyetleri hakkında net bilgi sağlamalarını gerektirir[161]. Dolayısıyla da hükümet karar alma süreçlerinde şeffaflığı teşvik etmelidir. Bu bağlamda hükümet, yeni teknolojilere yönelik politika ve dijital yönetişimin insan hakları üzerindeki etkisini dikkate almalı ve insan haklarının korunması için güvenceler oluşturmalıdır.

Yapay zekâ sisteminin ve algoritmaların fiili işleyişine ilişkin şeffaflık eksikliği söz konusu olabilir. Örneğin, şeffaflığın söz konusu olmadığı bir sistemde bu durum bir sanığın davaya itiraz etmesini engelleyebilir[162].

Yapay zekâ sistemlerini beslemek için, amaçlanan veya potansiyel kullanımı hakkında net göstergeler olmadan veri toplanması, şeffaflığı tehlikeye düşürür[163]. Bu sebeple de hem veriler toplanırken hem de bu verilere dayalı yapay zekâ sistemleri işletilirken süreç şeffaf yürütülmelidir.

3. Hesap Verebilirlik/Sorumluluk

Yapay zekâ sistemlerinin kullanımında hesap verebilirlik toplumda güveni ve güvenliği pekiştirmek için temel esastır. Bu sebeple de yapay zekâ uygulamalarına ilişkin olarak kamu otoriteleri tarafından alınması gereken öncelikli tedbirlerin arasında hesap verilebilirliğinin sağlanması gelmektedir[164].

Kamu otoriteleri hesap verebilirliği sağlamalıdır. Bu yönde devlet dışı aktörlerin sorumluluk çerçevesi de devlet tarafından belirlenmelidir. Kamu otoriteleri yeni

---

160 Bilgin, Kıvılcım Romya, "Uluslararası Sistem ve Yapay Zekâ: Eski Rakipler ve Yeni Politikalar", *Panorama*, Çevrimiçi Yayın, 30 Aralık 2021, https://www.uikpanorama.com/blog/2021/12/30/uluslararasi-sistem-ve-yapay-zekâ:-eski-rakipler-ve-yeni-politikalar.

161 Al-Rodhan, Nayef. "Artificial Intelligence: Implications for human dignity and Governance" (2021), Erişim Tarihi: 25 Haziran 2022 https://oxfordpoliticalreview.com/2021/03/27/artificial-intelligence/.

162 Mcgregor/Murray/Ng, "International Human Rights Law as a Framework for Algorithmic Accountability", 318.

163 Al-Rodhan, Nayef. "Artificial Intelligence: Implications for human dignity and Governance", (2021), Erişim Tarihi: 25 Haziran 2022 https://oxfordpoliticalreview.com/2021/03/27/artificial-intelligence/.

164 The European Union Agency for Fundamental Rights, "Getting the Future Right: Artificial Intelligence and Fundamental Rights", Report of European Union Agency for Fundamental Rights (2020): 76, Erişim tarihi: 18 Haziran 2022. https://fra.europa.eu/en/publication/2020/artificial-intelligence-and-fundamental-rights.

teknolojilerin kullanımında hem kendilerinin hem de devlet dışı aktörlerin sorumluluklarını belirlerken insan hakları ile uyumlu bir düzenleyici çerçeve oluşturmalıdır.

Modern algoritmaların doğru çalışması kaliteli girdi verilerine bağlıdır[165] bu bağlamda hem kamu otoriteleri hem de özel kişiler veri kalitesini ve güvenilirliğini sağlamakla sorumludur. Kamu otoriteleri aynı zamanda insan haklarını özel kişilerin eylemlerinden de korumakla yükümlü olduğundan sorumluluğu daha kapsamlıdır.

Yapay zekâ geliştiriciler, veri işlenmesinde her aşama ve süreçte hesap verebilir bir algoritma kurmalı ve sorumlulukların kime ait olacağını belirlemelidir"[166] Algoritmik karar sistemlerinin bireysel yahut toplumsal olumsuz etkilerinin giderilmesi için düzeltme imkânının sağlanmasına uygun hale getirilmelidir. Aynı zamanda bu tür sorunların zamanında giderilmesi için sorumlu bir kişi atanmalıdır[167].

Biz sarih bir şekilde tanımasak dahi günümüzde yapay zekâ olağan bir biçimde toplum için temel olduğunu artık kanıtlamıştır[168]. Bu sistemler gelişerek devam edecek ve insanların geleneksel olarak yaptığı birçok işi yapacaklardır. Bu sistemlere otonom karar verme hususunda sorumluluk verirken insan haklarının korunmasına uygun şekilde hesap verebilirliği de garanti etmeliyiz[169].

4. Ayrım Gözetmemek

Ayrımcılıkla mücadele yasaları, yeni ve gelişmekte olan teknolojilerin geliştirilmesi ve kullanımına uygulanmalıdır. Engelliler gibi kırılgan grupların teknolojiye ve yapay zekâ sistemlerine erişme hususunda özel ihtiyaçları dikkate alınmalıdır[170]. Çünkü yeni teknolojilere eşit olmayan erişim, özellikle sosyo-ekonomik durum, engellilik, yaş veya coğrafi konum gibi faktörlerden etkilenir ve eşitsizlikleri şiddetlendirir[171].

Yapay zekâ uygulamalarına aşırı güven, sistemin hata ve önyargılarının gözden kaçırılmasına sebebiyet verebilir. Yapay zekâ kullanan sistemler, verileri kullanarak "eğitilmiş" olduklarından bu verilerin ayrımcılığı gözetmemesi sonucunda yeni uygulamada ayrımcılık artarak daha adaletsiz sonuçlar doğabilir[172]. Büyük veri kümelerinde ayrımcı hususlar düzeltilmezse toplumdaki belirli gruplara yönelik ayrımcılık ve haksızlık da daha büyük ölçekte olur. Bu bağlamda büyük

---

165 Mcgregor/Murray/Ng, "International Human Rights Law as a Framework for Algorithmic Accountability", 317.

166 İstanbul Barosu Yapay Zekâ Çalışma Grubu. "Algoritmik Karar Verme ve Veri Koruması", (2020), Erişim tarihi: 10 Haziran 2022. https://www.istanbulbarosu.org.tr/files/docs/AlgoritmikKararVermeveVeriKorumas%C4%B1022020.pdf.

167 Criado/Aller, "A Wide Human-Rights Approach to Artificial Intelligence Regulation in Europe", 58.

168 Cataleta/Cataleta, "Artificial Intelligence and Human Rights, an Unequal Struggle", 45.

169 Cataleta/Cataleta, "Artificial Intelligence and Human Rights, an Unequal Struggle", 45.

170 Criado/Aller, "A Wide Human-Rights Approach to Artificial Intelligence Regulation in Europe", 56.

171 Criado/Aller, "A Wide Human-Rights Approach to Artificial Intelligence Regulation in Europe", 57.

172 Criado/Aller, "A Wide Human-Rights Approach to Artificial Intelligence Regulation in Europe", 57.

veri analizi eşitsiz uygulamaları besleyebilir. Bu da veri determinizmini doğurur. Fakat eğitim verileri iyi bir şekilde toplanır ve kullanılırsa, aslında yapay zekâ teknolojileri özellikle savunmasız gruplar için daha iyi hizmet sunumunu da sağlayabilir[173].

Yapay zekâlı sistemler tasarlanırken haksız önyargıdan kaçınmak odak noktası olmalıdır. Sistem geliştiricilerinin ilk önce algoritmalarının tasarımının objektif olmasını sağlayıp, yanlı olmadığından emin olması gerekmektedir. Bu noktada yapay zekâ sistemlerden dolaylı ya da doğrudan etkilenebilecek paydaşlara danışılmalı ve bu paydaşlar sistemin geliştirilmesi sırasında yer alması sağlanmalıdır. Öte yandan yapay zekâ sistemleri, tüm bireylerin yetenek, beceri ve gereksinimleri göz önünde tutularak tasarlanmalı ve geliştirilmelidir[174]. Yapay zekâ sistemleri bu yönde kullanılırsa eşitsizliği azaltmaya da yarayabilir[175].

5. Katılımcı Yaklaşımlar Geliştirmek

Katılımcı yaklaşım geliştirme amacı, kamuoyu, özellikle gruplar ve sivil toplum ile uzmanlar ve karar vericiler dahil olmak üzere yeni ve gelişmekte olan teknolojilerden etkilenen tüm paydaşların seslerinin duyulmasını sağlamayı amaçlar[176].

Yeni teknoloji uygulamalarına katılımcı yaklaşımlar geliştirmelidir. Katılımcı yaklaşım, yapay zekâ sistem kullanıcılarının toplumsal, çevresel ve ekonomik ihtiyaç ve amaçları göz önünde bulundurularak, işlevsel sonuçlara ulaşması sağlanarak geliştirilebilir. Bu yaklaşımın geliştirilebilmesi için her şeyden evvel toplumun, temel hizmetler için karar verme süreçlerinde otomasyonun etkisi gibi yeni teknolojilerin insanların yaşamları üzerindeki etkisini anlaması ve bir inceleme süreci ve/veya çare hakkında bilgi sahibi olması ve bunlara erişime sahip olması gerekir[177].

6. Tartışılabilirliği Sağlamak

Bir yapay zekâ sistemi bir kişi, grup ya da çevreyi önemli ölçüde etkilediğinde, insanların bu sistemin çıktısına zamanında karşı çıkmasına izin verilmelidir[178]. Bu bağlamda sistem çıktılarının genel geçer sonuçlar olarak kabul edilmesinden önce bu çıktılara itiraz imkânı getirilmelidir. Bu bağlamda yapay zekâ sistemlerinin çıktılarına tartışmasız şekilde riayet edilmesini yasaklayıcı düzenlemeler yapılabilir.

---

173 Criado/Aller, "A Wide Human-Rights Approach to Artificial Intelligence Regulation in Europe", 57.

174 Türkiye Bilişim Derneği, "Türkiye'de Yapay Zekânın Gelişimi için Görüş ve Öneriler", (2020), Erişim tarihi 2 Haziran 2022. https://www.tbd.org.tr/tbd-yapay-zekâ-raporu-2020/.

175 Raso/Hilligoss/Krishnamurthy/Bavitz/Kim, "Artificial Intelligence&Human rights: Opportunities and Risks", 20.

176 Criado/Aller, "A Wide Human-Rights Approach to Artificial Intelligence Regulation in Europe", 56.

177 Criado/Aller, "A Wide Human-Rights Approach to Artificial Intelligence Regulation in Europe", 56.

178 Criado/Aller, "A Wide Human-Rights Approach to Artificial Intelligence Regulation in Europe", 58.

7. Erişebilirliliği Sağlamak

Toplumda bireyler arasında sosyal uyumu sağlamak için fırsatlara eşit erişimi sağlamak gereklidir[179]. Bu sebeple de toplumun çok geniş bir kesiminin yapay zekâ sistemlerine erişime sahip olması gerekir. Yapay zekâ teknolojileri aynı zamanda hizmet sunmanın yeni yollarını da sunduğundan, engelliler ve dezavantajlı gruplar için erişilebilirlik daha iyi şekilde sağlanmalıdır[180]. Dolayısıyla da yapay zekâ teknolojilerine erişime ilişkin kamu yönetimi ve düzenlemesi yapılması kritiktir[181].

8. Mahremiyeti Korumak

Yapay zekâ aracılığıyla kişisel verilerin (ör. yüz tanıma) toplanma ve kullanma kolaylığı özel hayatın gizliliği hakkını sınırlayabilir. Kişisel verilerin ulusal ya da diğer organlarca yapay zekâ sistemlerine hızlı ve kolay şekilde aktarımı mahremiyetin korunmasını daha zor hale getirebilir. Öte yandan kişisel verilerin yapay zekâ sistemlerine işlendikten sonra düzeltilmesi veya kaldırılması zor olabilir. Kişisel bilgilerin işlenirken çarpıtılması itibarın zedelenmesine ve diğer zararlara yol açabilir[182]. Bu bağlamda kişisel veriler meşru sebeplerle, amaca uygun, güncel ve veri sahibinin bilgisi dahilinde tutulmalı ve işlenmelidir.

Yapay zekâ sistemlerine veri işlenirken doğabilecek risklere karşı kamu otoriterlerince işlevsel ve teknik tedbirler alınmalı ve bu faaliyetlerin denetimi de yapılmalıdır.

9. Toplumun Genelinde Kapasite Oluşturmak

Toplumun, temel hizmetler için karar verme süreçlerinde otomasyonun etkisi gibi yeni teknolojilerin yaşamları üzerindeki etkisini anlaması ve değerlendirmesi için öncelikle bilgi sahibi olmalıdır. Bu sebeple de toplumun büyük çoğunluğunun yapay zekâ teknolojisi, uygulaması ve işlevleri hakkında aydınlatılarak bilgi ve bilinç düzeyinin arttırılması gerekmektedir. Toplumun genelinde yapay zekâ sistemlerinin işlev bilincinin artmasına paralel olarak bu sistemlerin insan haklarına yönelen tehditlerini de öngörme ve bertaraf etme kapasiteleri de artacaktır.

Sürdürülebilir bir dijital toplum için yapay zekâ sistemlerini insan haklarına ve etik ilkelere uygun şekilde kullanımı ve geliştirilmesi üzerine eğitim programları oluşturulmalıdır. Böylelikle toplumun genelinde kapasite oluşturmak suretiyle insan haklarını koruma anlayışı da güçlenecektir.

---

179 Al-Rodhan, Nayef. "Artificial Intelligence: Implications for human dignity and Governance" (2021), Erişim Tarihi: 25 Haziran 2022. https://oxfordpoliticalreview.com/2021/03/27/artificial-intelligence/.

180 Criado/Aller, "A Wide Human-Rights Approach to Artificial Intelligence Regulation in Europe", 57.

181 Al-Rodhan, Nayef. "Artificial Intelligence: Implications for human dignity and Governance" (2021), Erişim Tarihi: 25 Haziran 2022. https://oxfordpoliticalreview.com/2021/03/27/artificial-intelligence/.

182 Criado/Aller, "A Wide Human-Rights Approach to Artificial Intelligence Regulation in Europe", 57.

SONUÇ

Yapay zekâ sistemlerinin hem kamu hem de özel sektörde yaygın şekilde kullanılmaya başlanmasıyla beraber verimlilik ve hızlılık gibi olumlu etkilerinin yanı sıra bazı durumlarda insan haklarına müdahale riski oluşturması sebebiyle bu sistemler tartışmaya açık hale gelmiştir. Teknolojinin devinimi ve buna paralel şekilde hayatın dönüşümü yapay zekâ uygulamaları ile insan haklarını kesiştirmiştir. Bu sistemler teknolojik olarak güncel hayat koşullarına olumlu katkı sağlarken eşitlik ilkesine, ayrımcılık yasağına mahremiyet hakkına, yaşam hakkına, adil yargılanma hakkına, ifade özgürlüğüne müdahale niteliği taşıyan birçok sorunu da gündeme getirmiştir.

Yapay zekâ sistemlerinin sebep olduğu ihlaller en yoğun şekilde eşitlik ve ayrımcılık yasağı çerçevesinde gündeme gelmektedir. Bunun sebebi de farklı gruplara ait bireylere birden fazla farklı alanda eşit ve adil davranan algoritmalar geliştirmenin güçlüğündendir. Yapay zekâ sistemlerinin doğal kaynağı veriler olduğundan bir diğer yoğun ihlal alanı da kişisel verilerdir. Bu bağlamda kişisel verilerin elde edilmesine, işlenmesine ve kullanılmasına ilişkin risklerden kaçınılmalıdır. Yapay zekâ sistemlerinin tasarımında veri kalitesi ve güvenliği sağlanarak özle hayatın gizliliğine müdahale edilmesinin önüne geçilmelidir.

Yapay zekâ sistemlerinin tasarım ve uygulamalarında öncelikle insanın onurlu bir varlık olduğundan hareketle, tüm insan haklarının karşılıklı olarak birbirine bağımlılığı da göz önünde tutularak, tümünün aynı ölçüde korunmasına büyük önem verilmelidir. Yapay zekâ sistemlerinin insanın ve toplumların hayat standartları arttırmak amacıyla geliştirildiği düşünüldüğünde, bu teknolojik hizmetlerden yararlanmak için bireylerin herhangi bir insan hakkından feragat etmesi beklenemez. Aksine insan haklarını koruma yaklaşımı, yapay zekâ sistemleri kurgulanır ve kullanırken temel alınması gereken ilkelerin başında gelmektedir.

İnsan haklarının korunmasına yönelik olarak devletin esasa ilişkin pozitif yükümlülüğü yapay zekâ sistemlerinin ancak insan hakları ilke ve standartlarına uygun şekilde çalışmasına cevaz veren hukuki çerçeve ve etik normları ortaya koymaktır. Etkin bir hukuk düzeni kurarak ve insan haklarının korunmasına yönelik tedbirler alarak bu yükümlülüğünü yerine getirebilir. Devletin usule ilişkin pozitif yükümlülük olarak ise gerek kendi gerekse özel kişilerin insan haklarını ihlal eden eylemlerini etkili soruşturma, yargılama ve cezalandırma yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu bağlamda yapay zekâ sistemleri bireylerin insan hakları büyük ölçüde ihlal riski taşıdığında denetim otoritelerine başvuru hakkı tanınmalıdır.

Kamu otoriteleri yapay zekâ sistemlerinin sebep olduğu insan hakkı ihlallerinden hem eylemleri hem de ihmalleri nedeniyle sorumludur. Bu sebeple kamu otoriteleri yapay zekâ sistemlerini kullanırken insan hakları temelli yaklaşım çerçevesinde; ayrımcılık gözetmemek, mahremiyeti korumak, hesap vermek, so-

rumluları tespit etmek, erişilebilirliği ve tartışılabilirliği sağlamak, katılımcı yaklaşımlar geliştirmek ve toplumun genelinde kapasite oluşturmakla yükümlüdür.

Yapay zekânın sistemlerinin gelişimine ve teknolojik yeniliklere insan haklarını ihlal tehdidi sebebiyle karşı koymak yerine bu gelişimin insan haklarıyla uyumlu bir şekilde koordine edilmesi gerekmektedir. Bu minvalde yapay zekâ uygulamalarının insan haklarına etkisi bağlamında farkındalığı artırmak için dijital okuryazarlık ve insan hakları eğitimi sağlanmalıdır.

KAYNAKÇA

Akalın, Betül ve Veranyurt, Ülkü. "Sağlık Hizmetleri ve Yönetiminde Yapay Zekâ". *Acta Infologica*, Vol. 5. S. 1, (2021): 231-239.

Almeida, Patricia G. Rêgo de; Santos, Carlos Denner dos and Farias, Josivania Silva. "Artificial Intelligence Regulation: A Meta-Framework for Formulation and Governance". *Hawaii International Conference on System Sciences*, (2020), Erişim tarihi: 15 Haziran 2022. https://hdl.handle.net/10125/64389.

Al-Rodhan, Nayef. "Artificial Intelligence: Implications for human dignity and Governance". (2021), Erişim Tarihi: 25 Haziran 2022 https://oxfordpoliticalreview.com/2021/03/27/artificial-intelligence/.

Barocas, Solon; Selbst, Andrew. "Big Data's Disparate Impact". *California Law Review*, Vol. 104, (2016): 671-732.

Bilgin, Kıvılcım Romya. "Uluslararası Sistem ve Yapay Zekâ: Eski Rakipler ve Yeni Politikalar". *Panorama*. Erişim tarihi: 1 Haziran 2022. https://www.uikpanorama.com/blog/2021/12/30/uluslararasi-sistem-ve-yapay-zekâ:-eski-rakipler-ve-yeni-politikalar.

Beduschi, Ana. "Human Rights and the Governance of Artificial Intelligence". (2020) Erişim tarihi: 1 Haziran 2022. https://www.geneva-academy.ch/research/ publications/detail/513-human-rights-and-the-governance-of-artificialintelligence.

Borgesius, Frederik Zuiderveen. "Discrimination Artificial Intelligence and Algorithmic". *Council of Europe*. Strasbourg (2018), Erişim tarihi: 20 Haziran 2022. https://rm.coe.int/discrimination-artificial-intelligence-and-algorithmic-decision-making/1680925d73.

Broeders, Dennis; Schrijvers, Erik and Ballin, Ernst Hirsch. "Big Data and Security Policies: Serving Security, Protecting Freedom". *The Netherlands Scientific Council for Government Policy (Policy Brief)*. Erişim tarihi: 10 Mayıs 2022. https://english.wrr.nl/publications/policy-briefs/2017/01/31/big-data-and-security-policies-serving-security-protecting-freedom.

Cataleta, Maria Stefania and Cataleta, Anna. "Artificial Intelligence and Human Rights, an Unequal Struggle". *CIFILE Journal of International Law Journal*, Vol. 1, No. 2, (2020): 40-63.

Congressional Research Service. "Defense Primer: US Policy on Lethal Autonomous Weapons Systems". Erişim tarihi: 8 Haziran 2022. https://crsreports.congress.gov/product/pdf/IF/IF11150.

Criado, Jesus Salgado; Aller, Celia Fernández. "A Wide Human-Rights Approach to Artificial Intelligence Regulation in Europe". *IEEE Technology and Society Magazine*, Vol. 40 (2), (2021): 55-65.

Çakır, Özge. "Derin Öğrenme Nedir". Erişim tarihi: 10.06.2022. https://www.yapayzekâtr.com/2019/12/16/derin-ogrenme-.

Çelik, Yeşim. "Özel Hayatın Gizliliğinin Yansıması Olarak Kişisel Verilerin Korunması ve Bu Bağlamda Unutulma Hakkı". *TAAD*, Y. 8, S. 32, (2017): 391-410.

Dülger, Murat Volkan. "İnsan Hakları ve Temel Hak ve Özgürlükler Bağlamında Kişisel Verilerin Korunması". *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 5 (1), (2018): 71-144.

Dysart, Joe. "AI Removes the Drudgery from Legal Due Diligence". *ACM News*, (2019) Erişim tarihi: 30 Temmuz 2022. https://cacm.acm.org/news/233886-ai-removesthe-drudgery-from-legal-duediligence/fulltext.

ECP Platform for the Information Society. "Artificial Intelligence Impact Assessment". (2019), Erişim tarihi 25 Haziran 2002. https://static1.squarespace.com/static/5b7877457c9327fa97fef427/t/5c368c611ae6cf01ea0fba53/1547078768062/Artificial+Intelligence+Impact+Assessment+-+English.pdf.

Erkul, Erdem R. "Yapay Zekâ ve Büyük Veri Nasıl Bir Gelecek Vadediyor?". *TRT Akademi*, C. 6. S. 11, (2021): 192-200.

Erdoğan, Gökhan. "Yapay Zekâ ve Hukukuna Genel Bir Bakış". *Adalet Dergisi*, S. 66 (1), (2021): 117-192.

Janssen, Heleen L."An approach for a fundamental rights impact assessment to automated decision-making". *International Data Privacy Law*, Vol. 10, Issue 1, (2020): 76-106.

Johnston, Chris. "Artificial intelligence 'judge' developed by UCL computer scientists". Erişim tarihi: 7 Haziran 2002. https://www.theguardian.com/technology/2016/oct/24/artificial-intelligence-judge-university-college-london-computer-scientists.

Information Commissioner's Office (ICO). "What is automated individual decision-making and profiling?". Erişim tarihi: 12 Haziran 2022. https://ico.org.uk/for-organisations/guide-to-data-protection/guide-to-the-general-data-protection-regulationgdpr/automated-decision-making-and-profiling/what-is-automated-individual-decision-making-and-profiling/.

İstanbul Barosu Yapay Zekâ Çalışma Grubu. "Algoritmik Karar Verme ve Veri Koruması". (2020), Erişim tarihi: 10 Haziran 2022. https://www.istanbulbarosu.org.tr/files/docs/AlgoritmikKararVermeveVeriKorumas%C4%B1022020.pdf.

Gemalmaz, Mehmet Semih. *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*. 8. Baskı, 2012.

Karan, Ulaş. "'Yaşam Hakkı' İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme". Sibel İnceoğlu (eds) Beta (2013).

Kim, Hojung; Giacomin, Joseph; Macredie, Robert. "A Qualitative Study of Stakeholders' Perspectives on the Social Network Service Environment". *International Journal of Human-Computer Interaction Vol. 30,* (2014): 965-976.

Kriebitz, Alexander; Lütge, Christoph. "Artificial Intelligence and Human Rights: A Business Ethical Assessment". *Business and Human Rights Journal*, Vol. 5 (2020): 84-104.

Kişisel Verileri Koruma Kurumu. "Yapay Zekâ Alanında Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Tavsiyeler"., Erişim tarihi: 8 Mayıs 2022. https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/7048/Yapay-Zekâ-Alaninda-Kisisel-Verilerin-Korunmasina-Dair-Tavsiyeler.

McGregor, Lorna; Murray, Daragh; Ng, Vivian. "International Human Rights Law as a Framework for Algorithmic Accountability". *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 68 (2019): 309-343.

Medvedeva Masha; Vols, Michel; Wieling, Martijn. "Using machine learning to predict decisions of the European Court of Human Rights". Artificial Intelligence and Law (2020): 237-266.

Mantelero, Alessandro. "AI and Big Data: A Blueprint for a Human Rights, Social and Ethical Impact Assessment". *Computer Law & Security Review*, 34, (2018): 754-772.

Önder, Murat. "Yapay Zekâ: Kavramsal Çerçeve". *ULİSA21*, S. 2, (2020): 2-10.

Raso, Filippo A.; Hilligoss, Hannah; Krishnamurthy, Vivek; Bavitz, Christopher and Kim, Levin. "Artificial Intelligence&Human rights: Opportunities and Risks". *Research Publication*, (2018): 1-62.

Singil, Nesrin. "Yapay Zekâ ve İnsan Hakları". *Public and Private International Law Bulletin*, S. 42 (1), (2022): 121-158.

The Toronto Declaration, Erişim tarihi: 18 Haziran 2022. https://www.torontodeclaration.org/.

The Montreal Declaration for a Responsible Development of Artificial Intelligence, Erişim tarihi: 18 Haziran 2022. https://www.montrealdeclaration-responsibleai.com/the-declaration/.

Turing, A. M. "Computing Machinery and Intelligence", "The Mind". *Mind*, Vol. 59, Issue 236, (1950) 433-460.

Türkiye Bilişim Derneği. "Türkiye'de Yapay Zekânın Gelişimi için Görüş ve Öneriler". (2020), Erişim tarihi 2 Haziran 2022. https://www.tbd.org.tr/tbd-yapay-zekâ-raporu-2020/.

Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı. "İnsan Hakları Eylem Planı ve Uygulama Takvimi, Özgür Birey, Güçlü Toplum; Daha Demokratik Bir TÜRKIYE". (2021): 5-142, Erişim tarihi: 5 Haziran 2022. https://rayp.adalet.gov.tr/resimler/1/dosya/insan-haklari-ep02-03-202115-14.pdf.

Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı Dijital Dönüşüm Ofisi. "Ulusal Yapay Zekâ Stratejisi 2021-2025". Erişim tarihi: 10 Haziran 2022. https://cbddo.gov.tr/SharedFolderServer/Genel/File/TR-UlusalYZStratejisi2021-2025.pdf.

Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı Dijital Dönüşüm Ofisi. "Yapay Zekâ". Erişim tarihi: 10 Haziran 2022. https://cbddo.gov.tr/sss/yapay-zekâ/.

The Council of Europe "CAHAI - Ad hoc Committee on Artificial Intelligence". Erişim tarihi: 20 Haziran 2002. https://www.coe.int/en/web/artificial-intelligence/cahai.

The European Commission's High-Level Expert Group on Artificial Intelligence, "Ethics Guidelines for Trustworthy AI". Erişim tarihi: 20 Haziran 2022. https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/ethics-guidelines-trustworthy-ai.

The European Commission. "Ethics Guidelines for Trustworthy High-Level Expert Group on Artificial Intelligence". Erişim tarihi: 5 Haziran 2022. https://ai.bsa.org/wp-content/uploads/2019/09/AIHLEG_EthicsGuidelinesforTrustworthyAI-ENpdf.pdf.

The European Commission. "White Paper on Artificial Intelligence -A European approach to excellence and trust". Erişim Tarihi: 5 Mayıs 2022. https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/commission-white-paper-artificial-intelligence-feb2020_en.pdf.

The European Commission. "Regulation of the European Parliament and of the Council Laying Down Harmonised Rules on Artificial Intelligence (Artifical Intelligence Act) and Amending certain Union Legislative Acts". Erişim Tarihi: 25 Haziran 2022. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52021PC0206.

The European Parliament. "European Parliament Resolution of 12 September 2018 on Autonomous Weapon Systems". Erişim tarihi: 30 Mayıs 2022. (2018/2752(RSP)) http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2018-0341EN. html? redirect.

The European Union Agency for Fundamental Rights. "Business and Human Rights". (2020) Erişim tarihi: 1 Haziran 2022. https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2020-business-human-rights_en.pdf.

The European Union Agency for Fundamental Rights, "Getting the Future Right: Artificial Intelligence and Fundamental Rights". Report of European Union Agency for Fundamental Rights (2020), Erişim tarihi: 18 Haziran 2022. https://fra.europa.eu/en/publication/2020/artificial-intelligence-and-fundamental-rights.

The United Nations Office of Counter-Terrorism "Countering Terrorism Online with Artificial Intelligence". (2021) 10-49. Erişim tarihi: 29 Haziran 2022. https://unicri.it/sites/default/files/2021-06/Countering%20Terrorism%20Online%20with%20 AI%20-%20UNCCT-UNICRI%20Report.pdf.

The United Nations Human Rights Office of the High Commissioner for Human Rights. "The right to privacy in the digital age: report (2021). Erişim tarihi: 22 Haziran 2002. https://www.ohchr.org/en/calls-for-input/calls-input/2021/right-privacy-digital-age-report2021.

Yüzer Eltimur, Dilara. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunmasında Devletin Pozitif Yükümlülükleri*. İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, (2019).

UTİ POSSİDETİS (MEVCUT SINIRLARIN KORUNMASI) İLKESİ ÜZERİNE BİR DEĞERLENDİRME(*)

Dr. Öğr. Üyesi **Tuğrul ÇAKIR**(**)

Öz

Uti Possidetis Roma Özel Hukuku kaynaklı bir ilke olup uluslararası hukuk bağlamında ilk olarak 19. yüzyılda Latin Amerika'da uygulanmıştır. Bu uygulanmanın sonucu olarak sömürge dönemindeki iç birimlerin sınırları Latin Amerika'da yeni bağımsızlığını kazanan devletlerin uluslararası sınırları haline gelmiştir. Benzer şekilde, bu ilke 20. yüzyılda Afrika kıtasında başlayan sömürgecilikten kurtulma sürecinde de benimsenmiştir. 1986 yılında Uluslararası Adalet Divanı'nın Dairesi Burkina Faso ve Mali arasındaki Sınır Uyuşmazlığı davasında vermiş olduğu kararında ilkeyi ilk defa açık bir biçimde bir uyuşmazlığın çözümünde uygulamıştır. Bununla birlikte, ilke sadece dekolonizasyon sürecinde değil bu sürecin dışında da uygulama alanı bulmuştur. Örneğin, 1990'lı yıllarda Avrupa'da devletlerin dağılması sürecinde de bu ilkeye başvurulmuştur. Çıkış noktası itibarıyla, bu ilkeyle amaçlanan devletlerarası sınırlarda istikrarı sağlamak ve savaşların önüne geçmektir. Şüphesiz, uluslararası hukukta istikrara verilmiş olan önem çok üst düzeydedir. Bu çalışmada ele alacağımız mesele bu ilkenin hangi ölçüde uluslararası istikrarın oluşmasına katkı sağladığıdır. Bu bağlamda, öncelikle ilkenin kavramsal yapısını daha sonraki aşamada Uluslararası Adalet Divanı tarafından nasıl uygulandığını temel yargı kararları ışığında incelemenin yerinde olduğunu düşünüyoruz. Uti possidetis ilkesi Türkçe uluslararası hukuk literatüründe Uluslararası Adalet Divanı kararları incelemeleri kapsamında ele alınsa da başlı başına bir çalışmanın konusunu oluşturmamıştır. Bu çalışmayla amaçlanan Türkçe uluslararası hukuk literatürüne bu konuda katkı sağlamaktır.

Anahtar Kelimeler

Uti Possidetis, Uluslararası İstikrar, Uluslararası Adalet Divanı, Uygulanacak Hukuk, Önemli Tarih, Etkililik.

AN ASSESSMENT ON THE PRINCIPLE OF UTI POSSIDETIS

Abstract

Uti Possidetis stems from Roman Private Law and was first applied in Latin America in the 19th century in the context of International Law. As a result of this implementation, the boundaries of the territorial units in the colonial period were upgraded to international boundaries of the newly independent States in Latin America. Then, the principle has been applied in Africa since 1960s. In 1986, the International Court of Justice Chamber applied the principle openly to the resolution of a dispute for the first time in the Frontier Dispute Case between Burkina Faso and Mali. However, the principle has also found application outside the decolonization context. For example, the principle was also applied to the dissolution of European States in the 1990s. As a starting point, the purpose of the principle is to secure stability of borders and to prevent wars. Undoubtedly, the importance given to stability in International Law is at a very high level. The issue that we will discuss in this study is to what extent this principle contributes to the formation of international stability. In order to do so, we think that it is appropriate to first examine the conceptual

(*) Makalenin Dergiye Geliş Tarihi: 27.09.2022 - Makalenin Kabul Edildiği Tarih: 26.10.2022, DOI No: 10.54704/akdhfd.1181014.

(**) Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı / Ankara-Türkiye.
E-posta: tcakir@ybu.edu.tr,
Orcid Id: https://orcid.org/0000-0002-9360-9098.

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

structure of the principle and then how it is applied by the International Court of Justice in the light of the main judicial decisions. Although the principle of uti possidetis is discussed in the Turkish International Law literature within the scope of the reviews of the International Court of Justice judgments, it has not constituted the subject of a study on its own. In this regard, the purpose of this study is to contribute to the Turkish International Law literature.

Keywords

Uti Possidetis, International Stability, International Court of Justice, Applicable Law, Critical Date, Effectivités.

Extended Abstract

Uti Possidetis stems from Roman Private Law and was first applied in Latin America in the 19th century in the context of International Law. According to this principle, it was possible for the party in possession of immovable to maintain possession during the lawsuit, except in cases of possession by force, secretly and *precarium*. The principle was reinterpreted by the Latin American States that gained independence in the 19th century and was taken as a basis in determining the frontiers between them. As a result of this implementation, the boundaries of the territorial units in the colonial period were upgraded to international boundaries of the newly independent States in Latin America. The purpose of the principle "is to prevent the independence and stability of new States being endangered by fratricidal struggles provoked by the challenging of frontiers following the withdrawal of the administrating power".

Then, the principle has been applied in Africa since 1960s. The 1964 resolution passed by the African Heads of States of Organization of African Unity declared that: "All member States pledge themselves to respect the borders existing on their achievement of national independence." In 1986, the International Court of Justice Chamber applied the principle openly to the resolution of a dispute for the first time in the Frontier Dispute Case between Burkina Faso and Mali. The Chamber underscores that the determination of uti possidetis line must be assessed in the light of colonial law and that the principle freezes the territorial title at the critical date. The Chamber also stresses that the concept of title refers not only to any evidence which may establish the existence of a right but also to the actual source of that right. The relationship between the effectivités and the titles on which the implementation of the principle of uti possidetis is grounded is also examined by the Chamber. In the absence of both territorial title and effectivités, the Court can resort to *infra legem* equity.

The uti possidetis doctrine has also found application outside the decolonization context. For example, the principle was also applied to the dissolution of European States (Yugoslavia and Soviet Union) in the 1990s. However, the application of the principle in these cases is not automatic. In the Frontier Dispute Case between Burkina Faso and Mali, International Court of Justice Chamber emphasizes that uti possidetis "is a general principle". The parties may also modify the uti possidetis line by a subsequent agreement. As a result, it is not a peremptory norm of general international law (*jus cogens*). To sum up, uti possidetis is today recognized as a principle of international law and is complementary to other principles such as territorial integrity.

As a starting point, the purpose of the principle is to secure stability of borders and to prevent wars. Undoubtedly, the importance given to stability in international law is at a very high level. The issue that we will discuss in this study is to what extent this principle contributes to the formation of regional and international stability. In order to do so, we think that it is appropriate to first examine the conceptual structure of the principle and then how it is applied by the International Court of Justice in the light of the main judicial decisions. Although the principle of uti possidetis is discussed in the Turkish International Law literature within the scope of the reviews of the International Court of Justice judgments, it has not constituted the subject of a study on its own. The purpose of this study is to contribute to the Turkish International Law literature in this regard.

GİRİŞ

Devletler arası sınırların belirlenmesi uluslararası istikrarın tesis edilmesinde büyük bir öneme sahiptir. Devletler aralarındaki sınırları belirlemede genel olarak antlaşma yoluna gitmekte ve anlaşamamaları halindeyse ihtilaflı oldukları hususları uluslararası yargı ya da hakemlik organlarının önüne götürebilmektedir.[1]

[1] Melda Sur, *Uluslararası Hukukun Esasları* (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2017), 108-109; Mesut Hakkı Caşın, *Modern Uluslararası Hukukun Temel Esasları* (İstanbul: Yeditepe Üniversitesi Yayınevi, 2020), 246-248; Yücel Acer ve İbrahim Kaya, Uluslararası Hukuk (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2021), 146.

Devletler arası sınırların tespitinde esas alınan yöntemlerden birisi de uti possidetis ilkesidir.[2] Bu ilkeye göre sömürge idaresinden kurtularak yeni kurulmuş bir devlet sömürgeci (kolonyal) devlet tarafından daha önceden belirlenmiş olan iç idari yapının sınırları içinde bağımsızlık kazanmakta ve bu mekânsal alanda egemenlik uygulayabilmektedir. Kısacası, kolonyal gücün iç sınırları yeni bağımsızlığını kazanan devlete aktarılarak mevcut sınırlar korunmakta ve böylece bu sınırlar yeni kurulan devletin uluslararası sınırları haline gelmektedir.

Bu ilke uluslararası alanda ilk olarak Latin Amerika'da uygulanma imkânı bulmuştur.[3] Böylece, yeni kurulan devletler İspanya tarafından belirlenmiş iç sınırları kendi sınırlarını belirleme aşamasında referans olarak almış ve ülkesel bütünlüklerini korumuşlardır. Bu ilke, 20. yüzyılda sömürgecilikten kurtulma sürecinde, Afrika Birliği Örgütü tarafından da benimsenmiş ve bağımsızlık anında mevcut olan sınırlara saygı gösterilmesi gerektiği yönünde bir yaklaşım ortaya konmuştur.[4] Bu yönde bir yaklaşım geliştirilmesinin nedeni Afrika kıtasında sınır ihtilaflarının önüne geçmek ve bölgesel barışı/istikrarı sağlamak şeklinde ifade edilebilir. Benzer şekilde, 1990'lı yıllarda gerçekleşen bazı Avrupa devletlerinin dağılarak (Yugoslavya, Sovyetler Birliği ve Çekoslovakya) yeni devletlerin yaratılması sürecinde de bu ilke etkili olmuştur. Bu durum uti possidetis ilkesinin bölgesel olmaktan çıkıp genele yayılması bağlamında büyük bir öneme sahiptir. Kısacası, uti possidetis ilkesi sömürgecilikten kurtulma süreci dışında da uygulama alanı bulabilmektedir. Şüphesiz, ilkenin özellikle halkların kendi kaderini tayin hakkıyla belirli ölçülerde bir çatışma içinde olduğu ileri sürülebilir.[5] Ayrıca, bu ilkenin hangi ölçülerde devletlerin ardıllığı bağlamında uygulanabileceği diğer önemli bir meseleyi oluşturmaktadır. Diğer uluslararası hukuk normlarıyla uti possidetis arasındaki ilişkinin ele alınması bu bağlamda önemli bir husustur.

---

2 Uti possidetis aynı zamanda ülke kazanım yollarından birisidir. Yusuf Aksar, *Temel Metinler ve Davalarla Uluslararası Hukuk* (Ankara: Seçkin, 2021), 267. Uti possidetis, çıkış noktası itibarıyla Roma Özel Hukukundaki bir kavramın uluslararası hukuk bağlamında yeniden yorumlanmasıdır. Bu prensibe göre taşınmaza zilyet olan tarafın, cebren, gizlice ve *precarium* ile zilyetliği elde etmesi hali dışında, dava esnasında zilyetliği sürdürmesi mümkün olmaktaydı. Mülkiyet hakkının kimde olduğu hâkim tarafından netleştirilene kadarki süreçte güç kullanılması yasaklandığı için uti possidetis geçici ama barışçıl bir çözüm yolu olarak değerlendirilmekteydi. Uti possidetisin tarihsel kökenleri hakkında genel olarak bkz. Gaël Abline, *Sur un nouveau principe général de droit international: l'uti possidetis* (Doktora Tezi, Université d'Angers, 2006) 7; Kaius Tuori, "The Reception of Ancient Legal Thought in Early Modern International Law", *The Oxford Handbook of the History of International Law* içinde, editör Bardo Fassbender ve Anne Peters (Oxford: Oxford University Press, 2012), 1029-1030; Durmuş Ali İkiz, *Roma ve Çağdaş Türk Hukukunda Zilyetlik Kavramı ve Zilyetliğin Korunması Yolları* (Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2016) 43-45.

3 Latin Amerika'nın ülkesel sınırlama bağlamında uluslararası hukukun gelişimine olan katkıları için genel olarak bkz. Marcelo G. Kohen, "La Contribution de l'Amérique Latine au Développement Progressif du Droit International en Matière Territoriale", *Relations Internationales* 137 s. 1 (2009): 13-29.

4 Bkz. Afrika Birliği Örgütü 21.7.1964 tarihli Kahire Bildirisi.

5 Bu hakkın tarihi bir perspektiften değerlendirilmesi için bkz. Caşın, *Modern Uluslararası Hukukun Temel Esasları,* 416-424.

1986 yılında, Uluslararası Adalet Divanı'nın Dairesi tarafından Burkina Faso ve Mali arasındaki Sınır Uyuşmazlığı davasında uti possidetis genel bir prensip olarak kabul edilmiş ve uyuşmazlığın çözümüne açık bir biçimde uygulanmıştır.[6] Daha sonraki sınır uyuşmazlıklarına ilişkin davalarda Divan bu ilkeyi uygulamaya devam etmiş ve bu ilkenin hangi koşullarda uygulanabileceğine ilişkin detayları açıkça ortaya koymuştur. Divan uygulamasından da görüleceği üzere, karara bağlanan sınır uyuşmazlıklarının büyük bir bölümünde uti possidetis ilkesi önemli yer tutmuştur.

Bununla birlikte, uti possidetis ilkesinin tatbik edilmesi "oldukça ağır bir meseledir".[7] Bu zorluk, özellikle de uti possidetis sınırının belirlenmesinde hâkimin geçmişe dönük bir bakış açısı geliştirmek zorunda olmasından kaynaklanmaktadır. Nitekim, uti possidetis sınırının belirlenmesi sömürgeci devletin hukukunun ışığında gerçekleştirilmektedir. Uygulamada karşılaşılan en büyük sorun kolonyal güçlerin iç birimlerinin sınırlarını belirlerken arazi üzerinde yeterince bilgiye sahip olmamaları nedeniyle belirlenen sınırların muğlaklık taşımasıdır.[8] Hatırlatmamız gerekir ki uti possidetisin uygulanışı, taraflar aksini kararlaştırmadıysa, iç birim sınırlarının uluslararası sınırlara dönüştüğü yönünde bir karineye dayanmaktadır.[9] Başka bir deyişle, uti possidetis kural olarak bir ülkesel hakkın (*titre*) mevcut olduğunu var saymaktadır.[10] Karinenin sağlamlığı söz konusu olan sömürgeci devletin siyasi yapısına göre değişmektedir. Örneğin, sömürgeci devletin üniter bir yapısının olması bu karineyi daha zayıf bir hale getirecektir, federal bir devlet yapısının olması halindeyse karinenin ağırlığı daha üst seviyeye taşınacaktır.[11]

Benzer şekilde, sömürgeci devletin hukukunda başvurulan kaynaklarda çatışmalar olabileceği gibi boşluklarla da karşılaşılabilmektedir.[12] Uti possidetis sınırının kesin bir biçimde tespit edilememesi halinde etkililik (*effectivités*) ve hakkaniyet gibi diğer kavramlara başvurularak sınır belirleme yoluna gidilmektedir. Kolonyal devletlerin iç sınırlarını belirlemede birçok etkenin göz ardı edildiği

---

6 *Différend frontalier entre le Burkina Faso et le Mali (Burkina Faso c. République du Mali), arrêt, C.I.J. Recueil 1986*, 554, para. 20. Bu dava, Afrika devletlerinin sınır ihtilaflarının çözümü için Divan'a başvurmaları konusunda tetikleyici bir rol oynamıştır. Abline, "Sur un nouveau principe général de droit international: l'uti possidetis", 477.

7 Ayşe Nur Tütüncü, "Benin ve Nijer Arasındaki Sınır Davası", *Milletlerarası Adalet Divanı Kararları (1990-2007)* içinde, editör Ayşe Nur Tütüncü ve diğerleri, (İstanbul: Beta, 2008), 94. Benzer şekilde bkz. *Différend frontalier Terrestre, Insulaire et Maritime (El Salvador/Honduras; Nicaragua (intervenant)), arrêt, C.I.J. Recueil 1992*, 351, para. 43.

8 Shabtai Rosenne, *The Perplexities of Modern International Law*, (Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2004), 243.

9 Malcolm N. Shaw, *Uluslararası Hukuk*, Çeviri editörü İbrahim Kaya, (Ankara: TÜBA, 2018), 377.

10 Marcelo G. Kohen, *Possession contestée et souveraineté territoriale,* (Geneve: Graduate Institute Publications (Open Edition), 1997), 411, para. 173.

11 Malcolm N. Shaw, "Peoples, Territorialism and Boundaries", *European Journal of International Law* 8, s. 3 (1997) 504.

12 *Différend frontalier entre le Burkina Faso et le Mali (Burkina Faso c. République du Mali)*, Mémoire du Mali, 43.

dikkate alındığında uti possidetis ilkesinin uygulanmasının bazı sorunlar doğuracağı muhakkaktır. Bu bağlamda, özellikle etnik unsurun dikkate alınmayışının bu çalışma kapsamında daha çok ön planda tutulması modern ulus-devlet yaklaşımının önemiyle açıklanabilir. Aynı zamanda, günümüz gerçekleriyle kolonyal dönemin bağlamı arasında büyük bir fark olduğu ve kolonyal dönemin esas alınmasının bugünün gerçeklerine olması gerektiği gibi cevap veremeyeceği de ileri sürülebilir.[13] Bu nedenledir ki hakkaniyete başvurmanın uti possidetisin ortaya koyacağı bazı haksızlıkların önüne geçebileceği iddia edilebilir.

Şüphesiz, uti possidetis modern uluslararası hukukun sınırlara verdiği en üst düzey korumalardan birisini sunmaktadır.[14] Bunun içindir ki uti possidetis, devletlerin hukuki emniyetini garanti eden bir istikrar prensibi olarak kabul edilmektedir.[15] Lowe tarafından altı çizildiği üzere, uluslararası hukukun var oluş sebeplerinden birisi uluslararası istikrarın korunmasıdır.[16] Başka bir deyişle, uluslararası hukuk uluslararası düzenin istikrarını sürdürmeyi kendisine misyon edinir.[17] Uluslararası hukuk sınırların dondurulmasını hedeflememektedir esas olarak amaçlanan sınırların değişim sıklığının aza indirilerek bir istikrarın tesis edilmesidir.[18] Elbette, uti posidetis hattının tarafların iradeleriyle değiştirilmesinin önünde de bir engel bulunmamaktadır.

Uti possidetis ilkesinin uluslararası ilişkilerde barışın güçlenmesini sağlayıcı ve istikrarı destekleyici bir etkisinin olduğu muhakkaktır. Bu çalışma kapsamında esaslı olarak ele alacağımız mesele uti possidetis ilkesinin hangi ölçüde barış ve istikrarın sağlanmasına hizmet ettiğidir. Bu bağlamda, öncelikle, uti possidetis kavramının genel yapısı üzerine yoğunlaşmanın uygun olacağını düşünüyoruz (I). Daha sonraki aşamada ilkenin nasıl uygulandığını ve uygulanmasında yaşanan zorlukları ele almanın yerinde olacağı kanaatindeyiz (II).

I. BÖLGESEL BİR UYGULAMADAN ULUSLARARASI HUKUK İLKESİ OLMAYA GİDEN SÜREÇTE ANA HATLARIYLA UTİ POSSİDETİS İLKESİ

Öncelikle, uti possidetis ilkesinin çıkış noktasını ve bu ilkeye neden ihtiyaç duyulduğu hususunu (A) daha sonra ilkenin diğer uluslararası hukuk normlarıyla olan ilişkisini (B) ve son olarak da bu ilkenin hukuki niteliğini (C) incelemek yerinde olacaktır.

---

13 *Différend frontalier (Burkina Faso/Niger), arrêt, C.I.J. Recueil 2013*, 44, Opinion Dissidente de M. le Juge *ad hoc* Daudet.

14 Jean-Marc Sorel, "Le Droit des Frontières: Panorama en 3D", *Pouvoir* 165, s. 2 (2018): 32.

15 Emmanuel Decaux ve Olivier de Frouville, *Droit International Public* (Paris: Dalloz, 2014), para. 58.

16 Vaughan Lowe, *International Law* (Oxford: Oxford University Press, 2007), 147.

17 *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996,* 226, para. 98.

18 Abline, "Sur un nouveau principe général de droit international: l'uti possidetis", 121; Anne Peters, "The Principle of Uti Possidetis Juris, How Relevant is it for Issues of Secession?", *Self-Determination and Secession in International Law* içinde, editör Chrisitan Walter ve diğerleri (Oxford: Oxford University Press, 2014), 116.

A. İSTİKRAR SAĞLAMA ARACI OLARAK UTİ POSSİDETİS İLKESİ

Çıkış noktası itibarıyla, uti possidetisin savunma ve koruma olmak üzere iki amacının olduğu kabul edilmektedir: bu amaçlardan ilki yeniden sömürgeleştirilmenin önüne geçme, ikincisi de bağımsızlık anında var olan sınırların aynen korunması sonucunu doğurmaktadır.[19] Genel hatlarıyla, ilk hedef yeni kurulan devletlerin kolonyal güçlerle ilişkilerini ikincisiyse yeni kurulan devletlerin kendi aralarındaki münasebetleri ilgilendirmektedir.

Savunma amacıyla bağlantılı olarak eski sömürge toprakları üzerinde sahipsiz ülke (*terra nullius*) kalmadığını söylememiz mümkündür. Uti possidetise başvurulması, güç kullanmanın yasak olmadığı bir bağlamda, yeni bağımsızlığını kazanan Latin Amerika devletlerinin bir nevi toplu halde meşru müdafaa hakkını kullanmalarını ifade etmekteydi.[20] Böylece yeni kurulan devletler hem eski sömürgeci güçlerle ilişkilerinin sınırını belirlemişler hem de kendi aralarında doğabilecek çatışmaların önüne geçmişlerdir.[21]

Koruma amacı sayesindedir ki yeni kurulan devletlerin ülkesel sınırları hususunda bir netlik oluşmuştur. Böylece, sömürgeci gücün iç birimlerinin sınırları yeni kurulan devletlerin uluslararası sınırları haline gelmiştir. Dolayısıyla, yeni bağımsızlık kazanan devletler arasında da fetih ve ilhakın önüne geçilmiştir. Şüphesiz, aksi bir yaklaşım, yani eski kolonyal sınırların sorgulanması, çok daha olumsuz sonuçlar doğurabilir ve daha çok kaos yaratabilirdi. Kısacası, bu ilkenin ana amacı sömürge dönemi sonrası yeni kurulan devletlerin bağımsızlıklarını ve istikrarını sınır uyuşmazlıklarından doğan kardeş kavgalarıyla tehlikeye atmamaktı.[22] Böylece, uti possidetis, Latin Amerika'da yeni kurulan devletlere hem akılcı hem de barışçıl bir çözüm yolu sunmaktaydı.[23]

Yukarıda, kısaca uti possidetis ilkesinin uluslararası hukukun sınırların istikrarına göstermiş olduğu önemin yansımalarından birisi olduğunu kısaca ifade etmeye çalışmıştık. Bu ilke aynı zamanda sınırlarda istikrarın sağlanmasıyla doğrudan alakalı ülkesel bütünlük ilkesinin de tamamlayıcısı bir niteliğe sahiptir.[24] Bu iki ilke arasındaki münasebet kısaca şu şekilde ifade edilebilir. Uti possidetis,

---

19 *Différend frontalier entre le Burkina Faso et le Mali (Burkina Faso c. République du Mali),* Opinion Individuelle de M. Abi-Saab, para. 13.

20 Abline, "Sur un nouveau principe général de droit international: l'uti possidetis", 57.

21 Kohen, "La Contribution de l'Amérique Latine au Développement Progressif du Droit International en Matière Territoriale", 15.

22 *Différend frontalier entre le Burkina Faso et le Mali (Burkina Faso c. République du Mali), arrêt, C.I.J. Recueil 1986*, 554, para. 20.

23 Kohen, "La Contribution de l'Amérique Latine au Développement Progressif du Droit International en Matière Territoriale", 16.

24 Anthony Aust, *Handbook of International Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2010), 40-41. Bu ilke barışın tesisinde önemli bir güce sahiptir ve uluslararası istikrara olan katkısı tartışmasızdır. Alain Pellet, "The Opinions of the Badinter Arbitration Committee a Second Breath for the Self-Determination of Peoples", *EJIL* 3 (1992) 180.

bağımsızlık kazanıldıktan sonraki aşamada ülkesel çerçevenin belirlenmesi için gereklidir.[25] Özetle, yeni kurulan devlet için esas olan önce devlet ülkesinin varlığı daha sonra onun sınırlanmasıdır.[26] Ülkesel bütünlük ilkesiyse uti possidetis sınırları içerisinde uygulama alanı bulur.[27] Böylece, uti possidetis ilkesine uygun olarak belirlenen devlet ülkesinin sınırları uluslararası hukukun korumasından istifade eder.

Uti possidetis her ne kadar istikrarı tesis etme amacıyla ortaya çıkmış olsa da bu ilkeye uygun olarak belirlenmiş olan sınırların daha çok istikrarsızlık getirdiği de zaman zaman ileri sürülmektedir. Şüphesiz, uti possidetis sınırı yeni kurulan devleti oluşturan insan topluluğunun iradesiyle belirlenmiş olmayıp kolonyal gücün bir tasarrufunun yansımasıdır. Kolonyal iç sınırlar belirlenirken birçok unsurun göz ardı edildiği ve bu unsurlardan birisinin etnik unsur olduğu da muhakkaktır. Bu nedenledir ki, uti possidetis bazı yazarlar tarafından özellikle Afrika'daki meselelerin temeli olarak görülmektedir.[28] Bu yazarlara göre sınırların bölge halkları tarafından belirlenmeyişi daha çok kaosun çıkması sonucunu doğurmuştur.

Her ne kadar bazı hallerde etnik yapılarla yeni kurulan devletler uyum halinde olmasa da bu ilke uluslararası ilişkilerde esas olan güven ve istikrarın tesisini sağlaması yönünden büyük bir öneme sahiptir.[29] Nitekim, bu ilkenin temelinde yatan yaklaşım genel olarak uluslararası barış ve güvenlik için ülkesel bir istikrarsızlık riskinin kültürel, sosyal ve etnik bir istikrarsızlık riskinden daha tehlikeli olduğu düşüncesidir.[30] Dolayısıyla, uti possidetis ilkesinin uygulanmasıyla daha ağır istikrarsızlıkların önüne geçilmektedir. Uti possidetis sınırı daha sonra tarafların yürüteceği müzakereler için önemli bir çıkış noktası oluşturmakta ve böylece taraflarca başka bir sınır belirlenene kadarki süreçte bir istikrar sağlanmaktadır.[31] Başka bir şekilde ifade etmek gerekirse, uti possidetis sınırı taraflara hazır ve pratik bir çözüm yolu sunmaktadır.[32] Bu temelden hareketle masaya oturmak tarafların takdirindedir ve uti possidetis sınırının taraflarca değiştirilmesinde

25 Abline, "Sur un nouveau principe général de droit international: l'uti possidetis", 537.

26 Jean-Marc Sorel ve Rostane Mehdi, "L'uti possidetis entre la consécration juridique et la pratique: essai de réactualisation", *Annuaire français de droit international* 40 (1994) 38.

27 Peters, "The Principle of Uti Possidetis Juris, How Relevant is it for Issues of Secession?", 128-129.

28 Mohammed Loulichki, "L'intangibilité des frontières africaines à l'épreuve des réalités contemporaines", *OCP Policy Center, Policy Paper* (Avril 2018).

29 Aust, *Handbook of International Law*, 41; Sur, *Uluslararası Hukukun Esasları*, 109.

30 Marc Perrin de Brichambaut ve diğerleri, *Leçons de droit international public* (Paris: Presses de Sciences Po ve Dalloz, 2011), 554.

31 Sorel ve Mehdi, "L'uti possidetis entre la consécration juridique et la pratique: essai de réactualisation", 38; Peters, "The Principle of Uti Possidetis Juris, How Relevant is it for Issues of Secession?", 137.

32 Sorel ve Mehdi, "L'uti possidetis entre la consécration juridique et la pratique: essai de réactualisation", 25.

hiçbir engel bulunmamaktadır. Taraflarca anlaşmaya varılamaması halinde dahi uti possidetis barışı ve istikrarı temin edici bir etkiye sahiptir: böylece hem yeni kurulan devletin devlet ülkesi üzerinde başka devletlerin emellerinin hem de yeni kurulan devletin bağımsızlık anında hukuki temeli olmayan toprak taleplerinde bulunmasının önüne geçilmektedir.[33]

Sınırların belirlenmesinde halkların arzularının dikkate alınmadığına ilişkin eleştiriler daha detaylı olarak halkların kendi kaderini tayin hakkıyla uti possidetis arasındaki ilişki kapsamında ele alınacaktır.

B. UTİ POSSİDETİS VE DİĞER ULUSLARARASI HUKUK NORMLARI ARASI İLİŞKİLER

1. Halkların Kendi Kaderini Tayin Hakkı ve Uti Possidetis

İlk bakışta halkların kendi geleceklerini tayin hakkıyla uti possidetis ilkesi arasında bir çatışma varmış gibi gözükebilir. Nitekim, uti possidetis mevcut sınırların korunmasını ifade ederken, halkların kaderini tayin hakkı sınırların değişimine kapı aralamaktadır.[34] Hakim Dillard, Batı Sahara konusundaki danışma görüşüne iliştirdiği karşı oyunda şu ifadeyi kullanmıştır: "*It is for the people to determine the destiny of the territory and not the territory the destiny of the people.*"[35] Bu yaklaşımdan hareketle halkların kendi geleceklerini tayin ederken devlet ülkesinin mekânsal çerçevesini belirleme konusunda da söz sahibi olması gerektiği ve uti possidetis ilkesinin uygulanmasıyla devlet ülkesinin halkın kaderini belirlediği ileri sürülebilir.

Şüphesiz, Afrika'daki dekolonizasyon süreci halkların geleceğini tayin hakkı ilkesi temelinde gelişim göstermiştir.[36] Bu hakkın uygulanmasında üç husus esastır: dekolonizasyon kapsamında bu hak kullanılabilir (1), bu hakka ancak uti possidetis sınırları içerisinde başvurulabilir (2) ve ayrılık katı bir biçimde yasaklanmıştır (3).[37] Kısacası, uti possidetis tayin hakkını sınırlamaktadır ancak bu hakkı ihlal etmez ona sadece bir ülkesel çerçeve çizer ve bu hak sadece bu çerçevede kullanılabilir. Sonuç olarak, yeni bağımsızlığını kazanan devlet daha önce sömürgesi olduğu devletin iç idari sınırlarına saygı göstermelidir.[38] Bununla birlikte, dekolonizasyon kapsamında kurulan devletleri bu sınırlara saygı göstermeye mecbur kılan kavramsa uti possidetis değil tayin hakkıdır.[39]

---

33 Nesi, "L'uti possidetis hors du contexte de la décolonisation: le cas de l'Europe", *Annuaire français de droit international* 44 (1998) 8.

34 Jörg Fisch, "Peoples and Nations", *The Oxford Handbook of the History of International Law* içinde, editör Bardo Fassbender ve Anne Peters (Oxford: Oxford University Press, 2012) 47.

35 *Western Sahara, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1975*, 12, Seperate Opinion of Judge Dillard, 122.

36 Malcolm N. Shaw, "Peoples, Territorialism and Boundaries", *European Journal of International Law* 8, s. 3 (1997) 493.

37 Fisch, "Peoples and Nations", 46.

38 Malcolm N. Shaw, *Uluslararası Hukuk*, Çeviri editörü İbrahim Kaya, (Ankara: TÜBA, 2018), 216.

39 Olivier Corten, "Droit des peuples à disposer d'eux-mêmes et Uti possidetis: Deux faces d'une même médaille", *Revue Belge de Droit International* (1998): 174-175.

Bu minvalde, tayin hakkına geniş bir yaklaşım yerine (*enlarged self-determination thesis*) dar/mekânsal bir yaklaşım (*territorial solution/conception territoriale*) geliştirmek bir gerekliliktir.[40] Nitekim, sınırın belirlenmesinde ulus temelli yaklaşıma başvurmak daha tehlikeli sonuçlar doğuracak ve daha çok kaos çıkmasına sebebiyet verecektir.[41] Dar yaklaşım adaletin tesisi ve istikrarın sağlanması arasında orta yol bulma adına değerli bir çabanın ürünüdür.[42] Bu bağlamda, şunun altını çizmek gerekir ki yeni bağımsızlığını kazanan devletin kurulmasında esas olan ulus kavramı değildir ve ulusu yaratmak yeni kurulan devletin meselesidir.[43] Sömürgelikten kurtulma sürecinde yeni kurulan devletin yapması gereken uti possidetis sınırları dahilinde yeni bir ortak bir duygu yaratmaktır.[44] Elbette, aynı etnik kökene sahip halklar komşu devlet sınırları içerisinde yer alabilir. Bu durumda, yeni kurulan devletler, söz konusu azınlıkların haklarına saygı göstermeli ve sınırın diğer tarafında bulunan aynı etnik kökene sahip insan topluluğuyla ilişkiler geliştirmesini teşvik etmelidir.[45] Her iki tarafta bulunan etnik azınlıklar da, ayrılık talebinde bulunmak yerine, bulundukları devletlerin siyasetinde söz sahibi olma mücadelesi vermeleri yerinde olacaktır.

Uluslararası Adalet Divanı Dairesi de iki ilke arasında ilk bakışta varmış gibi gözüken çatışmaya dikkat çekse de mevcut sınırların korunması Afrika'da mevcut ülkesel durumun devamlılığı ve istikrarın sağlanması açısından sağlam bir çözüm yolu olarak değerlendirilmektedir.[46] Nitekim, istikrara duyulan ihtiyaç Afrika kıtasında yeni kurulan devletleri kolonyal sınırların korunmasına saygı duymaya ve uti possidetisi tayin hakkının yorumlanmasında önemli bir unsur olarak dikkate almaya itmiştir (para.25). Benzer şekilde, uti possidetisin önemli bir prensip haline geldiği ve tayin hakkından etkilenmediğinin altı çizilmiştir (para.26).

---

40 Shaw, "Peoples, Territorialism and Boundaries", 502.

41 Shaw, "Peoples, Territorialism and Boundaries", 502.

42 Olivier Corten, "Les visions des internationalistes du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes", *Civitas Europa* 32 s. 1 (2014) 100-101.

43 Sorel ve Mehdi, "L'uti possidetis entre la consécration juridique et la pratique: essai de réactualisation", 34-35.

44 Abline, "Sur un nouveau principe général de droit international: l'uti possidetis", 539.

45 Nesi, "L'uti possidetis hors du contexte de la décolonisation: le cas de l'Europe", 21; Peters, "The Principle of Uti Possidetis Juris, How Relevant is it for Issues of Secession?", 119. Benzer şekilde bkz. Eski Yugoslavya Barış Konferansı Hakem Komisyonunun 11.1.1992 tarih, 2 sayılı Görüşü. Komisyonun kararlarına ulaşmak için bkz. Alain Pellet, "The Opinions of the Badinter Arbitration Committee a Second Breath for the Self-Determination of Peoples", *EJIL* 3 (1992) 182-185. Komisyonla alakalı genel olarak bkz. Ezeli Azarkan, "Devletlerin Tanınmasında Dönüm Noktaları: Badinter Komisyonu ve Kosova'nın Tanınması", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 7, s. 1 (2016): 143-184; Alain Pellet, "Notes sur la Commission d'arbitrage de la Conférénce européenne pour la paix en Yougoslavie", *Annuaire français de droit international* 37 (1991): 329-348.

46 *Différend frontalier entre le Burkina Faso et le Mali (Burkina Faso c. République du Mali), arrêt, C.I.J. Recueil 1986*, 554, para. 25.

Sonuç olarak iki kavram arasında bir çatışma olmadığı kanaatindeyiz. İki kavram farklı dilimlerde uygulanmakta olup tayin hakkı bağımsızlık öncesi uti possidetisse bağımsızlık sonrası uygulamaya konmaktadır.[47] Tayin hakkının aksine uti possidetis devletin varlığına hukuki bir temel oluşturmayı amaçlamamaktadır.[48] Dolayısıyla farklı zaman dilimindeki uygulanan iki kavram arasında bir çatışma olması mümkün değildir.[49] Eski Yugoslavya Barış Konferansı Hakem Komisyonu'nun iki no.lu görüşünde de bu yaklaşım desteklenmektedir[50]: "*whatever the circumstances, the right to self-determination must not involve changes to existing frontiers at the time of independence*". Özetle, tayin hakkı uti possidetis sınırları içerisinde kullanılabilir ve bu hakkın kullanımı bağımsızlık anındaki sınırlar üzerinde bir değişim meydana getirmemelidir. Elbette, tarafların aksini kararlaştırmasına bir engel yoktur.

2. Devletlerin Ardıllığı ve Uti Possidetis

Devletlerin ardıllığı ve uti possidetis arasındaki ilişki ele almamız gereken bir diğer önemli meseledir. Devletlerin ardıllığı kısaca "bir ülke ya da ülke parçası üzerinde yetkilerin el değiştirmesi" şeklinde özetlenebilir.[51] Devletler arası ardıllığın ortaya çıktığı en önemli haller dağılma ve ayrılmadır.[52] Bu iki halde uti possidetisin uygulanıp uygulanmayacağı konumuz açısından büyük önem arz etmektedir.

Uti possidetisin devletler arası her ardıllık durumunda doğrudan uygulama alanı bulmadığını belirtmemiz yerinde olacaktır. Bununla birlikte, devletlerin dağılması sürecinde uti possidetise başvurulmasının önünde hiçbir engel bulunmamaktadır. Dolayısıyla, dekolonizasyon kapsamında uti possidetis otomatik olarak uygulanırken, 1990'lı yılların başında yaşanan dağılma süreçlerinde bu ilkeye başvurulması daha çok politik ve iradi olarak kabul edilebilmektedir.[53]

Ayrılık halindeyse uti possidetis kural olarak uygulanmaz. Dekolonizasyon sürecinde bağımsızlık kazanma meşru olup tamamen tayin hakkıyla temellendirilebilirken ayrılık durumunda daha çok etkililik önem kazanmaktadır.[54] Uti pos-

47 Peters, "The Principle of Uti Possidetis Juris, How Relevant is it for Issues of Secession?", 126.

48 Kohen, "La Contribution de l'Amérique Latine au Développement Progressif du Droit International en Matière Territoriale", 21.

49 Bunun bir istisnasından bahsetmemiz mümkündür. Örneğin kolonyal bir devletin kolonilerinden birisinin bağımsızlığını ilan etmesinin arifesinde ister tek taraflı olarak ister komşu devletlerle antlaşma yapmak suretiyle iç biriminin sınırlarını değiştirmesi halinde iki kavram arasında bir çatışmadan bahsedebiliriz. Bu durumda tayin hakkının açık bir biçimde ihlal edildiği ileri sürülebilir. Nesi, "L'uti possidetis hors du contexte de la décolonisation: le cas de l'Europe", 20.

50 Eski Yugoslavya Barış Konferansı Hakem Komisyonunun 11.1.1992 tarih, 2 sayılı Görüşü.

51 Yücel Acer ve İbrahim Kaya, *Uluslararası Hukuk* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2021), 423.

52 Rona Aybay ve Elif Oral, *Kamusal Uluslararası Hukuk* (İstanbul: Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2016), 290-291.

53 Peters, "The Principle of Uti Possidetis Juris, How Relevant is it for Issues of Secession?", 105-106.

54 Peters, "The Principle of Uti Possidetis Juris, How Relevant is it for Issues of Secession?", 107; Corten, "Droit des peuples à disposer d'eux-mêmes et Uti possidetis: Deux faces d'une même médaille", 187.

sidetisin uygulanmasının ana hukuki temelini dekolonizasyon kapsamında başvurulan tayin hakkı oluşturmaktadır. Yukarıda da belirtildiği üzere, tayin hakkına ayrılık kapsamında başvurulması mümkün değildir. Ayrılık durumunda sınırların belirlenmesinde esas alınan etkililiktir ve etkililik olgular üzerinden değerlendirilir. Sonuç olarak, uti possidetisle etkililiğin özellikle dekolonizasyon kapsamında aynı anda uygulanması mümkün değildir. Bu husus aşağıda etkililik ve ülkesel hak arasındaki ilişki bağlamında detaylı olarak ele alınacaktır.

Dekolonizasyon dışında, elbette ayrılıkçı bir grup uti possidetisi temel alarak ayrılma yoluna gidebilir ve bu kurulan yeni yapının diğer devletler tarafından tanınması da imkânsız değildir. Eğer bir grup etkin bir biçimde ayrılma hedefine ulaşırsa daha önceki idari sınırları uluslararası sınırlar haline dönüşebilir.[55] Bunun önünde bir engel bulunmamaktadır ve bu husus tamamen etkililikle alakalıdır. Uluslararası hukukta ayrılığa temel oluşturan ne bir hak bulunmamaktadır ne de ayrılık uluslararası hukuk tarafından yasaklanmıştır.[56] Dolayısıyla, ayrılık haline uluslararası hukukun kayıtsızlığından bahsedebiliriz ve bu meselenin daha çok bir ulusal hukuk meselesi olduğunu ileri sürebiliriz. İlgili ulusal hukuk çerçevesinde ayrılık aşamasında tarafların uti possidetisi temel almalarına da engel bulunmamaktadır.[57] Arsava'nın da belirttiği üzere, ayrılma aşamasında, taraflar iyi niyet çerçevesinde müzakere etme yoluna gitmelidir.[58] Esas olan devletin ülkesinin bütünlüğüdür ve bu bütünlüğe iç ve dış aktörler tarafından saygı gösterilmesi gerekmektedir ancak ilgili devletin rızası bunun istisnasını oluşturmaktadır.[59] İki taraf da eğer uti possidetis sınırı üzerinde hem fikir olursa uti possidetisin çıkış noktası olan istikrar hedefi sağlanmış olacaktır.

Uti possidetise dekolonizasyon sürecinde başvurulması konusunda tartışma olmasa da bu süreç dışında hangi hallerde uygulanacağına ilişkin bir uzlaşıya ulaşılmış değildir. Bu husus uti possidetisin normatif değeri hakkında bir incelemenin yapılması gerekliliğini ortaya koymaktadır.

C. UTİ POSSİDETİSİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Uti possidetis sınırların asla değişmeyeceği, dondurulacağı anlamına gelmez, taraflar aksini kararlaştırabilir. Bu nedenle düzenleyici (dispozitif) bir kuraldır.[60] Dolayısıyla, taraflar aksini kararlaştırabildikleri için uti possidetis bir buyruk kuralı değildir.[61] Sonuç olarak, uti possidetisin doğrudan uygulandığı dekolonizasyon kap-

55 Abline, "Sur un nouveau principe général de droit international: l'uti possidetis", 298.

56 Abline, "Sur un nouveau principe général de droit international: l'uti possidetis", 296.

57 Peters, "The Principle of Uti Possidetis Juris, How Relevant is it for Issues of Secession?", 100.

58 Füsun Arsava, "Uluslararası Hukukun Sezession için Belirlediği Çerçeve", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 15 (2013) 1225.

59 Hüseyin Pazarcı, *Uluslararası Hukuk* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2006), 143-144.

60 Nesi, "L'uti possidetis hors du contexte de la décolonisation: le cas de l'Europe", 22.

61 Devlet egemenliğini sınırlayıcı etkiye sahip buyruk kuralları (korsanlık yasağı, kölelik yasağı vb.) hakkında bkz. Aybay ve Oral, *Kamusal Uluslararası Hukuk*, 238-239.

samında uti possidetis sınırı dışında farklı bir sınır belirlenmesi mümkündür. Dekolonizasyon kapsamı dışındaki ardıllık hallerinde de ilgili taraflarca uti possidetisin referans alınmasında bir engel yoktur. Bu bağlamda, özellikle Sovyetler Birliği'nin ve Çekoslavakya'nın dağılma sürecinde ardıl devletler bu ilkeye yapmış oldukları antlaşmalarda başvurmuşlar ve daha önceki federal mevcut sınırlarını korumuşlardır. Bu nedenle, devletlerin sınırların belirlenmesinde kendi iradeleriyle bu ilkeye başvurmaları ilkenin rızaya dayalı bir karaktere sahip olabileceğini de ortaya koymaktadır.

Daha sonraki aşamada uti possidetisin bir örf ve âdet hukuku kuralı olup olmadığı tartışılabilir. Örf ve adet hukuku kuralından bahsedilmemiz için iki unsurun bulunması gereklidir: objektif öğe (genel uygulama) ve sübjektif öğe (*opinio juris*).[62] Bu iki öğe dikkate alındığında, özellikle, Latin Amerika ve Afrika bağlamında bölgesel bir örf ve âdet hukuku kuralının varlığından bahsetmemiz mümkündür.[63] Genel örf ve adet hukuku kurallarının aksine, bölgesel örf ve adet kurallarının sadece bölgede bulunan devletleri ilgilendirdiğini ve bölge ülkelerinin uygulamaya katılımının açık bir biçimde gerçekleşmesinin gerekliliğini hatırlatmamız yerinde olacaktır.[64] Nitekim, uti possidetis Latin Amerikalı devletlerin anayasalarına girmiştir, bu devletlerin aralarında imzaladıkları antlaşmalarda referans alınmıştır ve de birçok uluslararası yargı kararının temelini oluşturmuştur.[65] Benzer şekilde örf ve âdet hukukunun iki unsurunu sağlayan destekleyici örnekleri Afrika kıtası bağlamında da verebiliriz.

Bununla birlikte, genel bir örf ve âdet hukuku kuralından bahsetmemiz şu an için mümkün gözükmemektedir. Hiç şüphesiz prensibin uygulama alanı genişlemiş dekolonizasyon süreci dışında da uygulanmaya başlamıştır. Bu bağlamda, uti possidetis Eski Yugoslavya Barış Konferansı Hakem Komisyonu tarafından Yugoslavya'nın dağılma sürecinde esas alınan bir kural olarak kabul görmüştür.[66] Soğuk Savaş'ın bitimiyle karşılaştığımız bu ve benzeri örnekler, yani antlaşma yoluyla uti possidetisin sınır belirlemelerinde esas alınması sübjektif öğenin varlığını göstermesi anlamında kıymetlidir.[67] Bununla birlikte, uti possidetisin genel bir örf ve âdet hukuku kuralı olduğunu destekleyeceğimiz yeterince gelişmiş ve tekdüze bir uygulama yoktur ve devletler uygulamalarında bu yönde hareket etmelerinin hukuken gerekli olduğuna yeterince inanmamaktadır.[68] Objektif ve

62 Acer ve Kaya, *Uluslararası Hukuk*, 56-57.

63 Bununla birlikte, Adalet Divanı Dairesi, Burkina Faso ve Mali arasındaki Sınır Uyuşmazlığı kararında, uti possidetisin Latin Amerika'ya özgü bölgesel bir örf ve âdet hukuku kuralı olduğunu kabul etmemiştir. *Différend frontalier entre le Burkina Faso et le Mali (Burkina Faso c. République du Mali), arrêt, C.I.J. Recueil 1986*, 554, para. 20.

64 Acer ve Kaya, *Uluslararası Hukuk*, 58.

65 Shaw, "Peoples, Territorialism and Boundaries", 493.

66 Eski Yugoslavya Barış Konferansı Hakem Komisyonunun 11.1.1992 tarih, 3 sayılı Görüşü.

67 Peters, "The Principle of Uti Possidetis Juris, How Relevant is it for Issues of Secession?", 105; Abline, "Sur un nouveau principe général de droit international: l'uti possidetis", 276.

68 De Brichambaut ve diğerleri, *Leçons de droit international public,* 554.

sübjektif unsurların gelecekte sağlanması halinde genel bir teamül kuralından bahsetmek mümkün olabilecektir.

Adalet Divanı Dairesi, Burkina Faso ve Mali arasındaki Sınır Uyuşmazlığı kararında uti possidetisin dekolonizasyon sürecinde ortaya çıkan genel bir ilke (*principe général*) olduğunun altını çizmiştir.[69] Divan'ın ilkeden (*principe*) ne anladığı konusunda bir muğlaklık bulunmaktadır. Burada hukukun genel ilkesi mi yoksa uluslararası hukuk ilkesi mi kastedilmektedir? Hukukun genel ilkeleri kaynağını iç hukuktan almakta ve bu ilkelere uluslararası hukuk bağlamında bir hukuk boşluğu (non liquet) oluşmaması için başvurulmaktadır.[70] Uluslararası hukukun ilkeleriyse uluslararası düzene özgü ve bu düzene temel teşkil eden kurallardır.[71] Başka bir deyişle, hukukun genel ilkeleri kaynağını iç hukuktan alırken, uluslararası hukukun ilkeleri de uluslararası sistemden doğmaktadır. Bu nedenle, uti possidetis hukukun genel bir ilkesi değil bir uluslararası hukuk ilkesidir.[72] Uti possidetis, güç kullanma yasağı, ülkesel bütünlüğe saygı bu ilkelere örnek gösterilebilir. Uti possidetis bir uluslararası hukuk prensibi olarak diğer prensipleri tamamlayıcı bir rol oynamaktadır. Devletlerin iç hukukundan kaynaklanmamaktadır ve hâkim tarafından bir hukuk boşluğunun önüne geçmek için bu prensibe başvurulmaz.

Sonuç olarak, uti possidetis, dekolonizasyon kapsamında sınır belirlemede doğrudan uygulanan bunun dışında gelişen ardıllık hallerindeyse ilgili devletlerin iradesiyle esas alınabilecek bir uluslararası hukuk ilkesidir. Bu ilkenin temel amacı sınırlarda sağlamış olduğu hukuki güvenlikle uluslararası istikrarı korumaktır. Uluslararası Adalet Divanı tarafından bu ilkenin uygulanması da aynı amaca hizmet etmektedir. Bununla birlikte, ilkenin uygulanması bazı zorlukları da beraberinde getirmektedir.

II. UTİ POSSİDETİS İLKESİNİN ULUSLARARASI ADALET DİVANI TARAFINDAN UYGULANMASI

Uti possidetis sınırının belirlenmesinde sömürge devletinin hukuku belirleyici olmaktadır (A). Uti possidetis ülkesel bir hakkın temelini oluşturmaktadır. Bu nedenle, ülkesel hak ve etkililik arasındaki ilişki detaylı bir biçimde irdelenmelidir (B). Bir ülkesel hakkın ya da etkililiğin egemenliğe temel oluşturmaması halinde hakkaniyet büyük önem kazanmaktadır (C). Uti possidetis aynı zamanda deniz hukuku bağlamında da uygulanan bir ilkedir (D).

69 *Différend frontalier entre le Burkina Faso et le Mali (Burkina Faso c. République du Mali), arrêt, C.I.J. Recueil 1986*, 554, para. 20-21.

70 Acer ve Kaya, *Uluslararası Hukuk*, 61.

71 Mireille Couston, *Droit spatial* (Paris: Ellipses, 2014), 46.

72 Peters, "The Principle of Uti Possidetis Juris, How Relevant is it for Issues of Secession?", 99.

A. SÖMÜRGE HUKUKUNUN DEĞERLENDİRİLMESİ VE ÖNEMLİ TARİHİN BELİRLENMESİ

Uti possidetis, kolonyal gücün iç birim sınırlarını uluslararası sınırlara dönüştüren geçmişe etkili (*rétroactif*) bir ilkedir.[73] Uti possidetis ilkesi, yeni bağımsızlığını kazanan devlete bağımsızlığını kazandığı andan itibaren doğrudan uygulanmaktadır.[74] Bu prensibin uygulanmasıyla ülkesel hak (*titre territorial*) yeni kurulan devlet lehine dondurulmakta ve bu devlet eski kolonyal iç birim sınırları dahilinde egemen güç haline gelmektedir.[75] Ülkesel hak kavramından ne anlaşılması gerektiği Burkina Faso ve Mali arasındaki Sınır Uyuşmazlığı kararında belirtilmiştir. Bu bağlamda, ülkesel hak kavramı bir hakkın varlığını ortaya koyan her türlü belgeyi ifade ettiği gibi ve bu hakkın kaynağını da oluşturmaktadır.[76] Uti possidetis uygulaması bağlamında kolonyal ülkesel hak sömürge hukukunda yer alan idari sınırları belirleyen genel olarak kanunlar ve kararnameler şeklindeki kaynaklardır.[77] Dolayısıyla, uti possidetis sınırının belirlenmesi kolonyal anayasa ve idare hukukunun dikkatli bir biçimde analizini gerektirmektedir. Post-kolonyal ülkesel haksa uti possidetisin kendisidir ve uti possidetis sınırları içerisinde yeni kurulan devletin egemenliğinin temelini oluşturur.[78]

Uti possidetis hattının belirlenmesi sömürgeci devletin hukukunun ışığında yapılmaktadır.[79] Shaw tarafından da belirtildiği üzere, ulusal hukuk kuralları genel itibarıyla uluslararası yargı organları önünde olguları ortaya koymaktadır.[80] Dolayısıyla, kolonyal hukuk uluslararası yargı organı tarafından kolonyal mirasın tespitinde dikkate alınacak olgulardan sadece birisidir (*un élément de fait*).[81]

---

73 *Différend frontalier Terrestre, Insulaire et Maritime (El Salvador/Honduras; Nicaragua (intervenant)), arrêt, C.I.J. Recueil 1992*, 351, para. 43.

74 *Différend frontalier entre le Burkina Faso et le Mali (Burkina Faso c. République du Mali), arrêt, C.I.J. Recueil 1986*, 554, para. 30.

75 *Différend frontalier entre le Burkina Faso et le Mali (Burkina Faso c. République du Mali), arrêt, C.I.J. Recueil 1986*, 554, para. 30.

76 *Différend frontalier entre le Burkina Faso et le Mali (Burkina Faso c. République du Mali), arrêt, C.I.J. Recueil 1986*, 554, para. 18.

77 Kohen, *Possession contestée et souveraineté territoriale*, 409, para. 164.

78 Kohen, *Possession contestée et souveraineté territoriale*, 409, para. 165.

79 *Différend frontalier entre le Burkina Faso et le Mali (Burkina Faso c. République du Mali), arrêt, C.I.J. Recueil 1986*, 554, para. 29-30. Hâkim Abi-Saab'a göre sömürge devletinin hukukuna başvurmak sömürge kurumuna geriye dönük bir biçimde meşruiyet kazandırmaktan başka bir şey değildir. *Différend frontalier entre le Burkina Faso et le Mali (Burkina Faso c. République du Mali),* Opinion Individuelle de M. Abi-Saab, para. 4. Hâkim Benouna'ya göreyse bu durum kolonizasyona bir meşruiyet kazandırmak şeklinde değerlendirilmese de asıl mesele çağdaş uluslararası hukukta sınırların belirlenmesinde kolonyal hukukun önemli bir dayanak noktası oluşturmasıdır. *Différend frontalier (Burkina Faso/Niger), arrêt, C.I.J. Recueil 2013*, 44, Opinion Dissidente de M. le Juge ad *hoc* Bennouna.

80 Shaw, *Uluslararası Hukuk,* 99.

81 *Différend frontalier entre le Burkina Faso et le Mali (Burkina Faso c. République du Mali), arrêt, C.I.J. Recueil 1986*, 554, para. 30.

Başka bir deyişle, kolonyal hukuk kolonyal mirasın tespitine ilişkin diğer kanıtların yanında sadece bir kanıt teşkil etmektedir.[82] Dolayısıyla, bu noktada ulusal hukuk uluslararası hukuk kuralına dönüşmemekte ancak bir uluslararası hukuk ilkesinin uygulanmasında dikkate alınmaktadır.[83] Bu bağlamda, uti possidetis sınırının tespiti maksadıyla ulusal hukukla uluslararası hukuk arasında önemli bir etkileşimden bahsetmemiz mümkündür. Sonuç olarak, ülkesel hakkın varlığının tespitinde kolonyal hukuk temel oluşturmasa da bu yönde çok önemli bir kanıt olarak değerlendirilmektedir. Başka bir şekilde ifade etmek gerekirse, kolonyal ülkesel hak sömürge hukuku ışığında belirlenir ve başlı başına devlet egemenliğinin kaynağını oluşturmaz.

Kolonyal sınırların tespitinde uydu görüntüleri ve uydu görüntülerinden elde edilmiş haritalar önemli bir katkı sağlamaktadır.[84] Bununla birlikte, Divan uygulamasında uydu verilerinin birincil kanıt değerinin olmadığı daha çok ikincil/destekleyici kanıt değerine sahip oldukları görülmektedir.[85] Divan'ın genel yaklaşımında uydu verileri diğer kanıtlarla özellikle sahadan elde edilmiş olanlarla desteklenmelidir. Bu yaklaşımın altında yatan sebep uydu görüntülerinin ham görüntü elde edildikten son ürün olmaya giden süreçte insan ve bilgisayar müdahalesine maruz kalmasıdır. Bununla birlikte, uydu görüntüsünü sağlayan kurumun uyuşmazlığın taraflarından bağımsız olması her ne kadar ikincil kanıt değerini değiştirmese de Divan'ın yapmış olduğu kanıt değerlendirmesinde daha çok dikkate alındığı söylenebilir.[86]

İç birim sınırlarının uluslararası sınıra dönüştükleri tarih ya da kolonyal mirasın aktarıldığı tarih önemli tarih (*date critique*/*critical date*) olarak kabul edilmektedir.[87] Ülkesel uyuşmazlıklar için önceden bir kritik tarih belirlemek mümkün değildir nitekim her uyuşmazlığın kendine has bir önemli tarihi bulunmaktadır.[88] Genel olarak, önemli tarih, taraflarca ileri sürülen ülkesel hakların analiz edileceği tarihtir.[89] Uti possidetis uygulaması özelinde ifade etmek gerekirse, önemli tarih, sömürgeci gücün kolonisi olan iç birimlerinin sınırlarını de-

82 *Différend frontalier (Bénin/Niger), arrêt, C.I.J. Recueil 2005*, 90, para. 46.

83 "Şu halde İspanya iç hukukunun bir kuralı, uluslararası hukuk kuralı haline dönüşmektedir." Uğur Bayıllıoğlu, "Prevlevka Yarımadası Uyuşmazlığı ve Deniz Alanları Sınırlandırmasına Yansımaları", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 30, s. 2 (2022): 912. İç hukuk kuralının uluslararası hukuk kuralına dönüştüğü fikrine katılmıyoruz. Burada, iç hukuk kuralının dönüşümünden ziyade bir uluslararası hukuk ilkesinin uygulanışında dikkate alınmasından bahsedilebilir.

84 Genel olarak bkz. Tuğrul Çakır, "Uydu Görüntülerinin Uluslararası Adalet Divanı Önünde Kanıt Olarak Kullanılması", *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 4, s. 1 (2022): 212-252.

85 *Différend frontalier entre le Burkina Faso et le Mali (Burkina Faso c. République du Mali), arrêt, C.I.J. Recueil 1986*, 554, paras. 54-56.

86 *Différend frontalier (Bénin/Niger), arrêt, C.I.J. Recueil 2005*, 90, paras. 116-117.

87 *Différend frontalier (Bénin/Niger), arrêt, C.I.J. Recueil 2005*, 90, para. 46.

88 Kohen, *Possession contestée et souveraineté territoriale,* 138, para. 318.

89 Kohen, *Possession contestée et souveraineté territoriale,* 133, para. 296.

ğiştirebileceği son tarihtir.[90] Başka bir deyişle, önemli tarih, yeni kurulan devletin bağımsızlığını ilan ettiği tarihtir.[91]

Bununla birlikte, önemli tarih bağımsızlık tarihinden başka bir tarih olarak da kabul edilebilir. Örneğin, İspanya'dan bağımsızlığını kazanan Latin Amerika devletleri için, her ne kadar bu devletlerin bağımsızlık tarihleri farklı olsa da, önemli tarih 1810 kabul edilmektedir; nitekim bu tarihten itibaren bu devletler İspanya'nın otoritesini red etmeye başlamışlardır.[92] Orta Amerika içinse, Federal Orta Amerika Cumhuriyetinin bağımsızlık kazandığı tarih olan 1821 önemli tarih olarak kabul edilmektedir, bu devletin her ne kadar varlığı 1839 yılında sona ermiş olsa da, ardıl devletler 1821 tarihini sınır uyuşmazlıkları esas almaktadır.[93]

Bir dava kapsamında birden fazla uyuşmazlığın varlığı halinde her uyuşmazlık için önemli tarih tespit edilmesi de gerekebilir. Örneğin, Nikaragua ve Honduras arasındaki Kara ve Deniz Uyuşmazlığı davasında Divan tartışmalı olan bölgelerdeki adalarda egemenlik (1) ve deniz alanlarının sınırlandırılması (2) hususlarında iki ayrı önemli tarih belirlemiştir.[94] İlkinde, Divan önemli tarihi 2001 yılı olarak tespit etmiştir (para.129). Nitekim, Nikaragua ihtilaf konusu olan adalarda egemenlik haklarını açık bir biçimde saklı tuttuğunu bu tarihte deklare etmiştir. İkincisindeyse, tartışmalı olan bölgede Honduraslı balıkçı gemilerinin Nikaragualı sahil güvenlik gemileri tarafından Mart 1982 içinde iki kez ele geçirilmelerinin ardından Honduras tarafından 23 Mart 1982 tarihinde Nikaragua'ya bir protesto gönderilmiştir. Bu olayların gerçekleştiği 1982 yılı Mart ayı deniz sınırlandırmasına ilişkin uyuşmazlığın başlangıcı olarak belirlenmiş ve kritik tarih olarak tespit edilmiştir (para. 131).

Önemli tarih aynı zamanda egemen sıfatına haiz olarak yapılan eylemlerle bu tarihten sonra gerçekleşen eylemler arasında önemli bir sınır oluşturmaktadır.[95] Bu tarih sonrası gelişen eylemler kural olarak dikkate alınmaz ancak bu eylemlerin önceki eylemlerin devamı niteliğinde olması ve eyleme dayanan tarafın hukuki durumunu geliştirme amacı taşımıyor olması bu kuralın istisnasıdır.[96]

---

90 *Différend frontalier entre le Burkina Faso et le Mali (Burkina Faso c. République du Mali), arrêt, C.I.J. Recueil 1986*, 554, Contre mémoire du Mali, 292.

91 *Différend frontalier (Bénin/Niger), arrêt, C.I.J. Recueil 2005*, 90, para. 46.

92 Kohen, *Possession contestée et souveraineté territoriale,* 404, para. 139.

93 Kohen, *Possession contestée et souveraineté territoriale,* 405, para. 141. Benzer şekilde bkz. *Différend frontalier Terrestre, Insulaire et Maritime (El Salvador/Honduras; Nicaragua (intervenant)), arrêt, C.I.J. Recueil 1992*, 351, para. 45.

94 *Différend territorial et maritime entre le Nicaragua et le Honduras dans la mer des Caraïbes (Nicaragua c. Honduras), arrêt, C.I.J. Recueil 2007*, p. 42, para. 123.

95 *Différend territorial et maritime entre le Nicaragua et le Honduras dans la mer des Caraïbes (Nicaragua c. Honduras), arrêt, C.I.J. Recueil 2007*, p. 42, para. 117.

96 *Souveraineté sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan (Indonésie/Malaisie), arrêt, C.I.J. Recueil 2002*, 682, par. 135.

Ayrıca, önemli tarih sonrası gelişen olaylar aynı zamanda önemli tarihteki durumun aydınlatılması için de faydalı olabilir.[97] Önemli tarih sonrası gelişen olguların dikkate alınacağı başka bir durum da tarafların sarih bir biçimde anlaşmaya varmış olmalarıdır.[98]

Önemli tarih, ülkesel hakkın dondurulduğu tarih olduğu için büyük önem arz etmektedir. Önemli tarih, aynı zamanda ülkesel hak ve etkililik arasında da bir sınır oluşturmaktadır.

B. ÜLKESEL HAK VE ETKİLİLİK ARASINDAKİ İLİŞKİ

Ülkesel hakla etkililik arasındaki ilişkiyi ele almadan önce etkililik kavramı irdelenmelidir. İşgal, sahipsiz toprağın söz konusu olması halinde bir ülke kazanım yöntemi olarak kabul edilmektedir.[99] Başka bir devlete ait topraklardaysa kontrol (ya da etkin zilyetlik - *possession effective*) uygulanması halinde de ülke kazanılması mümkündür.[100] Devlet tarafından uygulanan kontrol etkin olmalıdır ancak talep edilen bütün toprak parçasında yerleşim zorunluluğu bulunmamaktadır.[101] Etkinlik seviyesi görecelidir ve coğrafi koşullara, rekabet halinde bulunulan taleplerin durumuna ve uluslararası arenada gösterilen tepkilere göre değişiklik göstermektedir.[102]

Etkin zilyetliğin iki temel unsuru bulunmaktadır: devlet otoritesinin ilgili toprak parçası üzerinde belirgin olması (maddi unsur) ve egemen iradesi (sübjektif unsur).[103] İki unsur da birbiriyle bağlantılıdır ve egemenlik iddiasında bulunmak için ikisi de var olmalıdır.[104] Sübjektif unsur kapsamında daha çok söz konusu toprak parçasında egemen olarak hareket etme iradesi ortaya koyulmalıdır.[105] Maddi unsurla alakalı olarak da bir hususun altı çizilebilir. Bir toprak parçasının etkin kontrolünün iki ayrı veçhesi bulunmaktadır:[106] *corpus possesionis* kavramının varlığını doğrular nitelikte eylemler ve bu eylemleri gerçekleştirebilecek otoritenin varlığı. *Corpus possessionis* temel olarak yürütme, yasama ve yargı fonksiyonlarının bir otorite tarafından uygulanmasıdır.[107] Yürütme fonksiyonu hiç

97 Kohen, *Possession contestée et souveraineté territoriale,* 135, para. 303.

98 *Différend frontalier (Bénin/Niger), arrêt, C.I.J. Recueil 2005*, 90, para. 26.

99 Acer ve Kaya, *Uluslararası Hukuk*, 154-155.

100 Acer ve Kaya, *Uluslararası Hukuk*, 155-156.

101 Shaw, *Uluslararası Hukuk,* 363.

102 Shaw, *Uluslararası Hukuk,* 370.

103 Kohen, *Possession contestée et souveraineté territoriale,* 192-204. Minquiers ve Echéhous davasında, Divan, Fransa tarafından adacıklarda yürütülen faaliyetlerin bu iki temel unsuru yeterince sağlamadığını belirtmiştir. *Affaire des Minquiers et des Echéhous*, *arrêt, C.I.J. Recueil 1953,* 47, p. 71.

104 Kohen, *Possession contestée et souveraineté territoriale,* 191, paras. 9-11.

105 Kohen, *Possession contestée et souveraineté territoriale,* 203-204.

106 Kohen, *Possession contestée et souveraineté territoriale,* 192, para. 15.

107 Kohen, *Possession contestée et souveraineté territoriale,* 192, para. 16.

şüphesiz etkin zilyetliğin maddi koşulunu ortaya koyan en güçlü fonksiyondur.[108] Her halükârda, etkinlik kamusal veya açık nitelikli olmalıdır.[109]

Örnek vermemiz gerekirse, Nikaragua ve Honduras arasındaki Kara ve Deniz Uyuşmazlığı davasında tartışmalı olan bölgelerdeki 4 ada üzerinde Honduras tarafından ileri sürülen egemenlik faaliyetlerinin etkin kontrole ilişkin iki unsuru sağladığı Divan tarafından tespit edilmiştir: egemen sıfatıyla hareket etme isteği ve otoritesinin mütevazi ancak reel bir biçimde belirgin olması.[110] Divan, Honduras tarafından yürütülen faaliyetlerin Nikaragua'nın bilgisi dahilinde olduğunun var sayılabileceğini ve Nikaragua'nın bu faaliyetlere karşı çıkmadığının da altını çizmiştir. Daha sonra da Nikaragua'nın etkin kontrolün iki unsurunu ortaya koyan kanıtlar sunamadığını da belirtilmiştir.

Uti possidetisin uygulanması bağlamında özellikle sömürge dönemi etkililiği/kolonyal etkililik (*effectivités coloniales*) büyük önem kazanmaktadır. Bu kavramdan anlaşılması gereken sömürge döneminde ülkesel yetkilerin etkin bir biçimde kullanıldığının kanıtı olan idari makamların eylemleridir.[111] Örneğin, kolonyal yetkili otorite tarafından yürütülen yol yapım ve bakım çalışmaları (*les travaux de piste*) kolonyal etkililik kapsamında bir kanıt değerine sahiptir.[112] Nitekim, bu faaliyetler yetkili otoritenin tartışmalı bölgeyi kendi sorumluluk alanlarında gördüğünün bir göstergesidir (para.120). Genel olarak, bu faaliyetler yetkili otoritenin iradesini ortaya koyduğu için kolonyal etkililiğin önemli bir unsurunu oluşturmaktadır (para.124).

Burkina Faso ve Mali arasındaki Sınır Uyuşmazlığı kararında uti possidetisin uygulanmasında esas alınan ülkesel hak ve etkililik arasındaki ilişki şu şekilde açıklanmaktadır:[113]

1. Etkililik Ülkesel Hakkı Teyit Edebilir

Etkililikle uti possidetis sınırı uyum halindeyse bu husus uti possidetisten doğan ülkesel hakkı teyit edici, destekleyici niteliktedir. Kısacası, etkililiğe sadece ikincil olarak ve onaylama amacıyla başvurulabilir.

2. Ülkesel Hakkın Varlığı Halinde Etkililik Önemsizdir

Etkililikle uti possidetis sınırı uyum halinde değilse, yani ülkesel hakkın sahibi dışında başka bir devletin etkililiği söz konusuysa, ülkesel hak sahibi ter-

---

108 Kohen, *Possession contestée et souveraineté territoriale,* 192, para. 16.

109 Shaw, *Uluslararası Hukuk,* 370.

110 *Différend territorial et maritime entre le Nicaragua et le Honduras dans la mer des Caraïbes (Nicaragua c. Honduras), arrêt, C.I.J. Recueil 2007*, 42, para. 208.

111 *Différend frontalier entre le Burkina Faso et le Mali (Burkina Faso c. République du Mali), arrêt, C.I.J. Recueil 1986*, 554, para. 63.

112 *Différend frontalier entre le Burkina Faso et le Mali (Burkina Faso c. République du Mali), arrêt, C.I.J. Recueil 1986*, 554, para. 120.

113 *Différend frontalier entre le Burkina Faso et le Mali (Burkina Faso c. République du Mali), arrêt, C.I.J. Recueil 1986*, 554, para. 63.

cih edilmelidir.[114] Nitekim, bu durumda zilyetliğin hukuka aykırı olduğu kabul edilmektedir.[115] Başka bir deyişle, uti possidetis uygulamasında egemenliğe temel oluşturma bağlamında sahip olma hakkı (*titre juridique*) etkin zilyetliğe (*possession effective*) tercih edilmekte ve üstün olduğu benimsenmektedir.[116] Özetle, bir uyumsuzluk halinde, sömürge dönemine ait etkililik uti possidetis sınırının belirlenmesinde etkisizdir. Dolayısıyla, merkezi otorite (*métropole*) ile yetkili sömürge idaresi arasında bir çatışma hali varsa uti possidetis sınırının belirlenmesinde esas alınacak olan kural olarak merkezi otoritenin iradesidir.[117]

Yukarıda bahsi geçen ifadeler genel hatlarıyla sömürge sonrası dönem etkililiği (*effectivité postcoloniale*) için de geçerlidir.[118] Post kolonyal etkililik bir toprak parçası üzerinde hak sahibi dışında başka bir devletin etkin zilyet olması halinde ortaya çıkmaktadır.[119] Sonuç olarak, uti possidetisten doğan ülkesel hak post kolonyal etkililiğe de üstündür ve ülkesel hakkın sahibinin rızası olmadan bir ülkesel hak yerine geçemez.[120] Uti possidetis, diğer ülke kazanım yöntemlerinin aksine, kolonyal mirasa aykırı zilyetliğe muvafakat gösterilmediği karinesini içinde barındırır, dolayısıyla uti possidetis sınırının değişimi için gösterilen rıza sarih olmalıdır.[121] Başka bir deyişle, uti possidetisten doğan bir ülkesel hakka sahip olan devlet açıkça rıza göstermeden etkin zilyet olan devlete ülkesel hakkın intikali mümkün değildir. Dolayısıyla, sarih rıza gösterilmesi halinde, anlaşmadan kaynaklanan ülkesel hak (*titre conventionnel*) uti possidetis ilkesinin uygulanmasını devre dışı bırakacaktır.[122]

3. Etkililik Ülkesel Hakkı Tamamlayıcı bir Rol Oynayabilir

Ülkesel hak var ancak uygulandığı alana ilişkin sınırlar bağlamında muğlaklık içeriyorsa etkililik önemli hale gelmektedir. Bu durumda, önemli tarihte, ülkesel hakkın sömürge yetkili idaresi tarafından ülkesel hakkın nasıl yorumlan-

114 Benzer şekilde bkz. *Différend frontalier (Burkina Faso/Niger), arrêt, C.I.J. Recueil 2013*, 44, para. 79.

115 Kohen, *Possession contestée et souveraineté territoriale,* 411, para. 173.

116 Kohen, "La Contribution de l'Amérique Latine au Développement Progressif du Droit International en Matière Territoriale", 17-18. Benzer şekilde bkz. *Différend frontalier entre le Burkina Faso et le Mali (Burkina Faso c. République du Mali), arrêt, C.I.J. Recueil 1986*, 554, para. 23.

117 Kohen, *Possession contestée et souveraineté territoriale,* 200, para. 46. Bu bağlamda bkz. *Affaire du Temple de Préah Vihéar (Cambodge c. Thaïlande), fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1962,* 6, p. 30.

118 Divan bağımsızlık sonrası etkililik ifadesini kullanmaktadır. *Différend frontalier Terrestre, Insulaire et Maritime (El Salvador/Honduras; Nicaragua (intervenant)), arrêt, C.I.J. Recueil 1992*, 351, para. 62.

119 Kohen, *Possession contestée et souveraineté territoriale,* 409, para. 167; *Différend frontalier Terrestre, Insulaire et Maritime (El Salvador/Honduras; Nicaragua (intervenant)), arrêt, C.I.J. Recueil 1992*, 351, Opinion Individuelle de M. Torres Bernandez, para. 22.

120 Kohen, *Possession contestée et souveraineté territoriale,* 413-414, para. 188.

121 Kohen, *Possession contestée et souveraineté territoriale,* 418, para. 210.

122 *Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie), arrêt, C.I.J. Recueil 2012*, 624, Opinion Individuelle de M. le juge Abraham, para. 4.

dığına ilişkin önemli bir başvuru kaynağı olacaktır.[123] Dolayısıyla, ülkesel hakkın muğlaklığı halinde etkililik ülkesel hakkın yerine geçmez sadece onu tamamlamaya hizmet eder.[124] Divan tarafından altı çizildiği üzere uti possidetis ilkesi sadece yürürlükteki ülkesel haklara atıfta bulunmayı değil, aynı zamanda söze konu ülkesel hakların kolonyal yetkili otorite tarafından nasıl yorumlandığı ve uygulandığı gibi hususların da dikkate alınmasını gerektirebilir.[125] Post kolonyal etkililik de benzer şekilde uti possidetis sınırının belirlenmesinde ülkesel hakkın nasıl yorumlandığına ilişkin önemli bilgiler verebilir ve muğlaklıkları bulunan ülkesel hakkın açıklığa kavuşmasına hizmet edebilir.[126] Örneğin, El Salvador ve Honduras arasındaki uyuşmazlıkta uti possidetis ilkesi uygulanmış ve uti possidetis sınırlarının belirlenmesinde bağımsızlık sonrası etkililiğe destekleyici bir rol biçilmiştir.[127]

4. Ülkesel Hak Yoksa Etkililiğe Başvurulur

Ülkesel hak mevcut değilse etkililik esaslı bir önem kazanmaktadır. Ülkesel hakkın olmadığı durumlarda, etkililiğe bakılmakta ve taraflar arasında zımni bir anlaşma olup olmadığı mahkeme tarafından incelenmektedir.[128] Kısacası, bu ve benzeri durumlarda devlet uygulaması hukuk belirleyici bir mekanizma haline gelmektedir.[129] Uygulamadan bazı örnekler verebiliriz.

İlk örneğimiz kolonyal etkililiği ilgilendirmektedir. Benin ve Nijer arasındaki Sınır Uyuşmazlığı davasında her iki tarafta sömürge dönemindeki hiçbir düzenleyici ve idari işlemden doğan ülkesel hak ortaya koyamamıştır.[130] Bu nedenle, Divan Dairesi taraflarca Nijer nehri sektöründe ileri sürülen egemenlik faaliyetlerinin sınırı belirlemeye yeterli olup olmadığını incelemeye geçmiştir (paras.76-77). Kanıtların değerlendirilmesinin ardından, Benin ve Nijer arasındaki sınırın, bağımsızlıklar

---

123 *Différend frontalier (Bénin/Niger), arrêt, C.I.J. Recueil 2005*, 90, Opinion Dissidente de M. le Juge ad *hoc* Bennouna, para. 17.

124 *Différend frontalier (Bénin/Niger), arrêt, C.I.J. Recueil 2005*, 90, Opinion Dissidente de M. le Juge ad *hoc* Bennouna, para. 17.

125 *Différend frontalier (Bénin/Niger), arrêt, C.I.J. Recueil 2005*, 90, para. 140. Benzer şekilde bkz. *Différend frontalier (Burkina Faso/Niger), arrêt, C.I.J. Recueil 2013*, 44, para. 66.

126 D*ifférend frontalier Terrestre, Insulaire et Maritime (El Salvador/Honduras; Nicaragua (intervenant)), arrêt, C.I.J. Recueil 1992*, para. 62.

127 D*ifférend frontalier Terrestre, Insulaire et Maritime (El Salvador/Honduras; Nicaragua (intervenant)), arrêt, C.I.J. Recueil 1992*, para. 368.

128 *Différend territorial et maritime entre le Nicaragua et le Honduras dans la mer des Caraïbes (Nicaragua c. Honduras), arrêt, C.I.J. Recueil 2007*, 659, para. 124; *Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie), arrêt, C.I.J. Recueil 2012*, 624, para. 65-66.

129 Shaw, *Uluslararası Hukuk,* 366. Tarafların uygulanacak hukuku tahkimnamede belirtmeleri halinde etkililik uti possidetisin belirlenemediği durumlarda ülkesel hakka temel oluşturamaz. Mahkeme taraflarca belirlenen uygulanacak hukukla bağlıdır. Bu dava kapsamında uygulanacak hukuk 1987 tarihli antlaşmadır ve iki devlet arası sınır buna göre belirlenmelidir. *Différend frontalier (Burkina Faso/Niger), arrêt, C.I.J. Recueil 2013*, 44, paras. 66 ve 98.

130 *Différend frontalier (Bénin/Niger), arrêt, C.I.J. Recueil 2005*, 90, para. 75.

elde edildiği sırada, Nijer nehrinin ulaşıma elverişli kanalını takip ettiği sonucuna ulaşılmıştır (para.103). Sonuç olarak, Benin'in bu şekilde belirlenen sınırla nehrin sağ tarafı arasında yer alan adalarda, Nijer'inse bu sınırla nehrin sol tarafı arasında yer alan adalarda ülkesel hak sahibi olduğuna karar verilmiştir.

Diğer örnekse post kolonyal etkililikle alakalıdır. El Salvador ve Honduras arasındaki uyuşmazlıkta, Meanguera adasına ilişkin olarak, kolonyal döneme ait ülkesel hak ve etkililikle tatmin edici bir biçimde egemenlik tesisi mümkün olmamıştır.[131] 1854 yılında El Salvador bu ada üzerinde hak iddiasında bulunmuş ve etkin kontrol sağlamıştır ve bu nedenle ada üzerinde El Salvador'un egemen olduğu sonucuna ulaşılabilir. El Salvador'un ada üzerinde çok uzun zamandır egemen iradesiyle eylemler gerçekleştirmesine Honduras muvafakat göstermiştir (para.367). Protestonun yapılmamış olması ihtilaflı olan alanlarda bir egemenlik iddiasında bulunulmadığı anlamına gelmektedir.[132] Honduras, Meanguera'daki El Salvador'un egemenlik faaliyetlerini çok geç protesto etmiş ve tepki göstermede gecikmiş olması hali Honduras'ın bu durumu kabul ettiği, tanıdığı veya muvafakat gösterdiği anlamına gelmektedir.[133]

Bazen sınırın ülkesel hakla ve etkililikle belirlenemediği durumlar da ortaya çıkmaktadır.

C. SINIRLARIN BELİRLENMESİNDE HAKKANİYETİN ROLÜ

Uti possidetisle ve etkililikle sınır hattının belirlenememesi halinde başvurulacak kurum hakkaniyettir.[134] Elbette, uti possidetis sınırının etnik ve coğrafi açıdan ortaya çıkardığı kusurlar sınırların değiştirilmesi gerektiği, bu durumun hakkaniyete aykırı olduğu yönünde iddialara temel oluşturamaz.[135] Dolayısıyla, uti possidetis sınırının tespit edilebildiği hallerde hakkaniyete başvurulması ihtimal dahilinde değildir.

Örneğin, Burkina Faso ve Mali arasındaki Sınır Uyuşmazlığı davasında, Divan Dairesi, hukukun bir yorum yöntemi olarak değerlendirdiği *infra legem* hakkaniyete başvurmuştur.[136] Divan içtihadında yer aldığı üzere, hakkaniyet hukuki

---

131 *Différend frontalier Terrestre, Insulaire et Maritime (El Salvador/Honduras; Nicaragua (intervenant)), arrêt, C.I.J. Recueil 1992*, 351, para. 367.

132 *Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie), arrêt, C.I.J. Recueil 2012*, 624, para. 88.

133 *Différend frontalier Terrestre, Insulaire et Maritime (El Salvador/Honduras; Nicaragua (intervenant)), arrêt, C.I.J. Recueil 1992*, 351, para. 364.

134 *Différend frontalier entre le Burkina Faso et le Mali (Burkina Faso c. République du Mali), arrêt, C.I.J. Recueil 1986*, 554, para. 148-149; *Différend frontalier Terrestre, Insulaire et Maritime (El Salvador/Honduras; Nicaragua (intervenant)), arrêt, C.I.J. Recueil 1992*, p. 351, para. 262.

135 *Différend frontalier entre le Burkina Faso et le Mali (Burkina Faso c. République du Mali), arrêt, C.I.J. Recueil 1986*, 554, para. 149.

136 *Différend frontalier entre le Burkina Faso et le Mali (Burkina Faso c. République du Mali), arrêt, C.I.J. Recueil 1986*, 554, para. 28. Taraflar rıza göstermediği için *contra legem* hakkaniyete başvurulmamıştır. Benzer şekilde, *praeter legem* hakkaniyet de devre dışı bırakılmıştır.

bir kavram olarak doğrudan adalet duygusundan kaynağını almaktadır ve Divan görev tanımı gereği bu yönde bir yaklaşım geliştirme mecburiyeti hissetmektedir.[137] Bu nedenle, hakkaniyet ve hukuk birbirinden bağımsız iki kavram olarak değerlendirilmemelidir. Bunun sonucu olarak, sınırda yer alan bir su birikintisinin taraflar arasında adilce paylaştırılması gerektiği belirtilmiş ve bu paylaşım, adilce yaklaşımı en iyi şekilde yansıttığı gerekçesiyle, eşit bir biçimde yapılmıştır.[138] Benzer şekilde, El Salvador ve Honduras arasındaki uyuşmazlıkta da *infra legem* hakkaniyete başvurma yoluna gidilmiş, bu kapsamda taraflar arasındaki 1869 tarihli onaylanmamış bir anlaşmanın müzakere sürecinde belirlenen sınırı dikkate almanın adil (ve aynı zamanda mantıklı) bir çözüm yolu olacağı belirtilmiştir.[139]

Hakkaniyete başvurmanın sınırları da bulunmaktadır. Bu bağlamda, El Salvador ve Honduras arasındaki uyuşmazlık içerdiği detaylar nedeniyle büyük önem taşımaktadır. Davada, El Salvador tarafından ileri sürülen argümanlar iki kategoride toplanabilir.[140] Bunlardan ilkinde, El Salvador, daha az nüfus yoğunluğuna sahip Honduras'ın aksine, yaşamış olduğu demografik baskı nedeniyle daha fazla toprak ihtiyacı olduğu gerekçesiyle uti possidetis hattının sonradan değiştirilebileceğini ileri sürmüştür. Ancak, uti possidetis sınır hattının *infra legem* hakkaniyete başvurmak suretiyle değiştirilemeyeceği gerekçesiyle bu argüman kabul görmemiştir. Divan, demografik baskı hususunda insani ihtiyaçların gözden kaçırılamayacağını ancak bunun uti possidetis sınırının belirlenmesinde doğrudan bir etkisinin olmadığını belirtmiştir.[141] El Salvador tarafından ileri sürülen ikinci argüman doğal kaynakların kullanımı (zirai sulama ve elektrik üretimi vs.) konusunda bir eşitsizlik oluştuğuyla alakalıdır (para.56). Buna karşılık, ekonomik mülahazaların kara sınırı belirlenmesinde dikkate alınamayacağı mahkeme tarafından belirtilmiştir.

Divan, uti possidetis hattının belirlenmesinde doğal olguların etkisini de dikkate alabilmektedir.[142] Benin ve Nijer her ne kadar uti possidetis ilkesine uygun olarak ihtilaflarının çözümünü talep etmiş olsalar da ilkenin uygulanmasına ilişkin farklı bakış açıları ileri sürmüşlerdir.[143] Nijer'e göre bu ilkenin uygulanması

---

137 *Plateau continental (Tunisie/Jamahiriya arabe libyenne), C.I.J. Recueil 1982*, 60, para. 71.

138 *Différend frontalier entre le Burkina Faso et le Mali (Burkina Faso c. République du Mali), arrêt, C.I.J. Recueil 1986*, 554, para. 150.

139 *Différend frontalier Terrestre, Insulaire et Maritime (El Salvador/Honduras; Nicaragua (intervenant)), arrêt, C.I.J. Recueil 1992*, para. 263.

140 *Différend frontalier Terrestre, Insulaire et Maritime (El Salvador/Honduras; Nicaragua (intervenant)), arrêt, C.I.J. Recueil 1992*, para. 58.

141 Buna ilaveten, bağımsızlık sonrası oluşan etkililiğin değerlendirilmesinde sosyal sebeplerin değil somut olguların dikkate alınması gerektiğinin altı çizilmiştir. *Différend frontalier Terrestre, Insulaire et Maritime (El Salvador/Honduras; Nicaragua (intervenant)), arrêt, C.I.J. Recueil 1992*, para. 58.

142 Coğrafi yapıdaki değişiklikler ülke edinme ve kaybetme yolları arasında kabul edilir. bkz. Aybay ve Oral, *Kamusal Uluslararası Hukuk*, 170.

143 *Différend frontalier (Bénin/Niger), arrêt, C.I.J. Recueil 2005*, 90, paras. 23-24.

önemli tarihten sonra gerçekleşen fiziki değişimlerin Divan tarafından dikkate alınmasını engellememektedir; Benin'e göreyse prensibin uygulamasında önemli tarih referans alınmalıdır ve güncel durumu dikkate almak kabul edilemezdir (para.25). Divan, sonuç olarak, uti possidetis sınırının sonuçlarının, çağdaş fiziki gerçeklikler ışığında değerlendirilmesi gerektiğinin altını çizmiştir ve yeni adaların oluşması veya önceden var olan adaların yok olması ihtimalini göz ardı edemeyeceğini belirtmiştir (para.25). Tütüncü'nün de belirttiği üzere, doğal sınır olan nehirlerin değişme eğiliminin hesaba katılmasıyla önemli tarihte sınırların sürekliliği (ya da mevcut sınırların korunması) tehlikeye atılmıştır.[144]

Mevcut sınırların korunması ilkesi kara sınırlamalarında esas alındığı gibi deniz sınırlamalarında da esas alınabilir.

D. UTİ POSSİDETİS İLKESİ VE DENİZ HUKUKU

1. Uti Possidetis İlkesi Tarihi Sulara ve Körfezlere Uygulanır

Uti possidetisin tarihi suların belirlenmesindeki rolüne ilişkin Orta Amerika coğrafyasından örnek vermemiz yerinde olacaktır. Bu bağlamda, 19. Yüzyılda günümüzdeki kıta sahanlığı, münhasır ekonomik bölge gibi kavramların olmadığını; bölgedeki dönemin sömürge güçleri İspanya ve Portekiz arasında deniz alanlarının sınırlandırılmasının olmadığını; özellikle de İspanya'nın sömürge yönetimleri arasında deniz alanı sınırlandırması yapma yoluna gitmediğini hatırlatmakla başlayabiliriz.[145] Bununla birlikte, Fonseca Körfezi gibi stratejik öneme sahip bölgeler İspanyol idaresi tarafından özel bir rejime tabi tutulmaktaydı.[146] 1522 yılında Fonseca körfezinin keşfedilmesinin ardından körfezde bulunan sular İspanyol egemenliği altında kalmıştır ve 1821 yılında Orta Amerika Federal Cumhuriyetinin kurulmasına kadar da bu durum bir protestoya konu olmamıştır.[147] 1839 yılında bu devletin varlığının sona ermesiyle tarihi sular niteliğine[148] sahip bu körfez ardıl devletler olan El Salvador, Honduras ve Nikaragua'ya intikal etmiştir.

El Salvador ve Honduras arasındaki uyuşmazlıkta, tarihi sular olması dolayısıyla, uti possidetisin bu körfeze uygulanabileceğini belirtilmiş ancak ne İspanyol sömürge idaresi altındaki dönemde ne de Orta Amerika Cumhuriyeti tarafından hiçbir sınırlama yoluna gidilmediği tespit edilmiştir (paras. 386 ve 405). Uti possidetise uygun bir biçimde tarihi suların paylaşımına ilişkin olarak üç ilgili devletin de

144 Tütüncü, "Benin ve Nijer Arasındaki Sınır Davası", 95.

145 Kohen, *Possession contestée et souveraineté territoriale,* 402, para. 126.

146 Kohen, *Possession contestée et souveraineté territoriale,* 402, para. 126.

147 *Différend frontalier Terrestre, Insulaire et Maritime (El Salvador/Honduras; Nicaragua (intervenant)), arrêt, C.I.J. Recueil 1992*, 351, par. 385 ve 432.

148 Tarihi sular genel olarak iç sular olarak kabul edilen sulardır ve bu karaktere sahip olmalarında esas olan tarihi bir ülkesel hakka konu olmalarıdır. *Affaire des pêcheries, arrêt, C.I.J. Recueil 1951,* 116, p. 130.

hiçbir girişimi olmamıştır (para.405). Bu durumda, ilgili üç ülkenin körfeze birlikte ardıl olmaları uti possidetis ilkesiyle doğrudan alakalıdır (para.405). Orta Amerika Adalet Divanı'nın 1917 yılındaki kararına paralel olarak, körfezde yer alan 3 millik deniz kuşağı dışındaki alanların tarihi sular niteliğine sahip olduğu ve kıyıdaş devletlerin ortak egemenliğine tabi olduğu sonucuna ulaşılmıştır (para.404).[149]

Nikaragua ve Honduras arasındaki uyuşmazlıkta da uti possidetisin uygulanmasına ilişkin benzer bir yaklaşım takip edilmiştir. Honduras'ın tezine göre Nikaragua ile Honduras arasında Karayip Denizinde 15. paralelin hizasında bir deniz sınırı bulunmaktadır; bu sınır temelini uti possidetis ilkesinden almaktadır ve önemli tarih kabul edilen 1821'den itibaren varlığını sürdürmektedir.[150] Nikaragua ise iki devletin deniz alanlarını sınırlama yoluna gitmediğini (para.92) ve uti possidetisin deniz sınırlamalarında uygulanmayacağını ileri sürmüştür (para.93). Buna ilaveten, Nikaragua, sömürge sürecinde karasularında yetkinin merkezi İspanyol otoriteler tarafından kullanıldığını; münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığı gibi modern kavramlar kapsamında uti possidetisin uygulanamayacağını iddia etmiştir (para.231). Divan, sonuç olarak, tarihi körfezler ve sular hususunda, uti possidetisin deniz sınırlandırmalarında esas alınabileceğini belirtmiştir (para.232). Bununla birlikte, dönemin merkezi idaresi tarafından deniz alanları hususunda sınırlama yapılmadığı gerekçesiyle söz konusu tartışmalı adalar üzerinde egemenlik meselesinin uti possidetis ilkesine uygun olarak belirlenmesinin mümkün olmadığı ifade edilmiştir (para.234). Sonuç olarak, Honduras'ın uti possidetisin uygulanışına ilişkin tezleri kabul görmemiştir.[151]

2. Sömürgeci Devletin İmzalamış Olduğu Deniz Alanı Sınırlandırmalarına İlişkin Antlaşmalar Ardıl Devletler için Bağlayıcıdır

Sömürgeci devletin iç sınırları ardıl devlet lehine korunduğu gibi sömürgeci devlet tarafından yapılmış sınır antlaşmaları da yeni kurulan devlet için bağlayıcı bir özelliğe sahiptir. Başka bir deyişle, sınır antlaşmaları ve ülkesel statüye ilişkin antlaşmalar ardıllıktan etkilenmemektedir.[152] Kısacası ardıl devlet öncül devlet

---

149 Körfezin statüsüyle alakalı genel olarak bkz. Ayşe Nur Tütüncü, "El Salvador ve Honduras Arasındaki Kara, Ada ve Deniz Sınırlarına İlişkin Uyuşmazlık", *MHB* 12 s. 1-2 (1992): 98-100.

150 *Différend territorial et maritime entre le Nicaragua et le Honduras dans la mer des Caraïbes (Nicaragua c. Honduras), arrêt, C.I.J. Recueil 2007*, 42, paras. 86-230.

151 Honduras'ın argümanlarından bir diğeri de 15. paralel hizasında taraflar arasında *de facto* zımni bir sınırın var olduğudur (para. 237). Divan'a göre bu yönde bir anlaşmanın varlığını gösteren kanıtların ikna edici olması gerekmektedir (para. 253). 15. paralel her ne kadar taraflar arasında belirli ölçülerde sınır rolü görmüşse de söz konusu eylemlerin kısa bir zaman dilimi içinde gerçekleştiği ve bu paralelin iki devlet arasında uluslararası bir sınır olarak tesis edilmediği ifade edilmiştir (para. 256) Divan sonuç olarak tarafları bağlayıcı zımni bir anlaşmanın var olmadığını belirtmiştir (para. 258).

152 Sınır antlaşmaları ve ülkesel statüye ilişkin antlaşmalar dışında ardıl devlet açık bir biçimde belirtmediği müddetçe öncül devletin yapmış olduğu antlaşmalarla bağlı değildir. Bu bildirim ardıllık bildirimi olarak adlandırılmaktadır. Aybay ve Oral, *Kamusal Uluslararası Hukuk*, 295.

tarafından yapılan bu antlaşmalar sona ermiş olsa dahi bu antlaşmalarla bağlı olmaya devam etmektedir.[153] Bu durum elbette tarafların karşılıklı rızalarıyla sınır hattını değiştiremeyecekleri anlamına gelmemektedir. Kolonyal güç tarafından yapılmış olan deniz alanı sınırlandırmalarına ilişkin antlaşmaların ardıl devleti bağlayıp bağlamadığı da önemli bir mesele arz etmektedir.[154]

Uti possidetis ilkesinin deniz alanı sınırlandırmalarında da uygulanacağı ilk kez 31 Temmuz 1989 tarihli Senegal ve Gine-Bissau arasındaki hakem kararında kabul edilmiştir.[155] Gine-Bissau, bu hakem kararının geçersiz olduğunu ileri sürmüş ve uyuşmazlığı Adalet Divanı önüne taşımıştır.[156] Bu dava kapsamında, Senegal, Portekiz ve Fransa tarafından yapılmış 26 Nisan 1960 tarihli antlaşmanın geçerli olduğunu ve deniz alanını sınırladığı iddiasında bulunmuştur; buna karşılık Gine-Bissau bu antlaşmanın geçersiz olduğunu ve deniz alanlarının sınırlandırmasında bu antlaşmanın dikkate alınamayacağını ileri sürmüştür.[157] Bu bağlamda, Hakem mahkemesi kararında 1960 tarihli antlaşmanın her iki tarafı bağlayıcı olduğunun belirtildiğini hatırlatmamız yerinde olacaktır.[158] Bu kararda, antlaşmanın imzalandığı tarihte ortaya çıkmamış münhasır ekonomik bölge gibi deniz alanlarının bu antlaşma tarafından sınırlandırılmadığı ancak, kara suları, bitişik bölge ve kıta sahanlığı gibi kavramların o tarihte var olduğu ve açıkça antlaşmada yer aldığı belirtilmiştir. Adalet Divanı, sonuç olarak, 1989 tarihli hakem mahkemesi kararının geçerli olduğuna ve her iki taraf için de bağlayıcı olduğuna karar vermiştir (para.65).

SONUÇ

Uti possidetis, devletler arası sınırların belirlenmesinde esas alınan önemli ilkelerden birisidir. İlkenin Latin Amerika, Afrika ve Avrupa uygulamaları ve Adalet Divanı sınır uyuşmazlığı içtihadında tuttuğu yer uluslararası istikrarın sağlanmasına ve barışın tesisine büyük ölçüde katkı sağlamıştır. Özellikle, dekolonizasyon dışındaki gelişen ardıllık hallerinde de bu ilkeye başvurulması ilkenin genele yayılması adına büyük değer taşımaktadır.

Bununla birlikte, uti possidetis ilkesine başvurulması sınır ihtilaflarını azaltsa da savaşların önüne geçememektedir. Nitekim, Bosna'da yaşanan katliamın en büyük sorumlusu uti possidetis ilkesine saygı göstermeyip etnik temizliğe girişen Sırp yöneticiler olmuştur.[159] Başka bir deyişle, uti possidetisin tek başına barış ve

153 *Différend territorial (Jamahiriya arabe libyenne/Tchad), arrêt, C.I.J. Recueil 1994*, 6, para. 73.

154 Konuyla ilgili tartışma için detaylı olarak bkz. Kohen, *Possession contestée et souveraineté territoriale,* 403-404.

155 De Brichambaut ve diğerleri, *Leçons de droit international public,* 389.

156 *Sentence arbitrale du 31 juillet 1989, arrêt, C.I.J. Recueil 1991*, 53.

157 *Sentence arbitrale du 31 juillet 1989, arrêt, C.I.J. Recueil 1991,* 53, para. 13.

158 *Sentence arbitrale du 31 juillet 1989, arrêt, C.I.J. Recueil 1991,* 53, para. 16.

159 Sur, *Uluslararası Hukukun Esasları,* 109; Caşın, *Modern Uluslararası Hukukun Temel Esasları,*

istikrar getirmesi mümkün değildir. Bu nedenle, uluslararası sistemin üzerine tesis edildiği devletlerin barış ve istikrar yönünde önemli bir irade ortaya koyması olmazsa olmazdır.

Elbette, uti possidetis sınırı bazen hakkaniyete aykırı sonuçlar da doğurabilir. Kolonyal dönemde birçok unsurun göz ardı edilerek oluşturulduğu iç birim sınırları yeni kurulan bazı devletlere de kötü bir miras olarak kalmış da olabilir. Ancak, uti possidetis dışında başka bir çözüm yoluna başvurmak Pandora'nın kutusunun açılması sonucunu doğurabilecektir. Bundan dolayı, bazı hallerde, uti possidetis ilkesinin esas alınması uti possidetis sınırlarının sorgulanması halinde ortaya çıkabilecek kaosa kıyasla "kötünün iyisi" olarak kabul edilebilir. Elbette, uti possidetis sınırının ortaya çıkardığı sorunları ilgili devletlerin diyalog ve iş birliği dahilinde başvurarak çözüme kavuşturmaları en iyi çıkış yoludur. Başka bir deyişle, uti possidetisin çıkış noktası olan istikrar sınırların asla değişmeyeceği sonucunu doğurmaz.

Uti possidetis sınırının belirlenmesi bazı durumlarda çok zordur. Uydu görüntüleri ve uydu görüntülerinden elde edilen haritalar bu sınırın belirlenmesini büyük oranda kolaylaştırmaktadır. Gelecekte, bu görüntülerin taşıdığı güvenilirliğin artmasıyla birincil kanıt haline gelmeleri ve sınır ihtilafların çözümünü kolaylaştırıcı etki yapmaları beklentimizdir.

249.

KAYNAKÇA

Abline, Gaël. Sur un nouveau principe général de droit international: l'uti possidetis. Doktora Tezi. Université d'Angers, 2006.

Acer, Yücel ve Kaya, İbrahim. *Uluslararası Hukuk*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2021.

Arsava, Füsun. "Uluslararası Hukukun Sezession için Belirlediği Çerçeve". *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 15 (2013): 1215-1228.

Aust, Anthony. *Handbook of International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

Aybay. Rona ve Oral, Elif. *Kamusal Uluslararası Hukuk*. İstanbul: Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2016.

Azarkan, Ezeli. "Devletlerin Tanınmasında Dönüm Noktaları: Badinter Komisyonu ve Kosova'nın Tanınması". *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 7, s. 1 (2016): 143-184.

Aksar, Yusuf. *Temel Metinler ve Davalarla Uluslararası Hukuk*. Ankara: Seçkin, 2021.

Bayıllıoğlu, Uğur. "Prevlevka Yarımadası Uyuşmazlığı ve Deniz Alanları Sınırlandırmasına Yansımaları". *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 30, s. 2 (2022): 903-941.

Caşın, Mesut Hakkı. *Modern Uluslararası Hukukun Temel Esasları*. İstanbul: Yeditepe Üniversitesi Yayınevi, 2020.

Corten, Olivier. "Droit des peuples à disposer d'eux-mêmes et Uti possidetis: Deux faces d'une même médaille". *Revue Belge de Droit International* (1998): 161-189.

Corten, Olivier. "Les visions des internationalistes du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes". *Civitas Europa*, 32 s. 1 (2014): 93-111.

Couston, Mireille. *Droit spatial*. Paris: Ellipses, 2014.

Çakır, Tuğrul. "Uydu Görüntülerinin Uluslararası Adalet Divanı Önünde Kanıt Olarak Kullanılması". *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, 4, s. 1 (2022): 212-252.

De Brichambaut, Marc Perrin ve diğerleri. *Leçons de droit international public*. Paris: Presses de Sciences Po ve Dalloz, 2011.

Decaux, Emmanuel ve de Frouville, Olivier. *Droit International Public*, Paris: Dalloz, 2014.

Fisch, Jörg. "Peoples and Nations." *The Oxford Handbook of the History of International Law* içinde, editör Bardo Fassbender ve Anne Peters. 27-48. Oxford: Oxford University Press, 2012.

İkiz, Durmuş Ali. *Roma ve Çağdaş Türk Hukukunda Zilyetlik Kavramı ve Zilyetliğin Korunması Yolları*. Yüksek Lisans Tezi. Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2016.

Kohen, Marcelo G. "La Contribution de l'Amérique Latine au Développement Progressif du Droit International en Matière Territoriale". *Relations Internationales*, 137 s. 1 (2009): 13-29.

Kohen, Marcelo G. *Possession contestée et souveraineté territoriale*. Geneve: Graduate Institute Publications (Open Edition), 1997.

Loulichki, Mohammed. "L'intangibilité des frontières africaines à l'épreuve des réalités contemporaines". *OCP Policy Center, Policy Paper* (Avril 2018).

Lowe, Vaughan. *International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2007.

Nesi, Giuseppe. "L'uti possidetis hors du contexte de la décolonisation: le cas de l'Europe". *Annuaire français de droit international* 44 (1998): 1-23.

Pellet, Alain. "The Opinions of the Badinter Arbitration Committee a Second Breath for the Self-Determination of Peoples". *EJIL*, 3 (1992): 178-185.

Pellet, Alain. "Notes sur la Commission d'arbitrage de la Conférénce européenne pour la paix en Yougoslavie". *Annuaire français de droit international*, 37 (1991): 329-348.

Peters, Anne. "The Principle of Uti Possidetis Juris, How Relevant is it for Issues of Secession?". *Self-Determination and Secession in International Law* içinde, editör Chrisitan Walter ve diğerleri. 95-137. Oxford: Oxford University Press, 2014.

Pazarcı, Hüseyin. *Uluslararası Hukuk*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2006.

Rosenne, Shabtai. *The Perplexities of Modern International Law*. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2004.

Shaw, Malcolm N. *Uluslararası Hukuk*. Çeviri editörü İbrahim Kaya. Ankara: TÜBA, 2018.

Shaw, Malcolm N. "Peoples, Territorialism and Boundaries". *European Journal of International Law*, 8, s. 3 (1997): 478-507.

Sorel, Jean-Marc. "Le Droit des Frontières: Panorama en 3D". *Pouvoir*, 165, s. 2 (2018) 27-38.

Sorel, Jean-Marc ve Mehdi, Rostane. "L'uti possidetis entre la consécration juridique et la pratique: essai de réactualisation". *Annuaire français de droit international*, 40 (1994): 11-40.

Sur, Melda. *Uluslararası Hukukun Esasları*. İstanbul: Beta, 2017.

Tuori, Kaius. "The Reception of Ancient Legal Thought in Early Modern International Law". *The Oxford Handbook of the History of International Law* içinde, editör Bardo Fassbender ve Anne Peters. 1012-1033. Oxford: Oxford University Press, 2012.

Tütüncü, Ayşe Nur. "El Salvador ve Honduras Arasındaki Kara, Ada ve Deniz Sınırlarına İlişkin Uyuşmazlık". *MHB*, 12 s. 1-2 (1992) 93-101.

Tütüncü, Ayşe Nur. "Benin ve Nijer Arasındaki Sınır Davası". *Milletlerarası Adalet Divanı Kararları (1990-2007)* içinde, editör Ayşe Nur Tütüncü ve diğerleri. 81-96. İstanbul: Beta, 2008.

Uluslararası Adalet Divanı Kararları (Taraf Dilekçeleri, Hakim Görüşleri) ve Danışma Görüşleri

Affaire des Minquiers et des Echéhous, arrêt, C.I.J. Recueil 1953, 47.

Affaire des pêcheries, arrêt, C.I.J. Recueil 1951, 116.

Affaire du Temple de Préah Vihéar (Cambodge c. Thaïlande), fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1962, 6.

Différend frontalier (Bénin/Niger), arrêt, C.I.J. Recueil 2005, 90.

Différend frontalier (Bénin/Niger), arrêt, C.I.J. Recueil 2005, 90, Opinion Dissidente de M. le Juge ad *hoc* Bennouna.

Différend frontalier (Burkina Faso/Niger), arrêt, C.I.J. Recueil 2013, 44.

Différend frontalier (Burkina Faso/Niger), arrêt, C.I.J. Recueil 2013, 44, Opinion Dissidente de M. le Juge *ad hoc* Bennouna.

Différend frontalier (Burkina Faso/Niger), arrêt, C.I.J. Recueil 2013, 44, Opinion Dissidente de M. le Juge *ad hoc* Daudet.

Différend frontalier Terrestre, Insulaire et Maritime (El Salvador/Honduras; Nicaragua (intervenant)), arrêt, C.I.J. Recueil 1992, 351.

Différend frontalier Terrestre, Insulaire et Maritime (El Salvador/Honduras; Nicaragua (intervenant)), arrêt, C.I.J. Recueil 1992, 351, Opinion Individuelle de M. Torres Bernandez.

Différend frontalier entre le Burkina Faso et le Mali (Burkina Faso c. République du Mali), arrêt, C.I.J. Recueil 1986, 554.

Différend frontalier entre le Burkina Faso et le Mali (Burkina Faso c. République du Mali), Mémoire du Mali.

Différend frontalier entre le Burkina Faso et le Mali (Burkina Faso c. République du Mali), arrêt, C.I.J. Recueil 1986, 554, Contre mémoire du Mali.

Différend frontalier entre le Burkina Faso et le Mali (Burkina Faso c. République du Mali), Opinion Individuelle de M. Abi-Saab.

Différend territorial (Jamahiriya arabe libyenne/Tchad), arrêt, C.I.J. Recueil 1994, 6.

Différend territorial et maritime entre le Nicaragua et le Honduras dans la mer des Caraïbes (Nicaragua c. Honduras), arrêt, C.I.J. Recueil 2007, 42.

Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie), arrêt, C.I.J. Recueil 2012, 624, Opinion Individuelle de M. le juge Abraham.

Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996, 226.

Plateau continental (Tunisie/Jamahiriya arabe libyenne), C.I.J. Recueil 1982, 60.

Sentence arbitrale du 31 juillet 1989, arrêt, C.I.J. Recueil 1991, 53.

Souveraineté sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan (Indonésie/Malaisie), arrêt, C.I.J. Recueil 2002, 682.

Western Sahara, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1975, 12, Seperate Opinion of Judge Dillard.

Diğer Kaynaklar

Afrika Birliği Örgütü 21.7.1964 tarihli Kahire Bildirisi.

Eski Yugoslavya Barış Konferansı Hakem Komisyonunun 11.1.1992 tarih, 2 sayılı Görüşü.

Eski Yugoslavya Barış Konferansı Hakem Komisyonunun 11.1.1992 tarih, 3 sayılı Görüşü.