



The Boğaziçi Law Review

Volume III | No. 2 | Year 2025



The Boğaziçi Law Review

Biannual Peer-Reviewed Academic Journal | Yılda İki Kez Yayınlanan Akademik Dergi

Volume III No. 2 Year 2025 | Cilt III Sayı 2 Yıl 2025

ISSN: 3023-4611

Journal Boards | Dergi Kurulları

Advisory Board | Danışma Kurulu

Prof. Attilio Nisco - Università di Bologna

Prof. Henning Grosse Ruse-Khan - University of Cambridge

Prof. Satvinder Juss - King's College London

Prof. Deryck Beyleveld - Durham University

Prof. Cevdet Yavuz - Istanbul Medipol University

Prof. Zekeriya Kurşat - Istanbul University

Prof. Mehmet Akif Aydın - Istanbul Medipol University

Prof. Sezer Çabri - Istanbul Medeniyet University

Prof. Bülent Kent - Social Science University of Ankara

Prof. Melikşah Yasin - Istanbul University

Dr. Johanna Rinceanu - Max Planck Institute for the Study of Crime, Security and Law

Dr. Vincenzo Bavoso - The University of Manchester

Proprietor | İmtiyaz Sahibi

Prof. Dr. Mehmet Naci İnci

Editorial Board | Yayın Kurulu

Prof. Ali Emrah Bozbayındır (Editor-in-chief)

Prof. M. Refik Korkusuz (Board Member)

Assoc. Prof. Selman Dursun (Board Member)

Dr. Mustafa Akgün (Editor)

Dr. Ömer Erkut Bulut (Editor)

Dr. Hasan Basri Bülbül (Editor)

Dr. İsmail Mutlu (Language editor)

Cansu Türkmen (Editorial assistant)

Sina Onur Andaç (Editorial assistant)

Contact Info | İletişim Bilgisi

Boğaziçi Üniversitesi Hukuk Fakültesi 34342 Bebek, İstanbul, Türkiye

+90 212 359 4770

bogazicilawreview.bogazici.edu.tr

blr@bogazici.edu.tr

CONTENT | İçindekiler

ARTICLES | Makaleler

Research Article | Araştırma Makalesi

Türk Telif Hukukunda Umuma İletim Hakkı: Gelenekten Dijitale – Kapsam ve İçeriğin Yeniden Tanımı

The Right of Communication to The Public in Turkish Copyright Law: From Tradition to Digital – Redefining Scope and Content

Mustafa Ateş 133

Research Article | Araştırma Makalesi

The Qualification of Crypto-Assets as Securities Under Turkish Law: A Comparative Analysis

Türk Hukukunda Kripto Varlıkların Menkul Kıymet Olarak Nitelendirilmesi: Karşılaştırmalı Bir Analiz

Hacer Ülkü Doğan Kaya 166

Research Article | Araştırma Makalesi

The Rule of Law at Sea and The Challenge of Non-Compliance: A Decade After The South China Sea Arbitration

Denizde Hukukun Üstünlüğü ve Tahkim Kararına Uymama Sorunu: Güney Çin Denizi Tahkim Kararının Ardından On Yıl

Murat Sümer 190

Research Article | Araştırma Makalesi

Voices of The Displaced: Identifying Lasting Solutions Through The Experiences of IDPs in Afghanistan

Yerinden Edilenlerin Sesleri: Afganistan'da Ülke İçinde Yerinden Edilenlerin Deneyimleri Aracılığıyla Kalıcı Çözümler Belirlemek

Ali Wardak, Kate Williams, Palash Kamruzzaman, Yaseen Ayobi 212

Translation | Çeviri

Translation | Çeviri

Uluslararası İslam Hukuku (Siyer): Bir Giriş

Islamic International Law (Siyar): an Introduction

Muhammad Munir, Haluk Songur (çev.) 238



The Boğaziçi Law Review

ISSN: 3023-4611

Journal homepage: <https://dergipark.org.tr/tr/pub/blr>

Türk Telif Hukukunda Umuma İletim Hakkı: Gelenekten Dijitale – Kapsam ve İçeriğin Yeniden Tanımı

The Right of Communication to The Public in Turkish Copyright Law: From Tradition to Digital – Redefining Scope and Content

Mustafa Ateş

To cite this article: Mustafa Ateş, 'Türk Telif Hukukunda Umuma İletim Hakkı: Gelenekten Dijitale – Kapsam ve İçeriğin Yeniden Tanımı' (2025) 3(2) The Boğaziçi Law Review 133.

Submission Date: 7 November 2025

Acceptance Date: 29 December 2025

Article Type: Research Article

 © 2025 Mustafa Ateş. Published with license by Boğaziçi University Publishing

 Published online: December 2025

 Submit your article to this journal 

Full Terms & Conditions of access and use can be found at
<https://dergipark.org.tr/tr/pub/blr>

TÜRK TELİF HUKUKUNDA UMUMA İLETİM HAKKI: GELENEKTEN DİJİTALE – KAPSAM VE İÇERİĞİN YENİDEN TANIMI

THE RIGHT OF COMMUNICATION TO THE PUBLIC IN TURKISH COPYRIGHT LAW: FROM TRADITION TO DIGITAL – REDEFINING SCOPE AND CONTENT

Mustafa Ateş 

Prof. Dr., İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi.

ÖZET

Umuma iletim hakkı (right of communication to the public), modern telif hukukunun en dinamik ve kavramsal açıdan en tartışmalı alanlarından biri olarak ortaya çıkmıştır. Giderek artan dijitalleşme fikir ve sanat eserlerinin yayılma, erişilme ve ticarileştirilme biçimlerini köklü biçimde dönüştürmüştür; böylece eser sahipleri, aracı hizmet sağlayıcılar ve toplumun menfaatleri arasındaki hukukî ve iktisadî dengeyi yeniden şekillendirmiştir. Geleneksel olarak radyo-televizyon yayıncılığı ve kablolu iletimle ilişkilendirilen bu hak, günümüzde dijital ortamda eserlerin erişilebilir kılınmasını düzenleyen merkezî bir mekanizma hâline gelmiştir. Türk telif hukukunda bu dönüşüm, 2001 yılında 4630 sayılı Kanun ile 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda yapılan değişikliklerle yasal bir karşılık bulmuştur. Söz konusu reformlar aracılığıyla, eser sahipleri ile bağlantılı hak sahiplerinin umuma iletim hakkı, kablolu veya kablosuz yollarla eserleri kamuya erişilebilir kılma yetkisini açık biçimde içerecek şekilde genişletilmiştir. Bu düzenlemeler, Türkiye'nin WIPO Telif Hakları Antlaşması ve WIPO İcralar ve Fonogramlar Antlaşmasından doğan uluslararası yükümlülükleriyle uyumlu olarak gerçekleştirilmiş; aynı zamanda 2001/29/EC sayılı Bilgi Toplumunda Telif Hakları Direktifinin 3. maddesinde öngörülen Avrupa Birliği müktesebatına uyum sağlama iradesini de göstermiştir. Makalede, Türk Telif Hukuku düzenlemelerine göre umuma iletim hakkının mevcut durumu değerlendirilmekte olup; dijitalleşmenin etkisiyle dönüşen bu hakkın güncel hukukî görünümünü ve zaman içinde gerçekleşen paradigma değişimine ışık tutulması amaçlanmıştır. Bu çerçevede makalede özellikle radyo-televizyon yayınları, yeniden iletim, internet üzerinden erişim sağlama ve “yeni kamu” doktrini gibi konular çerçevesinde dijital platformların umuma iletimin kapsamını nasıl yeniden tanımladığı gösterilmektedir.

Anahtar Kelimeler: umuma iletim hakkı, radyo-televizyonla yayın hakkı, dijital telif hakkı, yeniden iletim hakkı, kamuya erişilebilir kılma hakkı, yeni kamuya sunma.

ABSTRACT

The right of communication to the public has emerged as one of the most dynamic and conceptually debated fields of modern copyright law. The ongoing process of digitalisation has profoundly transformed the ways in which literary and artistic works are disseminated, accessed, and commercialised, thereby reshaping the legal and economic balance among authors, intermediaries, and the public. Traditionally associated with radio and television broadcasting as well as cable transmission, this right has evolved into a central mechanism for regulating the availability of works in the digital environment. In the Turkish copyright law system, this transformation has found its legislative expression through the amendments introduced by Law No. 4630 of 2001 to the Law on Intellectual and Artistic Works

(Law No. 5846). By means of these reforms, the right of communication to the public—vested in both authors and neighbouring right holders—was explicitly expanded to include the exclusive right to make works available to the public by wire or wireless means. These amendments were adopted in conformity with Türkiye’s international obligations under the WIPO Copyright Treaty (WCT) and the WIPO Performances and Phonograms Treaty (WPPT), while also reflecting the intention to harmonise domestic law with the *acquis* of the European Union, particularly Article 3 of the Information Society Directive (2001/29/EC). This article examines the current state of the right of communication to the public within the framework of Turkish copyright law and aims to shed light on its contemporary legal configuration and the paradigm shift that has taken place over time as a result of digitalisation. In this context, special attention is devoted to how digital platforms have redefined the scope of communication to the public through issues such as radio and television broadcasting, retransmission, online making available, and the “new public” doctrine.

Keywords: right of communication to the public, digital copyright law, broadcasting right, retransmission right, right of making available to the public, communication to a new public.

EXTENDED SUMMARY

The rapid development of digital technologies has necessitated the redefinition and reinterpretation of fundamental concepts in intellectual property law. One of the rights positioned at the core of this transformation is the right of communication to the public. The increasing prevalence of the internet, the widespread sharing of content through online platforms, and the global accessibility of creative works have raised new legal questions concerning the scope and limits of this right in the digital environment.

The right of communication to the public has been a central focus of both international conventions and the *acquis* of the European Union (EU). These legal frameworks have undergone continuous reform to address the challenges of the digital age. From the World Intellectual Property Organization’s (WIPO) Internet Treaties and the World Trade Organization’s TRIPS Agreement to the EU’s Directive 2001/29/EC on Copyright in the Information Society (InfoSoc Directive) and the Directive 2019/790/EU on Copyright in the Digital Single Market (DSM Directive), the international copyright regime developed over the past three decades has shaped the practical application of the right of communication to the public in digital contexts.

Equally influential are the case-law developments of the Court of Justice of the European Union (CJEU), which have provided interpretative clarity to this right. Landmark judgments such as *Svensson*, *GS Media*, *Renckhoff*, and *YouTube v. Germany* have addressed key notions like the “new public” doctrine and the legal qualification of digital practices such as hyperlinking. These rulings have redefined the boundaries of both users’ and content providers’ rights and obligations, delineating the contours of copyright infringement in the online sphere. In doing so, the Court has progressively articulated a jurisprudential framework balancing the protection of rightholders with the principles of freedom of expression and access to information.

In Turkey, the protection of literary and artistic works and the recognition of authorship are regulated under the Law on Intellectual and Artistic Works (*Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu – FSEK*), enacted in 1951. The Law distinguishes between moral rights and economic rights, the latter encompassing the author’s right of communication to the public under Article 25. This provision grants authors the exclusive right to make their works available to the public by means of transmission, broadcasting, or digital dissemination.

Moreover, the Law extends certain exclusive rights to performers, producers, and broadcasting organizations, who contribute to the dissemination and accessibility of creative works through

performance, fixation, or transmission. Although the original text of FSEK did not include related rights, these were formally incorporated into Turkish law in 1995 through Law No. 4110. As a candidate for EU membership and a contracting state to international treaties such as the 1961 Rome Convention and the 1996 WIPO Performances and Phonograms Treaty (WPPT), Turkey has progressively harmonized its legislation with international and European copyright standards. The legal status and content of related rights are now comprehensively regulated under Article 80 of FSEK, which establishes the framework for the rights of performers, phonogram producers, and broadcasting organizations.

This article examines the current legal status of the right of communication to the public within Turkish law, focusing on its adaptation to the dynamics of digitalization. The study aims to reveal how technological convergence has reshaped the scope and interpretation of this right, and to provide a foundation for future legal and doctrinal assessments. Within this analytical framework, particular emphasis is placed on broadcasting and retransmission rights, internet-based access to works (making available to the public), and the evolving concept of the “new public.” The article demonstrates how these phenomena have collectively transformed the understanding of communication to the public on digital platforms, where the distinction between public performance, transmission, and online dissemination has become increasingly blurred.

Ultimately, the paper argues that while Turkish copyright law remains largely consistent with international and EU standards, the digital transformation continues to test the boundaries of established legal categories. The rise of on-demand streaming, user-generated content, and algorithmic dissemination models challenges traditional conceptions of public communication and requires a more flexible interpretation that accommodates both the economic interests of rights holders and the societal interest in broad cultural access. In this regard, the evolution of the right of communication to the public represents not only a doctrinal shift but also a broader adaptation of copyright law to the realities of the digital era.

1. GİRİŞ

Dijital teknolojilerin hızla gelişmesi, fikri mülkiyet hukukunun temel kavramlarının yeniden tanımlanması ve yorumlanması ihtiyacını doğurmuştur. Bu dönüşümün merkezinde yer alan haklardan biri de umuma iletim hakkıdır. Özellikle internetin yaygınlaşması, içeriklerin çevrimiçi platformlar aracılığıyla paylaşılması ve erişilebilirliğin küresel ölçekte artması, bu hakkın kapsamı ve sınırları konusunda yeni hukukî tartışmaları beraberinde getirmiştir.

Umuma iletim hakkı, hem milletlerarası sözleşmelerin hem de Avrupa Birliği (AB) müktesebatının düzenleme konusunu oluşturmuştur. Bu düzenlemeler, dijital çağın gereklerine uygun olarak sürekli güncellenmektedir. Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü'nün (WIPO) İnternet Anlaşmaları ve Dünya Ticaret Örgütü'nün TRIPS Anlaşmasından Avrupa Birliği'nin 2001/29/EC sayılı Bilgi Toplumunda Telif Hakları Direktifi (*InfoSoc Directive*) ile 2019/790 sayılı Dijital Tek Pazar Direktiflerine (*DSM*) kadar son 30 yıl zarfında benimsenen milletlerarası fikri mülkiyet hukuku metinleri, umuma iletim hakkının dijital ortamdaki uygulanabilirliğini şekillendirmektedir.

Öte yandan Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın (ABAD) *Svensson, GS Media, Renckhoff ve YouTube v. Germany* gibi kararları ise, “yeni kamu” (*new public*) kavramı ve bağlantı verme (*linking*) gibi dijital pratiklerin hukukî niteliği konusunda önemli içtihatlar sunmaktadır.

Bu kararlar, hem içerik sağlayıcıların hem de kullanıcıların hak ve yükümlülüklerini yeniden tanımlamakta; telif hakkı ihlallerinin sınırlarını belirlemektedir.

Türkiye’de fikir ve sanat eserleri ve üzerindeki haklar ile hak sahipliği 1951 yılında kabul edilen giren Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda (FSEK) düzenlenmiştir. Kanun eser sahibinin haklarını niteliklerine göre “manevi haklar” ve “mali haklar” başlıkları altında iki gruba ayırmıştır. Eserin umuma iletilmesi, Kanunun 25. maddesi kapsamında “mali haklar” arasında tanzim olunmuştur.

Kanun; eser sahipliği sıfatı bulunmadığı halde bir fikir ve sanat eserini icra etmek, eser temsil ve icralarını ses taşıyıcı bir ortama tespit etmek, sinematografik bir ürünün ilk tespitini yapmak, fikir ve sanat eserlerini elektronik dalgalarla yaymak suretiyle daha geniş kitleler tarafından istifade edilebilmesi için yatırım yapan gerçek veya tüzel kişilere de eser sahiplerine benzer biçimde bir takım mali hak ve yetkiler tanımıştır. Bu hak ve yetkilere “bağlantılı hak” ve bu faaliyetleri gerçekleştiren kişilere de “bağlantılı hak sahibi” denilir. FSEK’in kabul edildiği tarihteki metninde bağlantılı hak ve hak sahipliğiyle ilgili bir düzenleme yer almamıştır. Ancak bir telif hakkı kategorisi olarak bağlantılı haklar FSEK’e ilk kez 1995 yılında 4110 sayılı Kanunla dâhil edilmiştir.¹ AB’ye aday ve 1961 tarihli Roma Sözleşmesi ile 1996 tarihli WIPO İcracılar ve Fonogram Anlaşması (WPPT) gibi bağlantılı haklarla ilgili uluslararası sözleşmelere de taraf olan Türkiye, zaman içinde eser sahibinin hakları gibi sözkonusu hakları da iç hukukuna adapte etmek üzere FSEK’te değişiklikler yapmış ve bağlantılı hak ve hak sahipliğini özel olarak 80. maddesinde düzenlemiştir.

Bu makalede, umuma iletim hakkının Türkiye’deki yasal düzenlemeler bağlamında mevcut durumu değerlendirilmekte olup; dijitalleşmenin etkisiyle dönüşen bu hakkın güncel hukukî görünümünü ortaya koymak ve geleceğe yönelik yorumlara zemin hazırlamak amaçlanmıştır. Bu çerçevede makalede özellikle radyo-televizyon yayınları, umuma iletim ve yeniden iletim, internet üzerinden erişim sağlama (*making available to the public*) ve “yeni kamu” (*new public*) doktrini gibi konular çerçevesinde dijital platformların umuma iletimin kapsamını nasıl yeniden tanımladığı gösterilmektedir.

2. GENEL OLARAK UMUMA İLETİM HAKKININ ÖZNESİ VE KAPSAMI

2.1. HAKKIN KAPSAMINA DAHİL SÜJELER

Yukarıda ifade edildiği gibi umuma iletim hakkını bir mali hak olarak tanzim eden FSEK, bu hakkın kapsamına dahil hak sahipliğini, fikir ve sanat eseri sahipleri ve bağlantılı hak sahipleri olarak tespit etmiştir. Bu başlık altında umuma iletim hakkının Türk Telif Hukukundaki yasal dayanaklarına, eser sahipliği ve bağlantılı hak sahipliği bakımından ayrı başlıklar altında özet olarak değinilecektir.

2.1.1. Eser Sahiplerinin Umuma İletim Hakkı

Eser sahibinin umuma iletim haklarıyla ilgili olarak FSEK’te yer alan düzenleme 25. mad-

¹ 4110 sayılı Kanun için bkz. RG: 12.06.1995 / 22311.

dedir.² Mezkûr maddenin kanununun kabulündeki ilk halindeki metninde bu hak, “Radyo ile yayım hakkı” olarak nitelendirilmiştir. Kanun koyucu 25. maddeyi “Radyo ile yayım hakkı” kenar başlığı altında şu şekilde düzenlemiş idi: “*Bir eserden, onun asıl veya işlenmelerinden radyo veya buna benzeyen ve işaret, ses yahut resim nakline yarayan diğer teknik tesislerle yaymak; böylece yayılan eserleri diğer bir radyo teşekkülünden naklen alarak ister telli, ister telsiz olsun tekrar yaymak veya hoparlör yahut buna benzeyen ve işaret ses yahut resim nakline yarayan diğer teknik tesislerle umumi mahallerde temsil etmek suretiyle faydalanma hakkı münhasıran eser sahibine aittir.*”

Görüldüğü gibi Kanun, eserin radyo ile yayın veya yeniden yayını; işaret, ses ve görüntü nakline yarayan diğer herhangi bir vasıta ile kamuya iletimini “*temsil etmek suretiyle faydalanma hakkı*” olarak tanımlamıştır. 1950 ve önceki yıllarda tasarlandığı dikkate alındığında bu yönüyle Kanunun, o zamanın teknolojisinin yanı sıra “umuma iletim” terimine o dönemde verilen anlamı dikkate aldığı görülmektedir.³ Zira Bern Sözleşmesinde 1948 yılında yapılan Brüksel Revizyonunda yer alan umuma iletimle ilgili hükümler uyarlanarak “Radyo ile yayım hakkı” kenar başlığı yukarıda olduğu şekilde FSEK’in 25. maddesine dâhil edilmiştir. Bu madde aradan tam 50 yıl geçtikten sonra 21/2/2001 tarihinde kabul edilen 4630 sayılı Kanunun 15. maddesiyle kâmilten değiştirilmiştir.⁴

Matlabı 4630 sayılı Kanunla “*İşaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletim hakkı*” şeklinde değiştirilen 25. maddenin hâlen yürürlükte olan metni şu şekildedir:

Bir eserin aslını veya çoğaltılmış nüshalarını, radyo-televizyon, uydu ve kablo gibi telli veya telsiz yayın yapan kuruluşlar vasıtasıyla veya dijital iletim de dahil olmak üzere işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla yayınlanması ve yayınlanan eserlerin bu kuruluşların yayınlarından alınarak başka yayın kuruluşları tarafından yeniden yayınlanması suretiyle umuma iletilmesi hakkı münhasıran eser sahibine aittir.

Eser sahibi, eserinin aslı ya da çoğaltılmış nüshalarının telli veya telsiz araçlarla satışı veya diğer biçimlerde umuma dağıtılmasına veya sunulmasına ve gerçek kişilerin seçtikleri yer ve zamanda eserine erişimini sağlamak suretiyle umuma iletimine

² Bu konuda ayrıca hakkında bkz. Mustafa Ateş, ‘Eser Sahibinin Umuma İletim Hakkı ya da E-Haklar: FSEK’in 25. Maddesine Dair Genel Bir Değerlendirme’. *Fikir ve Sanat Hukukuna Dair Makalelerim* (Adalet Yayınevi 2016) 3-41; Savaş Bozbel, ‘FSEK’e göre Yayın, Yeniden Yayın, Yeniden İletim ve Diğer Mali Haklardan Farkı’. Tekin Memiş (editör), *Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2010 C. II* (Yetkin 2011) 107-132; Remzi Tamer Pekdinçer, ‘5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nun Umuma İletim Hakkı Açısından Sağladığı Korumanın Zaman İçerisindeki Değişimi’. Ozan Ali Yıldız (Editör), *Fikri Mülkiyet Hukuku Fasikülleri I: Fikri Ve Sınai Hakların Korunması*, (Oniki Levha 2025) 33-44.

³ Fikir ve sanat mahsullerinin ilk kez radyo ile umuma iletiminin bir hak olarak düzenlenmesinin gerekliliği, Uluslararası Fikir ve Sanat Eserleri Sahipleri Cemiyeti ALAI’nin 1925 yılında Paris’te yapılan toplantısında ilk defa gündeme gelmiştir. Bu toplantıda eserlerin radyo-elektrik iletimi, “temsil” olarak nitelendirilmiş ve bunun eser sahibinin onayına tabi olması gerektiği karara bağlanmıştır. Bern Sözleşmesinin 1928 yılında yapılan Roma Revizyonunda da 11. maddesi ve mükerrer 11. maddeleri kapsamında “eserin radyo vasıtasıyla umuma iletimine izin verilmesi eser sahibinin inhisarî hakkı” olarak düzenlenmiştir. Ayrıntı için bkz. Sam Ricketson, *The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works: 1886-1986* (Kluwer 1987) 437 vd.

⁴ 4630 sayılı Kanun için bkz. RG: 03.03.2001/24335.

izin vermek veya yasaklamak hakkına da sahiptir.

Bu madde ile düzenlenen umuma iletim yoluyla eserlerin dağıtım ve sunumu eser sahibinin yayma hakkını ihlal etmez.

Maddede yapılan bu değişiklikle; radyo ile yayın hakkı olarak düzenlenen umuma iletimin kapsamı, televizyon yayıncılığı, işaret, ses ve görüntü iletiminde kullanılabilen yeni vasıta ve mecralar ile bilhassa dijital ve internet teknolojisinde yaşanan gelişmelerden kaynaklanan yeni ihtiyaçlara cevap verebilmek hedeflenmiştir. Değişiklik gerekçesinde maddede yapılan bu düzenlemelerin; Türkiye'nin taraf olduğu Bern Sözleşmesinin 11. maddesi ve mükerrer 11. maddelerine, TRIPS Metninin 9. maddesine ve taraf olunması planlanan WIPO Telif Anlaşmasının 11. maddesiyle uyumlu olarak gerçekleştirildiği ifade edilmektedir.⁵ Netice itibarıyla Kanunun 25. maddesi yeniden düzenlenirken yayıncılık, dijitalleşme ve internet gibi iletişim teknolojisi alanındaki yeni gelişmeler ve değişimlerin yanı sıra umuma iletim hakkını düzenleyen AB Müktesebatı ve uluslararası normlar da dikkate alınmıştır.

2.1.2. Bağlantılı Hak Sahiplerinin Umuma İletim Hakları

FSEK'in umuma iletim hakkına ilişkin hükümler içeren diğer bir maddesi de 80. maddedir. Bu maddede bağlantılı hak sahiplerinin hakları düzenlenmiştir. Belirtmek gerekir ki, Kanunun 1951 tarihli orijinal metninde bağlantılı hakları bugünkü anlamı ve kapsamıyla düzenleyen bir madde yoktur. O nedenle hukukumuzda bağlantılı haklarla ilgili ilk düzenlemeler, 1995 yılında kabul edilen 4110 sayılı Kanunla FSEK'in 80. maddesinde yapılan değişikliklerle yapılmıştır.⁶

Maddenin daha önce "komşu haklar" olan matlabı 4630 sayılı Kanunla 2001 yılında "*Eser Sahibinin Haklarıyla Bağlantılı Hakları*" şeklinde değiştirilmiş, madde muhtevası ise bütünüyle yeniden düzenlenmiştir. Mezkûr madde hükümlerine bakıldığında; eser sahipleri gibi icracı sanatçılara, fonogram yapımcılarına, radyo-televizyon yayın kuruluşlarına ve sinema eseri yapımcılarına da sahip oldukları fikri mahsuller üzerinde umuma iletim hakkı kapsamında mütalaa olunabilecek yetkilerin tanındığı görülmektedir.

Buna göre 80. maddenin 1. fıkrasının (A) bendinin (2) numaralı alt bendi uyarınca; "*Bir eseri, sahibinin izniyle özgün bir biçimde yorumlayan icracı sanatçı, bu icranın tespit edilmesine, bu tespitin çoğaltılmasına, satılmasına, dağıtılmasına, kiralanmasına ve ödünç verilmesine, işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletimine ve yeniden iletimine ve temsiline izin verme veya yasaklama hususunda münhasıran hak sahibidir.*" Keza (A) bendinin (4) numaralı alt bendine göre "*İracı sanatçı, tespit edilmiş icrasının veya çoğaltılmış nüshalarının telli veya telsiz araçlarla satışı veya diğer biçimlerde umuma dağıtımına veya sunulmasına ve gerçek kişilerin seçtikleri yer ve zamanda icrasına ulaşılmasını sağlamak suretiyle umuma iletimine izin vermek veya yasaklamak hakkına sahiptir. Umuma iletim yoluyla, icraların dağıtım ve sunulması icracı sanatçının yayma hakkını ihlal etmez.*"

⁵ 4630 sayılı Kanunla değiştirilen md. 25 gerekçesi (T.B.M.M. Dönem: 21, Y. Yılı: 2, S. Sayısı: 402).

⁶ Bağlantılı hak ve hak sahipliği konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Mustafa Ateş, *Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması* (Seçkin 2003) 185 vd.

Mezkûr Maddenin 1. fıkrasının (B) bendinin (1) numaralı alt bendi uyarınca fonogram yapımcıları; **“tespitlerinin işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletimine ve yeniden iletimine izin verme hususunda münhasıran hak sahibidir.”** Aynı şekilde (3) numaralı alt bent kapsamında **“icraların tespitlerinin telli veya telsiz araçlarla satışı veya diğer biçimlerde umuma dağıtılmasına veya sunulmasına ve gerçek kişilerin seçtikleri yer ve zamanda tespitlerine ulaşılmasını sağlamak suretiyle umuma iletimine izin vermek veya yasaklamak hakkına sahiptir. Umuma iletim yoluyla tespitlerin dağıtım ve sunulması yapımcının yayma hakkını ihlal etmez.”**

Radyo-televizyon kuruluşlarının bağlantılı haklarının düzenlendiği 80. maddenin (C) bendi hükümleri kapsamında gerçekleştirdikleri yayınlar üzerinde bunlara; (1) yayınlarının tespit edilmesine, diğer yayın kuruluşlarınca eş zamanlı iletimine, gecikmeli iletime, yeniden iletimine, uydu veya kablo ile dağıtımına izin verme veya yasaklama, ... (3) yayınlarının umuma açık mahallerde iletiminin sağlanmasına izin verme veya yasaklama, (4) tespit edilmiş yayınlarının, gerçek kişilerin seçtikleri yer ve zamanda yayınlarına ulaşılmasını sağlamak suretiyle umuma iletimine izin verme, (5) haberleşme uyduları üzerindeki veya kendilerine yöneltilmiş olan yayın sinyallerinin diğer bir yayın kuruluşu veya kablo operatörü veya diğer üçüncü kişiler tarafından umuma iletilmesi ve şifreli yayınlarının çözülmesine ilişkin izin verme veya yasaklama, hususlarında **münhasır haklar**” tanınmıştır.

80. maddenin film yapımcılarının haklarının düzenlendiği 2. fıkrasının (1) numaralı bendi uyarınca; **“film yapımcıları ... tespitlerinin işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletimine ve yeniden iletimine izin verme hususunda münhasır hakka sahiptir.”** Aynı fıkranın (3) numaralı bendine göre, **“film tespitlerinin telli veya telsiz araçlarla satışı veya diğer biçimlerde umuma dağıtılmasına veya sunulmasına ve gerçek kişilerin seçtikleri yer ve zamanda tespitlerine ulaşılmasını sağlamak suretiyle umuma iletimine izin vermek veya yasaklamak hakkına sahiptir. Umuma iletim yoluyla tespitlerin dağıtım ve sunulması yapımcının yayma hakkını ihlal etmez.”**

Madde 80 ayrıca, **“fonogramlara tespit edilmiş icraların ve filmlerin, her ne suretle olursa olsun umuma iletilmesi halinde, bunları kullananların, eser sahiplerinin yanısıra, icracı sanatçılara ve yapımcılara veya ilgili alan meslek birliklerine de bu kullanımlara ilişkin uygun bir bedeli ödemekle yükümlü olduklarını”** hükme bağlamıştır.

2.2. GENEL OLARAK UMUMA İLETİM KAPSAMINDAKİ YETKİ VE MENFAATLERİN HUKUKÎ NİTELİĞİ

Kanun, umuma iletim kavramını tanımlamış değildir. Kavram başka bir mevzuatta da tarif edilmiş değildir. Muhtemeldir ki, kanun koyucu, bu konuyla ilgili düzenlemeleri yaparken “umum” veya “kamu”, “umuma iletim” veya “kamuya sunum” gibi kavramların bilindiği varsayımıyla tarif edilmelerini gerekli görmemiştir. Keza “yayın”, “yeniden yayın”, “iletim”, “yeniden iletim”, “erişim” ve “erişilebilir kılma” kılma gibi kavramların tanımını da aynı gerekçeyle yapılmamıştır.⁷

⁷ Bu kavramların tanım ve içerikleri hususunda ayrıntılı bilgi için bkz. Ateş (n 2) 22-36.

Bu kabilden kavramların anlamı ve kapsamı zaman içinde genişleme veya daralma şeklinde değişebildiği için kanun koyucunun bu tutumunun isabetli olduğunu düşünüyoruz. O nedenle sözkonusu kavramların mâna ve muhtevalarının öğreti ve uygulama tarafından tespiti gerekir. Aslında, AB hukukundaki durum da Türkiye'dekinden farklı olmayıp, sözü edilen türden kavramlarının içeriği doktrin ve yargı kurumları tarafından doldurulmaktadır. Esasen bunlar, muhtevâsı ülkeden ülkeye kayda değer şekilde değişebilen kavramlar değildir. Hemen hemen dünyanın her yerinde iletim ve iletişim için aynı nitelikte vasıta ve mecralar kullanıldığına göre AB gibi hukuk düzenlerinin bu kavramlar için benimsediği tanım ve içeriklerin Türk Hukuku uygulamasında da benimsenmemesi için bir sebep yoktur.

“Umuma iletim” aslında genel ve şemsiye bir kavramdır. Bir muhtevânın iletişimin mahrecinde bulunmayan ve umum sayılan bir kitleye, kitlenin fertlerinin idrakine sunulmasını ifade eder. Bu iletim ve sunumda kullanılan vasıta ve yöntemin ehemmiyeti yoktur. Nitekim Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) da, “umuma iletim” anlamına gelen “*communication to the public*” terimini, teknoloji-nötr bir şekilde yorumlamaktadır.⁸ Diğer bir deyimle, fikri mahsul niteliğini taşıyan bir içerik, ister radyo-televizyonlar tarafından yapılan kablolu veya kablosuz yayın, ister internet yayını, isterse *casting* yoluyla olsun eğer içerik kamuya sunuluyorsa, bu bir “iletim eylemi” niteliğini taşır.

Nitekim ABAD, *Svensson* kararında “umuma iletim” kavramını iki temel kriterle değerlendirmiştir.⁹ İlki “iletim fiili” (*act of communication*)’dir. Bir eserin kamuya sunulması için, teknik olarak erişilebilir hâle getirilmesi yeterlidir. Bu karara konu olaydaki *hyperlink* sağlamak (başka bir internet sayfasına bağlantı kurmak), bu anlamda bir “iletişim eylemi” olarak kabul edilir. İkinci kriter iletimin “kamuya yönelik” (*to the public*) olmasıdır. “Kamu”, belirsiz sayıda ve geniş bir insan kitlesini ifade eder. Bir eserin kamuya sunulması için, teknik olarak erişilebilir hâle getirilmesi yeterlidir. *Hyperlink* sağlamak, bu anlamda bir “iletişim eylemi” olarak kabul edilir.

İletimin muhatabı kamu olduğu için de “kamuya iletim” veya “umuma iletim” olarak nitelendirilir. Dolayısıyla ABAD’ın yaklaşımı benimsenerek umuma iletim kavramı Türk Hukuku yönünden de “teknoloji-nötr” olarak tanımlanırsa muhtelif yetkileri ihtiva eden tek bir umuma iletim hakkından söz edilebilir. Bununla birlikte konunun daha iyi anlaşılabilmesi bakımından bu hakkın muhtevâsına dahil edilebilen yetkilerin neler olduğunun tespiti için umuma iletimde kullanılan yöntem ve teknoloji bazlı bir ayrıştırmaya ihtiyaç bulunduğu da açıktır.

⁸ Teknoloji-nötr yorum (*technology-neutral interpretation*), bir hukukî kavramın veya düzenlemenin, belirli bir teknolojiyi hedef almadan, genel ve kapsayıcı biçimde yorumlanması anlamına gelir. Bu yaklaşım, hukukun teknolojik gelişmelere ayak uydurabilmesini sağlar. Yani bir yasa veya hak, sadece mevcut teknolojilere göre değil, gelecekteki veya alternatif teknolojilere de uygulanabilir şekilde yorumlanır. *Umuma iletim hakkı* gibi telif haklarıyla ilgili bir düzenleme, teknoloji-nötr yorumlandığında, sadece radyo veya televizyon yayınlarını değil, internet üzerinden canlı yayınları, podcastleri, dijital platformlardaki içerik paylaşımını da kapsayabilir. Bu sayesinde yasalar teknolojik değişim karşısında *esnek ve kapsayıcı* olmaya devam eder.

⁹ ABAD, C-466/12 *Nils Svensson and Others v Retriever Sverige AB* <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:62012CJ0466> Erişim Tarihi: 12.09.2025.

Bu cümleden olarak hemen belirtelim ki, yukarıda görüldüğü üzere umuma iletimle ilgili FSEK hükümleri, hem eser sahipleri hem de bağlantılı hak sahipleri bakımından uluslararası mevzuata ve AB müktesebatına uyum gösterecek biçimde tasarlanmıştır. Yapılan düzenlemeler eser sahiplerinin ve bağlantılı hak sahiplerinin fikrî mahsullerinin hem radyo ve televizyon gibi geleneksel vasıta ve mecralar hem de yeni teknolojilerin ortaya çıkardığı internet ve dijital ortamlarda kullanılmasına ve himayesine imkân verecek niteliktedir. Bu bakımdan Türkiye'nin mevzuat alt yapısı dünyadaki pek çok ülkenin daha ilerisindedir.

Umuma iletim hakkının muhtevası, iletim eyleminin niteliğine göre tespit edilecek olursa, bunun için hem 25. maddede ve hem de 80. maddede yer alan hükümlerin lafzın yol gösterici olabilir. Buna göre umuma iletim hakkının şu üç temel yetkiyi ihtiva ettiği açıktır:¹⁰ İlki, eserin radyo ve televizyon gibi geleneksel mecralardan yayın yoluyla toplumun istifadesine sunulmasıdır. Bir yayının yeniden yayını ve iletimi de bu kapsamdadır. İkincisi radyo-televizyon dışında işaret, ses ve görüntü nakline yarayan diğer herhangi bir telli veya telsiz vasıtayla umuma iletim yetkisidir. Söz konusu vasıta veya mecralardan bir içeriğin yeniden iletimini de bu kapsamda mütalaa edilmelidir. Üçüncüsü ise, fikri ürünün gerçek kişilerin seçtiği yer ve zamanda umuma erişilebilir kılınmasıdır. Buna erişilebilir kılma yoluyla umuma iletim (*making available to the public*) denilmektedir. İnternet mecrası üzerinden yapılan kamuya sunumlar genellikle bu kapsamda değerlendirilir. Konu aşağıda genel olarak bu tasnife ele alınmaktadır. Ancak burada giriş mahiyetinde olmak üzere kısaca umuma iletim hakkının hukuki mahiyetine kısaca temas edilmesinde fayda vardır.

Umuma iletim hakkı kapsamında eser veya bağlantılı hak sahiplerine tanınan menfaat ve yetkiler hukuken “inhisarî” mahiyet taşır. Bunu hem FSEK'in 25. maddesi hem de 80. maddesi hükümlerinin açık lafzından görmek mümkündür. Bir hakkın “inhisarî” olması, sahibinin izin ve icazeti dışında o hakka üçüncü şahıslar tarafından müdahale edilememesi anlamına gelir. Bu kabil haklar üçüncü kişilere karşı sahibine biri “izin vermek” diğer “menetmek” olmak üzere iki tür yetki bahşeder. Buna göre haktan yararlanmak isteyen kişi, sahibinden izin almaya mecburdur. Aksi takdirde inhisarî hakka hukuka aykırı müdahalede bulunmuş olur ve neticeten bundan dolayı hukuki ve cezai bakımdan hak sahibine karşı sorumlu olur. İnhisarî hakkı sahibinin rızası dışında veya yetkisiz olarak kullanan kişi, hak sahibi tarafından bu fiillerinden menedilebilir. FSEK'in 66 vd. maddelerinde düzenlenen men ve ref davaları ile maddi ve manevi tazminat davaları hak sahiplerine “hukukî himaye” tanırken, 71 ve devamı maddeleri “cezaî himaye” bahşetmektedir.

Telif hukuku bakımından yayın, yeniden yayın, yeniden iletim, tekrar yayın veya erişilebilir kılma gibi yöntemlerle umuma iletimin önemi, iletilen muhtevanın eser veya bağlantılı hak konusu olarak FSEK kapsamında himaye gören bir ürün olması halinde ortaya çıkar. Örneğin yayın yöntemiyle umuma iletimde yayıncı yayınladığı içeriği ya kendisi üretir veya başkalarının ürettiği içerikleri yayınlar. İçerik kime ait olursa olsun telif hukuku anlamında hukuka aykırı bir umuma arzın sorumluluğu yayıncıya aittir. O nedenle hangi yöntem ve teknik kullanılarak yapılıyor olursa olsun yayıncının yayın yoluyla umuma arzettiği başkasına ait fikri mahsuller hak sahiplerinden yayın yoluyla umuma iletim hakkını devralmış

¹⁰ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Ateş (n 2) 17-22.

veya bu hususta kendisine lisans verilmiş olması gerekir. Ya da telif hukukunda “tahdit” veya “istisna” olarak nitelendirilmekte olan kanundan kaynaklanan bir yetki dâhilinde bu haktan yararlanıyor olmak lâzımdır.

Telif hukukunda mali nitelikli haklar devrine ve ruhsatların tanınmasıyla ilgili sözleşme ve tasarrufların yazılı şekilde yapılması ve temlike veya ruhsata konu hakların ayrı ayrı gösterilmesi şarttır (FSEK 52).¹¹ Aksi takdirde sözleşme geçerli olmaz. Şekil şartına uygun olmayan bir sözleşmeye istinaden başkasına ait bir eserin radyo-televizyon yayını yoluyla umuma iletilmesi hem hukukî (FSEK 66-70), hem de cezaî mesuliyeti müciptir (FSEK 71). Bu açıklama, fikir ve sanat ürünlerinin yayınının yanı sıra yeniden yayını, yeniden iletimi, tekrar yayını ve erişilebilir kılma yoluyla kamuya sunma şeklindeki diğer bütün umuma iletim yöntemleri bakımından da geçerlidir.

3. RADYO – TELEVİZYON İLE YAYIN VE YENİDEN YAYIN HAKKI

3.1. GENEL OLARAK

FSEK’in 25. maddesinin birinci fıkrasında fikir ve sanat eserlerin aslı veya nüshalarının radyo televizyon ile yayınlanması yetkisi münhasır hak olarak düzenlenmiştir. Aynı fıkra da konusunu fikir ve sanat eserlerinin oluşturduğu radyo-televizyon yayınlarının yeniden yayınlanması yetkisinin de eser sahibine tanınan umuma iletim hakkı kapsamında olduğu ifade edilmiştir.¹²

Kanunun icracılar ve yapımcılar ile radyo-televizyon kuruluşlarının bağlantılı haklarını düzenleyen 80. maddesi de bağlantılı hak konuları üzerinde anılan öznelere radyo-televizyon ile yayın ve yeniden yayın haklarına sahip bulduklarına ilişkin ifadelere açıkça yer verilmiş olmasa da, bağlantılı hak sahiplerinin hak konuları üzerinde radyo-televizyonla yayın veya yeniden yayın haklarına sahip olduklarına şüphe yoktur. Zira her bir hak sahibi için maddede ayrı ayrı düzenlenen fıkralarda geçen “..işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletimi ve yeniden iletimi..” ifadesi, lafzen zikredilmemiş olsa bile radyo-televizyonlarla yayın ve yeniden yayın yetkilerini de ihtiva eder.

Bu kısımda yayın hakkı ve yeniden yayın hakkı kavramları hem hukuki hem de teknik mahiyetleri itibarıyla ele alınmakta ve söz konusu hakların sahipleri tarafından kullanılabilmesiyle ilgili özelliklere temas edilmektedir.

3.2. YAYIN HAKKININ TANIMI VE MAHİYETİ

Eserin umuma iletilmesi hakkının kapsamında bulunan yetkilerden ilki eserin, icranın, yapım ve yayının radyo ve televizyon aracılığıyla yayınlanması yetkisidir. Radyo ile yayın

¹¹ Mustafa Ateş, *Fikrî Haklara İlişkin Hukukî İşlemler* (2. Baskı, Seçkin 2023) 87-123.

¹² Ayrıntı için bkz. Ateş (n 6) 189-190; Ünal Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (5. Bası, Vedat 2012) 194; *Fırat Öztan, Fikir ve Sanat eserleri Hukuku* (Turhan 2008) 386; Şafak N. Erel, *Türk Fikir ve Sanat Hukuku*. (3. Bası, Yetkin 2009) 184; Levent Yavuz, *Türkey Alica ve Fethi Merdivan, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu C. I (1-47. Maddeler)* (Seçkin 2013) 1090 vd.

hakkı umuma iletimin geleneksel ve en eski yöntemidir. Bern Sözleşmesinde ilk düzenlendiğinde “temsil hakkı” (*public performance right*) kapsamında görülen bu hak daha sonra umuma iletim (*communication to the public*) kapsamında görülerek, Sözleşmenin 1971 Paris revizyonunda olduğu üzere umuma iletim hakkının bir parçası olarak kabul edilmiştir.¹³

Radyo-televizyon yayını, eser veya bağlantılı hak konusu mahiyetindeki seslerin veya görüntülerin ya da ikisinin birlikte toplumun alabileceği şekilde radyo-televizyon aletleri ile telli veya telsiz olarak kamuya sunulmasıdır.¹⁴ Radyo-televizyon yayını İngilizcede “*broadcasting*” sözcüğü ile ifade edilir. WIPO İcralar ve Fonogramlar Anlaşmasında radyo-televizyon yayıncılığı kavramı, “seslerin veya görüntülerin ya da bunların temsillerinin kamuya açık olarak alınması için kablosuz araçlarla iletimi; uydu aracılığıyla yapılan iletimler ve şifreli sinyallerin iletimi, şifre çözme araçlarının yayın kuruluşu tarafından veya onun izniyle kamuya sunulduğu haller” şeklinde tarif edilmiştir (WPPT 2/f).

Eser, icra, yapım ve yayınların radyo-televizyon yayınlarıyla umuma arzı, *push* esaslı teknolojilere dayanır. Hukuken eser, icra, yapım veya yayın niteliğindeki işaretler, sesler, veya görüntüler “radyo dalgaları”¹⁵ olarak da adlandırılan elektro-manyetik dalgalar ve diğer yollarla dinleyici veya izleyicilerin alabileceği şekilde topluma gönderilir. O nedenle yayın, istifade edebilmesi için kullanıcının özel çabasını gerektirmez. Yayın bilakis muhatap kullanıcı kitlesine itilen, gönderilen, ulaştırılan içeriktir. Bu sebeple fikir ve sanat ürünlerinin iletimin konusunu oluşturduğu yayınının, çıktığı yerde (mahreçte) bulunmayan kişilere onların istifade edebileceği şekilde gönderilmesi, FSEK’in 25. ve 80. maddeleri anlamında “radyo-televizyon yayınıyla umuma arzı” olarak kabul edilir.

Mamafih, ulaştırılabildiği mahâllerde bulunan kişilerin radyo-televizyon yayınına uygun bir cihazla fiilen alıp almaması, yapılan iletimin “yayın yoluyla umuma arz” olma vasfına hâlel getirmez. Önemli olan yayının nihai tüketici sayılan kullanıcının bulunduğu mahalle ulaşıp ulaşmadığıdır. Bu sebeple mesela bir mûsikî eseri veya icrasının radyodan, bir sinema eserinin de televizyondan izinsiz olarak yayınlanması, mümkün olmasına rağmen onu dinleyen veya izleyen tek kişi bulunmasa bile, hukuka uygun olmayan bir yayından söz edilir. Burada önemli olan yayının son kullanıcı tarafından fiilen alınıyor olması değil onun bulunduğu mahalde “alınabilecek şekilde yapılıyor” olmasıdır.

Radyo ile yayın, fikrî mahsulleri umuma iletimin en eski yani “geleneksel” ve tek yöntemidir. Daha önce de belirtildiği gibi FSEK md. 25’in başlığı 4630 sayılı Yasayla değişmeden önce “Radyo ile yayın hakkı” şeklinde idi. Ancak, kanun değişikliğinden önce de radyo ile yayın hakkının sadece radyo yayınlarını içermediği, aynı zamanda televizyon aracılığıyla yapılan yayınların da bu kapsamda değerlendirileceği konusunda ihtilaf bulunmuyordu. Zaten maddenin eski metninde de “*radyo veya buna benzeyen ve işaret, ses yahut resim nak-*

¹³ Bu konuda ayrıntı için bkz. Sam Ricketson and Jane C. Ginsburg, *International Copyright and Neighbouring Rights; The Berne Convention and Beyond Vol. I* (2nd Edit., Oxford University Press 2006) 742.

¹⁴ Tanım, Eser Sahibinin Haklarına Komşu Haklar Yönetmeliğinin 4/g maddesinde bu şekilde yapılmıştır.

¹⁵ Radyo dalgaları, elektromanyetik spektrumun bir parçası olan ve bilgi iletimi için kullanılan elektromanyetik dalgalardır. Radyo ve televizyon yayıncılığı, mobil iletişim (cep telefonları), uydu haberleşmesi, Wi-Fi ve Bluetooth gibi kablosuz teknolojiler ile radar sistemleri iletişim radyo dalgalarıyla gerçekleşir.

line yarayan diğer teknik tesisler” ifadesinin televizyon yayıncılığını da kapsadığı savunulmaktaydı.¹⁶ Madde, yapılan değişiklikle bu konudaki tereddütleri izâle edecek şekilde yeniden kaleme alınmıştır. Fikri mahsulün analog olarak veya dijital formunun, karasal radyo ve televizyon vericileri aracılığıyla umumun istifadesine sunulması ile uydu, internet veya kablo gibi telli veya telsiz radyo-televizyon yayını yapılabilen teknolojilerle kamuya sunulması arasında bir fark yoktur.

Aynı şekilde, yayının alınması herkes için serbest olabileceği gibi izne veya ücrete de tabi olabilir. Şifresiz ve abonelik esasına bağlı olmadan yapılan ulusal ve/veya bölgesel yayınlar, kapsama alanındaki herkesi ve her yerde bulunan dinleyicilere ve izleyicilere ulaşmayı hedefler. Yayın abonelik esasına dayalı ise, alınabilmesi için şifre kullanılması gerekebilir. Bu gibi hallerde öngörülen şartlara uyulmaksızın yayını almak hukuka aykırıdır. Mesela, parası ödenip alınacak şifre ile girilerek izlenebilen bir televizyon yayınının, şifresi kırılarak ücretsiz izlenmesi hak ihlali teşkil eder.

Keza evde seyretmek için abone olunmuş ücretli bir televizyon yayınının, yayıncıdan izin alınmaksızın kahve, restoran vb. umumi mahal sayılan mekânlarda izletilmesi de hak ihlali teşkil eder. Bu gibi kullanımlar yoluyla yapılan ihlalin konusunu teşkil eden hakkın, öncelikle radyo-televizyon kuruluşunun FSEK 80’den doğan bağlantılı hakkı olduğunu söylemek mümkündür. Yargıtay ceza daireleri bu gibi fiillerin yayının muhtevâsını oluşturan eserlere karşı ihlal teşkil etmeyeceği kanaatini dillendirmiştir. Meselâ, 19. Ceza Dairesi bir kararında lokanta, bar, market, otel gibi umuma açık işletmelerde müzik eserinin radyodan veya televizyondan yayınlanmasının, yapımcı ve sanatçının mali haklarının ihlali anlamına gelmeyeceğine karar vermiştir.¹⁷ Buna mukabil Yargıtay Ceza Genel Kurulu (YCGK) daha yakın tarihte verdiği bir kararda, fikri mahsullerin radyo-televizyon yayını yoluyla umuma iletimleri için eser sahibi, icracı sanatçı, fonogram yapımcısı ve yayın kuruluşundan ayrı ayrı yazılı izin alınması gerektiğine, bu nedenle umuma açık mahal sahiplerinin yalnızca yayın kuruluşlarından izin almasının yeterli olmayacağına hükmetmiştir.¹⁸

Ceza Dairesinin aksine Yargıtay Hukuk Daireleri, bir radyo-televizyon yayınının pastane, restoran, bar, market ve otel gibi umuma açık işletmelerde izinsiz dinletilmesi veya

¹⁶ Nuşin Ayiter, *Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri* (S Yayınları 1981) 139; Erel (n 12) 157.

¹⁷ Bkz. Yargıtay 19. Ceza Dairesi 3.6.2015 tarih ve E. 2015/2215 K. 2015/2303 sayılı kararı.

¹⁸ Olayda bir market işletmecisi sanığın internet üzerinden yayın yapan *Radyo Pop* isimli kanalın yayınından aktarmak suretiyle marketinde müzik yayını yaptığı tespit edilmiş, Yargıtay 19. Ceza Dairesi müzik eserinin radyo veya televizyondan yapılan yayını umuma ileten restoran işletmecisinin sadece radyo veya televizyon kuruluşunun haklarını ihlal edebileceği gerekçesiyle suç teşkil etmediğine karar verilmiştir. Başsavcılığın aksi kanaattaki itirazı ise Daire tarafından yerinde görülmemiş ve dosya CGK’na gelmiştir. Kurul, fikrî mahsullerin besteci, güfteci ve varsa aranjör gibi eser sahipleri ile icracı sanatçı, fonogram yapımcısı ve yayın kuruluşundan ayrı ayrı yazılı izin alınması gerektiği için umuma açık mahal sahiplerinin yalnızca yayın kuruluşlarından izin almasının yeterli olmayacağına hükmetmiştir. Hak sahiplerinden FSEK’in 41 ve 52. maddeleri doğrultusunda yazılı izin alınmaksızın müzik eserlerinin, radyo-TV vasıtasıyla kişisel kullanım alanı dışına çıkılarak umuma açık mahallerden sayılan markette son tüketici konumunda olan müşterilere, kurulu sistem üzerinden aktarılmasının FSEK’in 71/1. maddesinde yer alan mali haklara tecavüz suçunun maddi unsurunu oluşturduğu sonucuna varılmıştır. Bununla birlikte işletmecinin yayın içeriğini önceden bilmesinin mümkün olmaması sebebiyle şikayet konusu müzik eserlerin kasten müşterilere dinlettiğinden söz edilemeyeceğinden bahisle manevi unsur olan kastın yokluğu sebebiyle sanığın beraatine karar verilmiştir. Yargıtay CGK’nun 28.01.2020 tarih ve E. 2017/19-788 K. 2020/34 sayılı Kararı.

izletilmesi hallerinde eser sahipleri ve bağlantılı hak sahiplerinin hak ihlali iddialarını ve bu kabil mekân sahibi işletmecilerin yayın muhtevasını oluşturan eser, icra ve yapımlar üzerinde hak sahibi olan kimselere karşı FSEK hükümlerine sorumlu tutulmalarını tereddütsüz kabul etmektedir.¹⁹

3.3. YENİDEN YAYIN HAKKININ TANIMI VE MAHİYETİ

İngilizcede “*re-broadcasting*” kelimesi ile ifade edilen “yeniden yayın” sözcüğü kelime anlamıyla, bir radyo veya televizyon programının başka bir kaynaktan alınarak tekrar yayınlanması ya da daha sonra yeniden yayınlanmasını ifade eder.²⁰

Hukukî bir terim olarak yeniden yayın ise; orijinal bir yayının, onda herhangi bir değişiklik yapılmaksızın hem zamanlı olarak başka bir yayın kuruluşu tarafından da yayınlanmasıdır. Diğer bir ifadeyle yeniden yayın, bir yayıncı tarafından sunulan yayın hizmetinin bütünü veya büyük bir bölümünün, kullanılan teknik her ne olursa olsun, aynen alınıp eş zamanlı olarak ve herhangi bir değişiklik yapılmadan son kullanıcıya ulaştırılmasıdır. Bir radyo-televizyon tarafından yapılan yayının devamı sırasında ikinci yayın kuruluşu devreye girerek onu alıp orijinaliyle eş zamanlı olarak sanki kendi yayını imiş gibi umuma sunar. Genellikle bir yayın kuruluşunun yaptığı yayının, başka bir yayın kuruluşu tarafından yeniden halka sunulmasına yeniden yayın denir. Mesela, TRT’nin yayınlamakta olduğu bir dizi filmin aynı anda Azerbaycan televizyonu tarafından da yayınlanıyor olması böyledir.

Hukuka uygun bir yeniden yayın yapılabilmesi için, ikinci yayın kuruluşunun, birinci yayın kuruluşundan “yeniden yayın izni” alması gerekir (FSEK 80/C). Bir yayın kuruluşunun yayınının “yayıncı” sıfatı bulunmayan gerçek veya tüzel kişi tarafından eş zamanlı ve değişiklik yapılmaksızın umuma iletilmesi teknik anlamda “yeniden yayın” değildir. Çünkü yeniden yayından söz edilebilmesi için, bir yayını yeniden ileten operatörün de hukuken “yayıncı” statüsünü haiz olması şarttır.²¹ Nitekim, yargıtay da bir kararında FSEK’in 25. maddesinin ilk fıkrasında sözü edilen yayın ve yeniden yayının ancak bir yayın kuruluşunca gerçekleştirilebileceğini, o nedenle bir yayın kuruluşu olmayan kablo TV işletmesi için mezkûr madde hükmünün tatbikine mahal bulunmadığına karar vermiştir.²²

Yeniden yayınlara tekrar yayını karıştırmamak gerekir. “Tekrar yayın”, orijinal yayının zamanında veya muhtevasında bazı değişiklikler yapılarak yeniden yayınlanmasıdır. Bu bakımdan tekrar yayın aslında daha evvel yapılmış ve kayıt altına alınmış bir yayının aynı

¹⁹ “Davacı *MESAM*’ın haklarını takibe yetkili bulunduğu *Sertap ERENER* isimli sanatçının icrasını içeren ‘*LAL*’ isimli eseri, kendisine ait umuma açık mağazada, *SÜPER FM* isimli radyo istasyonunda yapılan yayından istifade ederek anılan meslek birliğinden izin alınmaksızın vasıtalı temsilini sağlayan davalının FSEK’in 68. maddesi uyarınca, meslek birlikleri tarafından FSEK’e hükümlerine göre belirlenen tarife de yazılı miktarın üç katının, eylem tarihinden itibaren işleyecek faiziyle birlikte davacıya ödenmesine karar verilmiştir.” Yargıtay 11. HD, 21.06.2004 E. 2003/12916 K. 2004/6868). Bu karar (K. No. 80/6) ve benzeri kararlar için bkz. Yavuz, Alica ve Merdivan C. II (n 12) 2498 vd.

²⁰ Merriam Webster Dictionary, “re-broadcast; re-broadcasting”, <https://www.merriam-webster.com/dictionary/rebroadcast> Erişim Tarihi: 14.09.2025.

²¹ Aynı yönde bkz. Yavuz, Alica ve Merdivan (n 12) 1089.

²² Yargıtay 11. HD 7.09.2012 E. 2010/10171 K. 2012/14474 (Yavuz, Alica ve Merdivan (n 12) 1089 dpn 10.

yayıncı veya başka bir yayıncı tarafından mükerreren yayınlanmasıdır. O nedenle “tekrar yayın” “yeniden yayın” değil “yeni bir yayın” olarak nitelendirilir.²³

Aynı şekilde işlevleri bakımından aynı gibi gözükseler de, yeniden yayını yeniden iletimle de karıştırmamak gerekir. Zira yeniden iletim, aşağıda görüleceği üzere bir radyo-televizyon yayınının, bir yayın platformu tarafından, orijinal yayın ortamı veya tekniğinden farklı bir ortam ve teknikle eşzamanlı olarak umum sayılan alıcı kitleye iletilmesidir.

Muhtevası müzik, sinema veya başka türden bir fikir ve sanat eseri vasfındaki radyo-televizyon yayınının, hem yeniden yayını ve hem de tekrar yayını yoluyla umuma arzı salahiyeti, FSEK’in 25/1. maddesi hükmü mucibinde münhasıran eser sahibine aittir. O nedenle, bir ilim ve edebiyat, mûsikî, güzel sanat veya sinema eserinin ya da bağlantılı hakka konu icra, yapım veya yayının yeniden veya tekrar yayınlanması hak sahibinin iznini gerektirir. Keza yayıncı kuruluş da kendisinin ilk defa umuma ilettiği yayının hem yeniden yayını hem de tekrar yayını üzerinde FSEK’in 80/C maddesi hükümlerine göre bağlantılı hak sahibi sıfatıyla izin verme ve yasaklama hakkına sahiptir.

Sonuç olarak; eğer eser sahibi eserinin yeniden veya tekrar yayınına izin vermeksizin bir yayıncı kuruluşa yayın izni vermiş olup da, bu yayın yeniden yayın veya tekrar yayın şeklinde umumun istifadesine sunulursa, hak sahibi hem orijinal yayını yapan yayıncıya hem de yeniden veya tekrar yayın yapan kuruluşa karşı hak ihlali iddiasında bulunabilir. Eserin başka bir kuruluşça yeniden yayını veya tekrar yayınlanması orijinal yayını yapan kuruluşun izni dahilinde olsa bile, sonuç değişmez. Böyle bir durumda yeniden yayın veya tekrar yayın yapanın iyi niyetli olması, FSEK’in 54. maddesi hükümlerinden dolayı kendisine karşı eser sahibin ileri sürebileceği taleplere halel getirmez.²⁴

3.4. YAYIN VE YENİDEN YAYIN HAKKININ KULLANILMASI

Eser sahipleri ve bağlantılı hak sahiplerinin FSEK kapsamında fikri mahsullerini radyo-televizyonda yayınlama hakları mevcut olsa da, bu haklarını bireysel olarak kullanamazlar. Bu, ancak eser sahibinin aynı zamanda hukuken yayıncı kuruluş statüsünü haiz bulunması halinde mümkündür. Zira yayıncılık hizmetleri 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun (RTYK) ile Radyo ve Televizyon Üst Kurulu (RTÜK) düzenlemelerine bağlıdır. Buna göre radyo ve televizyon yayın faaliyetleri devletin özel izniyle yapılabilecek faaliyetlerdendir. İsteyen herkes radyo-televizyon yayıncılığı yapamaz. Bunun için ilgili mevzuatta öngörülen şartları sağlayan yayın operatörünün Anonim Şirket statüsüne sahip olması ve RTÜK’ten yayın lisansı alması gerekir.

Radyo-televizyon yayınları günümüzde karadan, uydudan, kablolu-kablosuz veya internet üzerinden de yapılabilmektedir. Hangi teknik ve mecradan yayın yapılmak isteniyorsa

²³ Ateş (n 2) 26-27.

²⁴ Nitekim Yargıtay da; mali hakları davacıya ait sinema eserini, hak sahibi olmayan kişiden devir alarak kendisine ait televizyon kanalında yayınlamak üzere umuma ileten davalının iktisabının iyiniyetli olsa bile korunmayacağı, mali hakların sahibi olan davacının, eserin haklarının kendisine ait olduğunun tespitini isteyemeyeceği yönünde karar vermiştir. Yargıtay 11. HD 15.10.2001 E. 2001/5041 K. 2001/7878 (Yavuz, Alica ve Merdivan (n 12) K No 25/1 1134-1135). Benzeri mahiyette başka bir karar için bkz. Yavuz, Alica ve Merdivan (n 12) 1135-1141.

onun lisansı alınmalıdır. Türkiye’de *TRT, Show TV, ATV, Star TV, FOX TV, CNN Türk, Kanal 7* gibi kurumlar lisanslı yayıncı kuruluşlardır. Yayıncı statüsünü kazanan bu gibi kuruluşlar, yayın yoluyla umuma arz ettikleri programları, dizileri, haberleri, belgeselleri ya kendileri üretir veya yayın haklarını başkalarından lisans veya satın alma yoluyla edinirler. Sahip oldukları veya başkalarından yayın hakkını edindikleri içerikleri kendi televizyon kanalı ya da radyo frekansı üzerinden doğrudan halka ulaştırırlar.

Dolayısıyla sahip olduğu eseri, icrayı, yapımı veya yayını üzerindeki hakkını yayın yoluyla umuma iletmek isteyen hak sahipleri, sözkonusu haklarını ancak hukuki statüsü itibarıyla “yayın kuruluşu” olma vasfını taşıyan operatörler aracılığıyla kullanabilirler. Eser sahipleri bu hakkı bizzat yayın kuruluşuna hak veya ruhsat devriyle doğrudan kullanabileceği gibi, yayın hakkını yayıncı olmayan bir başka kimseye devir veya ruhsat tanıma suretiyle dolaylı olarak da kullanabilir. Hak sahibinden yayın hakkını hukuka uygun biçimde edinmemiş kişinin, başkasına ait eseri radyo-televizyonda yayınlaması hak ihlali teşkil eder.²⁵ Aynı şekilde yayın kuruluşları da, kendilerinin ürettiği içerikler dışında başka kişilere ait eser, icra, yayın ve yapımları yayın yoluyla umuma iletebilmek için, bu mahsullerin hak sahipleri veya onların üyesi buldukları meslek birlikleriyle FSEK’in 52. maddesine uygun sözleşme yapmak ve bedellerini ödemek zorundadır (FSEK 43).²⁶

Bu arada radyo-televizyon yayın kuruluşları ile yayın platformlarını birbirine karıştırmamak gerekir. Zira yayın platformları, yayıncı kuruluşların ürettiği içerikleri veya kendi lisansladığı içerikleri abonelerine ulaştıran dağıtımçı/iletimci kuruluşlardır. Diğer bir deyimle bunlar radyo-televizyon kuruluşlarının yayınlarının dağıtımına ve umuma iletimine aracılık ederler. *Digitürk, D-Smart, Türksat KabloTV, Tivibu, Netflix, BluTV ve Exxen* gibi operatörler “yayın platformu” statüsünde kuruluşlardır. Bunlar *TRT, ATV, NTV, Kanal D, CNN Türk* gibi yayıncı kuruluşların kanallarını paketler hâlinde abonelerine sunarlar. Yayın platformu işletmeciliği de lisansa tabidir. O nedenle bunlar RTÜK’ten platform işletme lisansı almak zorundadır. Lisans, yayınların iletiminde kullanılacak mecra ve tekniğe göre değişebilir. O nedenle bu kuruluşlar uydu platformu, kablo platformu veya internet platformu lisansı olarak faaliyetlerini icra ederler. Bunların temel işlevi, yayıncılara ait yayın içeriklerini

²⁵ “*Aşık Hüddai* olarak tanınan *Sabri Orak*’ın eser sahibi olduğu ‘Gönül Çalamasa Aşkın Sazını’ isimli güfteyi, adı geçen mirasçılarının FSEK’in 52. maddesi hükmüne göre yapılacak yazılı bir sözleşme ile mali haklarını veya kullanım ruhsatını devir almaksızın, dava dışı bir başka eser sahibine ait musiki eseri eşliğinde icra ve tespitini yaparak, eser sahibinin simini göstermeksizin kaset ve CD formatında çoğaltarak piyasaya sunan, radyo ve TV kuruluşlarında yayınlayan davalı icracı sanatçı ve yapımcının eylemi hak ihlaline sebebiyet verir.” Yargıtay 11. HD 29.05.2008 E. 2007/5113 K. 2008/709 (Yavuz, Alica ve Merdivan (n 12) K. No. 25/3 1136).

²⁶ “Davacıların yönetmen ve senaryo yazarı olarak eser sahibi buldukları ‘*Herkes Kendi Evine*’ isimli filmle ilgili yapımcıya, kendilerine ait olan sadece sinemalarda gösterim hakkını (FSEK 24) devrettikleri, buna karşın davalı yayın kuruluşunun, dava dışı yapımcıdan aldığı izinle filmin televizyonda gösterilmesi (FSEK 25) eylemi nedeniyle davacıların -kazanımı hukuka uygun olmayan- yayın kuruluşu davalıdan tazminat isteminde bulunabilir”. Yargıtay 11. HD 24.11.2011.2008 E. 2009/14105 K. 2011/15861 (Yavuz, Alica ve Merdivan C. II (n 12) K No 80/37 2743-2744). “Esere ilişkin mali hakların sahibi olan davacının izni olmaksızın ‘*Viva El Amor*’ isimli musiki eserini, bir ay süreyle kendisine ait televizyon kanalında, ileride yayınlacağı sinema filmlerinin tanıtımına ilişkin programlarda, jenerik müziği olarak kullanarak yayınlayan davalı yayın kuruluşunun eylemi, mali hak sahibi davacıya ait umuma iletim hakkının ihlali mahiyetindedir.” Yargıtay 11. HD 28.05.2008 E. 2007/167 K. 2008/2342 (Yavuz, Alica ve Merdivan C I (n 12) K No 25/10 1140-1141).

toplayıp paketler halinde onlarla birlikte değişiklik yapmadan eş zamanlı olarak sözleşme yaptıkları kendi abonelerine sunmaktır, ulaştırmaktır.

Özetle; umuma iletim hakkının kullanılmasına aracılık eden bu iki süjenin FSEK bakımından rolleri farklıdır. Buna göre, fikir ve sanat mahsullerini ilk defa yayın yoluyla umuma ileten aktörler, radyo-televizyon işletmeciliği yapan yayın kuruluşlarıdır. Yayın kuruluşları, kendi içeriklerini veya telif hakkı sahipleriyle sözleşme yapmak suretiyle başkalarına ait eser, icra, yapım ve yayınları kullanıcı kitlenin istifadesine sunarlar. Yayın kuruluşları, nihaî kullanıcılara sundukları müzik, film ve benzeri diğer içerikler için ücret talep etmez. Bunların yayınları özkaynakları veya genellikle reklam gelirleri ile finanse edilir.

Buna mukabil, yayın platformları, yayıncı kuruluşların yayınlarının “yeniden umuma iletimi” işlevini yerine getirirler. O yüzden bu kuruluşlar “yayın kuruluşu” olarak değil “yeniden iletim” kuruluşu olarak nitelendirilir. Ancak asıl işlevleri içerik dağıtmak olmakla birlikte istisnaen üreterek veya tedarik ederek içerik iletimi yaptıkları ve kendi başına bir radyo veya televizyon kanalı da işlettikleri takdirde hem “yeniden iletim kuruluşu” hem de “yayın kuruluşu” statüsünü haiz olurlar. Bunların yeniden ilettikleri yayının alıcılarıyla ilişkileri ise genellikle abonelik sözleşmelerine dayanır.

Yayın platformları üzerinden yeniden iletilen radyo-televizyon yayınlarından sorumluluk kural olarak platform işletmecisine değil yayını yapan radyo-televizyon kuruluşuna aittir. Çünkü burada platform işleticisinin rolü, sadece yayıncı kuruluşun yapmakta olduğu yayının, kurmuş olduğu platform sistemiyle iletilmesine aracılık hizmeti sunmaktan ibarettir. Onun bu süreçteki rolü, bir nevi internet iletişimindeki yer sağlayamaya benzer. Uydu, internet veya kablo sistemiyle radyo-televizyon yayınlarının iletimine aracılık eden aktörlerin durumu da aynıdır. Kural olarak bunların iletimine aracılık ettiği radyo-televizyon yayınlarının telif ihlallerinden dolayı sorumluluğu yoktur. Ancak Yargıtay, yeniden iletim kuruluşlarının iletimine aracılık ettikleri radyo-televizyon yayınında hukuka uygun olmayan bir içerik mevcutsa, hak sahibi tarafından uyarılmalarına rağmen hukuka aykırı içeriği iletimden çıkarmamaları halinde sorumlu olacaklarına, aksi takdirde sorumlulukların bulunmadığına karar vermiştir.²⁷

²⁷ Karar özetle şu şekildedir: Dava, davalının izin almaksızın davacı meslek birliklerinin üyelerinin eserlerinin kablolu yayın vasıtasıyla yeniden umuma iletiminin gerçekleştirildiği iddiasına dayalı olarak tecavüzün tespiti ve tazminat istemine ilişkindir. FSEK'in Ek 4/son maddesi hükmünde ifade edildiği üzere, keşide edilecek olan ihtarnamede içerikten çıkarılacak olan ihlale konu eserler veya bağlantılı hak konularının neler olduğu belirtilmelidir. Bu bakımdan, kablo ile iletim yapan davalı şirkete gönderilecek olan ihtarnamede de bu şirket ile anlaşma yapan TV yayın kuruluşları tarafından gerçekleştirilecek yayınlar içerisinde mevcut ve hak ihlali oluşturduğu ileri sürülen sinema eserlerinin hangileri olduğunun belirtilmesi gerekir. Aksi takdirde, davalı yayın kuruluşunun yukarıda ifade edilen hukukî statüsü itibarıyla önceden hangi eserlerinin ihlal oluşturduğunu bilmesi, bilebilmesi ve içerikten çıkarılmasını sağlaması mümkün değildir. O halde mahkemece, davacı meslek birlikleri tarafından usule uygun ihtarname keşide edilmediğinden dava açma koşullarının gerçekleşmediği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir (Yargıtay 11. HD 17.3.2016 E. 2015/5698 K. 2016/2986).

4. DİĞER VASITALARLA UMUMA İLETİM VE YENİDEN İLETİM HAKKI

4.1. DİĞER VASITALARLA UMUMA İLETİMİN MAHİYETİ

FSEK'in 25/1 maddesi hükmünde “umuma iletim” yöntemlerinden sadece “yayın” ve “yeniden yayın” türlerinden söz edilmiş ise de, yayın ve yeniden yayın dışındaki yöntemlerle de umuma iletim mümkündür. Kanun koyucu, bir eserin aslını veya çoğaltılmış nüshalarını, radyo-televizyondan başka “*uydu ve kablo gibi telli veya telsiz yayın yapan kuruluşlar vasıtasıyla veya dijital iletim de dahil olmak üzere işaret, ses velveya görüntü nakline yarayan araçlarla*” iletimini “yayın” olarak nitelendirmiştir.

Oysa yukarıda görüldüğü üzere “yayın” hukuken ancak “yayın kuruluşu” olma vasfına sahip öznelce yapılabilen bir faaliyettir. Yayın kuruluşu olmayan operatörlerin gerçekleştirdiği iletimler için “yayın” tabir kullanılması doğru değildir. Keza bir yayın kuruluşuna ait yayının “yeniden yayın” sayılabilmesi için, yeniden yayını yapan süjenin de “yayın kuruluşu” vasfını taşıması gerekir. Yayın kuruluşu sıfatı bulunmayan gerçek veya tüzel kişilerin umumun idrakine sundukları içerikler için “umuma iletim” teriminin kullanılması daha doğrudur.

Umuma iletim, yayın, yeniden yayın, her türlü umuma iletim ve erişilebilir kılma yoluyla kamuya sunmaları da kapsayan şemsiye bir kavram olduğu için, bu başlığı “radyo-televizyon dışındaki diğer vasıtalarla umuma iletim” olarak tespit etmeyi uygun bulduk. Filhakika eserin radyo, televizyon ve benzeri araçlar dışında kalan ve işaret, ses ve görüntü gibi verilerin iletiminde kullanılabilen vasıtalarla yayınlanması da umuma iletim hakkı kapsamındaki yetkilerden biridir (FSEK 25/1).

Günümüzde her türlü eser ve diğer fikri mahsullerin radyo-televizyon dışındaki metin, işaret, ses ve görüntü gibi verilerin iletebilen bazı vasıtalarla umumun istifadesine sunulabilmesi mümkündür. Bu vasıtalarla iletme konu fikri mahiyetindeki içerikler, geleneksel (*analog*) araç ve yöntemlerle olduğu gibi onlardan daha fazla ve yaygın olarak dijital teknolojilere dayalı yöntem ve teknikler ile umuma arz edilebilmektedir. O nedenle konuyu bu bağlamda iki alt başlıkta ele almak uygun olacaktır.

4.1.1. Geleneksel Mecralar ve Araçlarla Umuma İletim

Telif hakkı korumasına tabi bir eserin, icranın, yapımın veya yayının işaret, ses ve görüntüyü nakledebilme niteliğine sahip hoparlör ve monitör gibi geleneksel (*analog*) araçlar kullanılarak yapılan iletim buna örnek verilebilir.²⁸ Meselâ açık havada veya kapalı bir salonda gerçekleşen bir konserin, konferansın veya başka bir sanatsal veya bilimsel faaliyetin icra edildiği mekândan, hoparlör yardımıyla başka bir mahalde bulunan kişilere dinletilmesi, açık mekân veya kapalı salonda oynanan piyesin video kamera ile çekilen görüntülerinin kablolu veya kablosuz bir sistem kullanılarak naklinin yapıldığı başka bir mekândaki monitöre, ekrana veya perdeye yansıtılarak “umum/kamu” sayılan toplum fertlerinin idrakine sunulması da, FSEK'in 25. ve 80. maddeleri anlamında “yayın” olarak kabul edilir.

²⁸ Ricketson (n 3) 452-453.

Ancak bu genel anlamda yayın olup dar ve teknik bir “radyo-televizyon yayını” değildir. Bu sebeple bu tür içerik nakilleri için yayın yerine “iletim” kavramının kullanılması daha doğru olur. Lâkin kanun koyucu isabetsiz bir biçimde FSEK md. 25/1 hükmünde bu kabil iletimleri de “yayın” olarak nitelendirmiştir. Radyo-televizyon dışındaki işaret ses ve görüntü nakline yarayan diğer vasıtalarla yapılan bu nev’iden yayın ve iletimler de eser sahibinin münhasır yetkileri arasındadır. O nedenle hak sahiplerinin izni olmadan yapılırsa hukuka aykırı hareket edilmiş olur.

Aynı şekilde, bir mûsikî eseri veya icrasının tespit edildiği plak, kaset, bant veya CD gibi “fonogram” olarak da adlandırılan ses taşıyıcısı materyalin gramofon, pikap, teyp veya müzik-çalar gibi cihazlar kullanılarak mağaza, kafe, pastane ve benzeri umumi mahal sayılan işyeri ve işletmelerde kurulu kablolu veya kablosuz ses nakil aracı veya mecrası üzerinden iletilmesi de md. 25/1 hükmü kapsamında görülebilecek bir umuma iletim sayılır.²⁹ Meselâ bir otelin lobi-sinde, asansöründe, koridorlarında, barında, restoranında ve spor salonu gibi ortak mahallerinden dinlenebilecek şekilde bir fonogram kullanılarak yapılan iletim, bu türden bir yayın ve iletim niteliğini taşır. FSEK’in 25/1. maddesinin yanı sıra 80. maddenin ilgili hükümleri kapsamına giren bu gibi iletimler için de hak sahibinin izni gerekir. Hatta telif korumalı bir içeriğin otel odalarındaki hoparlörler veya ekranlar vasıtasıyla müşterilere dinletilmesini veya izletilmesini de bu kapsamda değerlendirmek mümkündür. Lobi, restoran, spor salonu gibi sözü edilen ortak alanların umuma açık mahal sayıldığına zaten şüphe yoktur.

Ancak otel odaları, teknik olarak kişiye özel alanlar gibi görünse de, ABAD³⁰ ve Yargı-

²⁹ Yargıtay yerel mahkemenin MADO Pastanesine ait bir iş yerinde izinsiz olarak ‘aşk lazım’ ve ‘uçurum’ adlı parçaların fonogram icralarının davacının telif hakkını ihlal ettiği yönündeki bidayet mahkemesi kararını onamıştır (Yargıtay 11. HD 6.2.2017 E. 2017/12775 K. 2017/573).

³⁰ ABAD’ın otel odalarında müzik yayınıyla ilgili kararları arasında en çok referans verilen örneklerden biri, *Rafael Hotels* (C-306/05) kararıdır. Bu karar, umuma iletim hakkının kapsamını belirlemede önemli bir içtihat oluşturmuştur. Karara konu olayda otel odalarında televizyon ve radyo yayını aracılığıyla müzik eserlerinin müşterilere sunulmasının “umuma iletim hakkı” kapsamında olup olmadığı tartışılmıştır. Yüksek Mahkeme kararında özetle; otel işletmecisinin, odalara televizyon ve radyo alıcı cihazları yerleştirerek, müşterilerin bu cihazlar aracılığıyla müzik eserlerine erişimini sağlamasını, “umuma iletim” olarak değerlendirmiştir. Zira otel işletmecisi, bilinçli bir müdahalede bulunarak otelde yayını mümkün kılmaktadır. Aynı şekilde yayın, *ticari bir hizmetin parçası* olarak sunulmaktadır. Müşteriler, böyle bir hizmetten *fazladan bir ücret ödemeksizin* faydalananı olsa bile, bu durum işletmenin çekiciliğini artırmakta ve ona *dolaylı ekonomik fayda* sağlamaktadır. Neticeten ABAD olayı 2001/29 sayılı *InfoSoc* Direktifi (md. 3/1) çerçevesinde yorumlayarak, bu tür yayınların eser sahibinin izni olmadan yapılmasının telif hakkı ihlali olduğuna karar vermiştir. Ayrıntı için bkz. C-306/05, *SGAE v. Rafael Hotels SA* (n 31). Başka bir kararında ABAD, otel odalarına televizyon yerleştirilerek misafirlere televizyon ve radyo yayınlarının ulaştırılmasını, “kamuya iletim” (*communication to the public*) olarak kabul etmekle birlikte, 2006/115 sayılı Kiralama ve Ödünç Direktifinin 8(3) maddesi hükmünün yayın kuruluşlarına yalnızca “giriş ücreti karşılığında kamuya açık yerlerde yapılan iletimler” için münhasır hak tanımış olduğunu; otel odasının fiyatına televizyon hizmeti dahil olsa bile, bu bedelin özel olarak yayın iletimine karşılık alınan bir giriş ücreti sayılamayacağını; dolayısıyla, otel odalarında yayınların aktarımının anılan Direktifin md. 8(3) kapsamına girmeyeceğine, o nedenle yayın kuruluşlarının bu bağlamda ek bir lisans veya ücret talep hakkının olmadığına karar vermiştir. Bu kararıyla ABAD, (*SGAE C-306/05* ve *Phonographic Performance C-162/10* gibi) önceki kararlarıyla tutarlı olarak otel odalarında yayın iletimini “kamuya iletim” olarak kabul etmeye devam etmiştir. Ancak Kiralama ve Ödünç Direktifindeki “giriş ücreti karşılığı” şartını dar yorumlamış ve otel konaklama ücretinin bu kapsamda olmadığını açıkça vurgulayarak, yayın kuruluşlarının 2006/115 sayılı Direktif md. 8(3)’e dayanarak otellerden lisans bedeli talep etmelerini engellenmiştir (ABAD 16.02.2017, C-641/15 *Verwertungsgesellschaft Rundfunk GmbH / Hettegger Hotel Edelweiss GmbH*).

tay ile doktrin tarafından anılan mahaller bazı durumlarda umuma açık mahaller kapsamında değerlendirilmekte. Bunun temelinde yatan gerekçe, müşteriye tahsisli olsalar da otel odalarının ticari amaçla sunulan hizmetin parçası olmaları ve işletmecinin bilinçli bir müdahalede bulunarak otelde yayını mümkün kılmasıdır. O nedenle bir fonogramın, film CD'sinin veya radyo-televizyon yayınının kablolu veya kablosuz iletimi suretiyle otel odalarında müşterilerin istifadesine sunulması telif hakkı ihlali doğurabilir. Ancak bundan dolayı sorumlu olabilmesi için yayının otel tarafından müzik kanalı, playlist, arka plan müziği gibi bilinçli aktif bir müdahale ile sağlanıyor olması gerekir. Yayının alınabilirliğini sağlamak amacıyla otelin aktif müdahalesi olmaksızın bir müşterinin otel odasından normal bir akış halinde olan yayını alıyor olması, otelin sorumluluğunu gerektirmez.

Radyo ve televizyon yayınlarının iletildikleri otel odalarında müşterilere dinletilmesi ve izletilmesi yayın kuruluşunun umuma iletim hakkını ihlal etse de, yayın muhtevası fikri ürün üzerinde hak sahibi olan fonogram yapımcısı ve icracı sanatçılar açısından mali hak ihlali oluşturmaz. Yargıtay'ın Ceza Dairelerinin kanaati genel olarak bu yöndedir.³¹ Bu yayınlar, ilgili radyo veya televizyon kuruluşları ile hak sahipleri arasında yapılan anlaşmalar kapsamında değerlendirilir. Bununla birlikte Yargıtay 11. Hukuk Dairesi aksi kanaattedir. Anılan Daire verdiği muhtelif kararlarında, eser sahibi meslek birlikleri tarafından üyelelerinin eserlerinin yayınlandığı radyo kanallarının davalı otelin yatak odaları, restoranları, barları ve diskosunda işletme tarafından iletilerek telif haklarının ihlal edilgi iddiasıyla açılan davaların kabulü ve tazminata hükmedilmesine dair bidayet mahkemesi kararlarını onamıştır.³² Sonuç olarak 11. Hukuk Dairesi uygulamasına göre kural olarak otel odalarında radyo ve televizyon aracılığıyla yayın yapılması "umuma iletim" olarak nitelendirildiği için otel işletmelerinin meslek birlikleri ile lisans sözleşmesi yapmaları ve lisans bedellerini ödemeleri gerekmektedir.

Müzik kaseti, video kaseti veya CD ve DVD gibi dijital medyada taşınan müzik veya sinema eserinin kıraathane, restoran, mağaza, pub, düğün salonu, disko ve hatta uçak, tren ve otobüs gibi umuma taşıma hizmeti veren işletmelerin toplu taşımada kullandıkları vasıtalarda dinletilmesi veya izletilmesi de eserin radyo-televizyon dışındaki diğer vasıtalarla yayını ve iletimi niteliğini taşır. Bu gibi kullanımlar için de hak sahibinin izni icap eder. Nitekim Yargıtay da, fikir ve sanat ürünlerinin bu şekilde izinsiz kullanımlarını, umuma iletim hakkının ihlali olarak değerlendirmiştir.³³

Son olarak bu başlıkla ilgili önemli gördüğümüz bir hususa daha işaret edilmesi gerekir ki, canlı bir mûsikî icrasının veya oynanmakta olan bir tiyatro eserinin ya da verilmekte olan bilimsel konferansın, herhangi bir işaret, ses veya görüntü nakline yarayan vasıtayla aynı anda başka bir mahalde bulunanların istifadesine sunulması, Kanunda "dolaylı temsil" olarak tanımlanmıştır (FSEK 24/2). Bu türden kullanımları FSEK'in 25. ve 80. maddelerinde düzenlenen umuma iletim hakkı dışında düşünmek mümkün değildir. O nedenle

³¹ Yargıtay 19. CD 3.6.2015 2015/2215 K. 2015/2303.

³² Örnek bir karar için bkz. Yargıtay 11. HD 5.10.2004 E. 2003/12917 K. 2004/9335.

³³ Bu konunun ceza hukuku bakımından değerlendirilmesi hususunda ayrıntılı bilgi için bkz. Mustafa Ateş, *Fikri Hakların Cezai Himayesi* (Adalet 2024) 75-81. Yargıtay Ceza Dairelerinin bazı kararları için mezkûr eserin 58, 59 ve 60 numaralı dipnotlarına bakınız.

kanaatimizce Kanunda “dolaylı temsil” olarak adlandırılan kullanım biçimlerinin yapılacak kanuni bir düzenlemeyle 24. madde mündericatından çıkarılarak, temsil hakkının (*public performance right*) fikir ve sanat mahsulünün icra olunduğu mahalde bulunan ve umum sayılan “kişilerin idrakine doğrudan sunumlarına” inhisar ettirilmesi gerekir. Bu suretle kavram kargaşası da önlenmiş olacaktır.³⁴

4.1.2. Dijital Mecralar ve Araçlarla Umuma İletim

Telif hukuku alanında dijital teknolojilerdeki yenilik ve gelişmelerin en fazla etkisini gösterdiği hak kategorisi umuma iletim hakkıdır. Bu etki kendisini, geleneksel anlamda umuma iletim hakkının zaman, mekân ve teknik araçlardan bağımsız olarak genişlemesi şeklinde göstermiştir. Örneğin *simulcasting* yöntemi umuma iletimin eşzamanlı çoklu mecralar ve platformlarda gerçekleşmesini sağlayarak, geleneksel yayıncılığın sınırlarını aşmıştır. Keza, *webcasting*, dijital çağda umuma iletimin en yaygın biçimlerinden biri haline gelmiş; bireylerin ve kurumların içeriklerini küresel ölçekte paylaşmalarına imkân sağlamıştır.

Son birkaç yıldır fikir ve sanat mahsullerinin umuma iletimde yaygın ve etkin olarak kullanılmaya başlanan *simulcasting* ve *webcasting* gibi dijital mecra ve yöntemlerin ayrı bir başlık altında ele alınmasında fayda görülmüştür. Yine son dönemde medya kullanıcıları için popüler bir alternatif haline gelen *IPTV*'ye de bu başlık altında değinmek gerekir. Zira *IPTV*, geleneksel uydu ya da kablo TV yayınlarından farklı olarak, içeriğin çevrimiçi ortamda aktarılmasını sağlar.

Simulcasting, bir karasal vericiden, uydudan veya kablo sistemi üzerinden yayınlanan içeriklerin, eşzamanlı olarak internette de yayınlanmasına denilir.³⁵ Aslında bu yöntem bir nevi yeniden yayın veya yeniden iletim niteliğini taşır. Buna mukabil, başka bir yayın kaynağından alınmaksızın doğrudan doğruya internet üzerinden yapılan yayınlara *webcasting* denilir. Diğer bir deyimle *webcasting*, bir sesli veya görüntülü medya içeriğinin internet üzerinden canlı veya önceden kaydedilmiş şekilde yayınlanmasıdır.³⁶ Sadece internet üzerinden yayın yapan radyo ve televizyonlar böyledir.

Simulcasting ve *webcasting* türünden yapılan umuma iletimler, geleneksel radyo-televizyon yayınları gibi, FSEK'in 25/1. maddesi hükmü anlamında “yayın hakkı” kapsamındadır. Bu yayınlar, genellikle gerçek zamanlı olarak çok sayıda izleyiciye ulaşır. Tıpkı radyo-televizyon yayınına benzer bir akış içinde olan sözkonusu yayına kullanıcının müdahale imkanı yoktur. Dinleyici veya izleyiciler web yayınlarını radyo veya televizyondan yapıyor gibi takip edebilir. Ancak bunlar dar ve teknik anlamda radyo-televizyon yayını olarak nitelen-

³⁴ Bu konudaki teklifimiz için ayrıca bkz. Ateş (n 2) 34-36.

³⁵ *Simulcasting*, dilimizde “eşzamanlı” anlamına gelen “*simultaneous*” (eşzamanlı) ve “yayın” anlamına gelen “*broadcasting*” kelimelerinin birleşiminden oluşur. Aynı içeriğin birden fazla platformda veya ortamda eşzamanlı olarak yayınlanması anlamına gelir. Kavram başlangıçta radyo ve televizyon için kullanılmaktaydı ve mesela bir programın hem TV’de hem de radyoda aynı anda yayınlanması keyfiyeti ifade etmekteydi. Günümüzde ise dijitalleşmeyle birlikte; radyo veya televizyondan yapılan canlı yayının aynı anda *YouTube*, *Facebook* ve *Twitch* gibi platformlarda gösterilmesi suretiyle internet tabanlı mecralardan iletimini ifade etmek için kullanılmaktadır. <https://transgate.ai/tr/blog/simulcast-nedir-faydalari-ve-nasil-calisir> Erişim tarihi: 14.09.2025.

³⁶ Bkz. <https://en.wikipedia.org/wiki/Webcast> Erişim tarihi: 13.09.2025.

dirilmez. Dar ve teknik anlamda yayıncılık faaliyeti, devletten alınan lisansla “yayıncı kuruluşlarca yapılır” ve özel kanun hükümlerine tabidir.

Kullanıcının akışına müdahale edemeden takip edebildiği bu şekilde yapılan yayına “canlı yayın” anlamında *live streaming* denir. İnternette yapılan yayının müdahale etmeksizin kullanıcı tarafından izlenmesi de *streaming* olarak adlandırılır. Bir web yayının önceden kaydedilmiş içeriği iletme şeklinde gerçekleşmesi de mümkündür. Ancak böyle bir içeriğin yayınının izlenmesi isteğe bağlı (*on-demand*) gerçekleşiyorsa, bu yayına *podcasting* denilir. O nedenle *podcasting*, yayın yoluyla umuma iletim değil, içeriği erişilebilir kılma yoluyla (*making available to the public*) umuma iletim kapsamında değerlendirilir.

Günümüzde *IPTV* denilen yeni bir yayıncılık türü dijital medya izleyicileri için geleneksel radyo-televizyon yayıncılığına alternatif popüler bir yayıncılık haline gelmiştir. *IPTV* (*Internet Protocol Television*), aslında internet protokolü üzerinden televizyon yayının izlenmesini sağlayan bir teknolojidir.³⁷ İzleyiciler *IPTV* yayın içeriklerini internet modemi, router, *IPTV* kutusu, akıllı TV veya mobil cihazlar üzerinden izleyebilir. *Netflix*, *BluTV*, *Exxen* ve *TRT tabii* gibi platformlar internet üzerinden yayının izlenmesini sağlayan yayın aktörlerine örnek teşkil eder.

Bu platformların sundukları yayın hizmetlerini üç gruba ayırmak mümkündür. İlki, canlı yayın hizmetleridir. Canlı yayın hizmeti kapsamında izleyiciye gerçek zamanlı olarak televizyon kanalını izleme imkanı sunulur. Bu ne’iden hizmet kapsamında yapılan yayınlar telif hukuku anlamında eserin “yayın yoluyla umuma iletilmesi” niteliğini taşır. İkinci grup hizmetler, talep üzerine video (*Video-on-Demand-VoD*) hizmetleridir. Bu kapsamdaki hizmetler kullanıcının isteğine bağlı (*on-demand*) olarak sunulur. Kullanıcılar istedikleri yer ve zamanda arzu ettikleri filmleri veya dizileri seçip izleyebilirler. Bu kapsamdaki hizmetler telif hukuku anlamında “erişilebilir kılma yoluyla umuma iletim” (*making available to the public*) kapsamında değerlendirilir. Üçüncü gruba girenler ise, zaman kaydı hizmetleridir. Daha önce yayınlanmış bir içeriğin kaydedilip daha sonra izlenmesinin sağlanmasına “zaman kaydı hizmeti” denilir. Yayını durdurma, geri alma veya ileri sarma gibi özellikler sunabilen siteleri de bu hizmetler kapsamında değerlendirmek mümkündür.

IPTV hizmeti veren platformlar, yayınladıkları içerikleri ya kendi lisanslarıyla doğrudan üretir veya haklarının veya lisanslarının bedellerini ödeyerek satın alırlar. Yayınladıkları tüm içeriklerin telif haklarını ödemiş olan ve hukukî düzenlemelere uygun olarak faaliyet gösteren *IPTV* platformları, hem medya ve hem de telif hukuku bakımından yayıncı ve içerik sağlayan statüsündedir.

Başkasına ait bir eserin, icranın, yapım veya yayının gerek *simulcasting*, gerek *webcasting* ve gerekse bir *IPTV* platformu üzerinden yayını ve umuma iletimi, eser sahibinin 25. maddeden kaynaklanan inhisarî nitelikteki yayın hakkının bir parçasıdır. FSEK anlamında eser vasfındaki bir içeriğin eser sahibinden, canlı veya tespit edilmiş bir mûsikî icrasının icracı sanatçıdan, mûsikî veya başka seslerin tespitini içeren bir fonogramın yapımcısından, sinematografik tespiti içeren bir filmin film yapımcısından ve halihazırda yapılmakta olan

³⁷ Bu konuda bilgi için bkz. febu.net, “IPTV Nedir ve Nasıl Çalışır?” <https://febu.net/konu/iptv-kullanmak-yasal-midir-iptv-kullananlar-ceza-oder-mi.230/> Erişim tarihi: 14.09.2025.

veya tespit edilmiş bir radyo-televizyon yayınının *simulcasting*, *webcasting* veya *IPTV* biçimindeki yayın yöntemlerinden biriyle hak sahiplerinin müsaadesi dışında umuma iletilmeleri, FSEK'in 25. maddesi kapsamında eser sahibine ve 80. maddesinde de bağlantılı hak sahiplerine tanınmış olan "yayın yoluyla umuma iletim" hakkına tecavüz teşkil eder.

4.2. DİĞER VASITALARLA UMUMA YENİDEN İLETİMİN MAHİYETİ

İngilizcesi "*re-transmission*" olan "yeniden iletim" kavramı, genel olarak, daha önce yayınlanmış bir içeriğin başka bir ortamda, başka bir zaman diliminde veya başka bir teknikte yeniden umuma iletilmesi anlamına gelir. Yeniden iletim, medya hukuku anlamında, bir yayın kuruluşuna ait yayının farklı teknik araçlarla veya farklı coğrafi bölgelerde halka ulaştırılmasıdır. Mesela, *TRT Haber* kanalının karasal vericiler üzerinden yaptığı yayının, *Türksat Kablo* operatörü veya *Digitürk* uydu platformu tarafından aynı anda kendilerine ait abonelere ulaştırılması, yeniden iletimdir.

Şu halde yeniden yayın ile yeniden iletim arasındaki temel fark, yeniden yayında orijinal yayını kullanıcılara ileten aktörün *başka bir yayının kuruluşu* olmasıdır. Bir yayının kuruluşunun orijinal yayını yeniden umuma sunan aktör "yayın kuruluşu" statüsünü haiz değilse, bu yayın hukuken *yeniden yayın* sayılmaz. Aynı şekilde bir yayının, o yayının kuruluşunun bizatihi kendisi tarafından umuma sunulması da yeniden yayın sayılmaz. Yeniden iletimin temel özelliği, orijinal yayının süresinde ve muhtevasında değişiklik yapılmaksızın sadece *yayın sinyallerinin teknik ortam değiştirilerek* yeniden kamuya sunulmasıdır. Buna göre, bir radyo-televizyon yayınının sinyalleri kablo TV, uydu, IPTV, mobil ağlar gibi daha farklı ortam, mecra veya tekniklerle zamanında ve içeriğinde değişiklik yapılmaksızın umumun idrakine sunulması halinde yeniden iletimden söz edilir.

Yeniden iletim kavramı, 6112 sayılı RTHK Kanununun 3/1(ii) maddesinde; "*Bir medya hizmet sağlayıcı tarafından sunulan yayının hizmetinin bütünüünün veya büyük bir bölümünün, kullanılan teknik araç ne olursa olsun alınması ve eş zamanlı olarak değişiklik yapılmadan iletilmesi*" şeklinde tarif edilmiştir. Bu tanıma göre hukuken radyo-televizyon yayını veya isteğe bağlı yayın yapma yetkisi bulunan "yayıncı" sıfatını taşıyan bir operatöre ait yayının, başka bir aktör tarafından alınıp eş zamanlı olarak değişiklik yapılmadan umuma iletilmesidir. Yeniden iletimi yapan aktörün "yayıncı kuruluş" statüsünde olması gerekmez. Yeniden iletim aktörü, yayının zamanı ve içeriğine müdahale etmeksizin, sadece yayının sinyallerinin iletimini orijinalinden farklı bir teknik ortamda umuma iletir.

Bir yayının kuruluşunun kendi yayını eşzamanlı olarak bizatihi yeniden yayınlaması, "yeniden yayın" sayılmadığı gibi; aynı yayının kuruluşunun kendisine ait olan bir yayını uydu, kablo veya karasal gibi orijinalinden farklı bir teknik ortamda eş zamanlı olarak umuma iletilmesi de "yeniden iletim" sayılmaz (RTHK 3/2). Örneğin TRT Müzik kanalından yapılan müzik yayınının, eşzamanlı olarak TRT web sitesinden de yayınlanıyor olması "yeniden iletim" değildir. Bir yayının kuruluşunun kendi yayını aynı zamanda farklı teknik ortamlarda umuma iletilmesi, "yayının devamı" veya "devam yayın" olarak nitelendirilir. Keza bir radyo-televizyon yayınının başka bir operatör tarafından içeriğinde veya zamanında değişiklik yapılarak uydu, kablo veya internet gibi farklı bir teknik mecradan iletilmesi de "yeniden

iletim” sayılmaz. Orijinal yayının devamı olarak da görülemeyecek böyle bir umuma iletim, ancak “tekrar yayın” veya “yeni bir yayın” olarak değerlendirilebilir.³⁸

Yukarıdaki izahat, yeniden iletimin konusunun da *radyo-televizyon yayını olması* gerektiğini göstermektedir. Bu yönüyle teknik olarak “yeniden yayın” ile “yeniden iletim” arasında Türk Telif Hukuku açısından kayda değer bir fark yoktur. Şöyle ki, yeniden yayın, teknik olarak yayıncı kuruluşun sinyalinin *başka bir yayın operatörü tarafından* anten veya uydu gibi gereçlerle kablosuz olarak başka bir yerde eşzamanlı yayınlanmasıdır. Yeniden iletimde ise yayıncı kuruluşun yayınlarının değişiklik yapılmaksızın uydu, kablo, IPTV ve dijital platformlar gibi orijinalinden *farklı bir teknik ortamda* hem zamanlı olarak iletilmesi sözkonusudur. Yeniden yayınlar, hukuken ilk yayıncı kuruluşun özel müsaadesine tabidir. FSEK hükümlerine göre bir yayının yeniden iletimi de ilk yayıncı kuruluşun iznini gerektirir. Her ikisinin de dayanağı, FSEK’in 80/C maddesi hükmüdür.

Bu izahattan hareketle *Digitürk, D-Smart, Tivibu, IPTV, Türksat Kablo TV* gibi kuruluşların statüsü “yeniden iletim operatörlüğü” olarak tespit edilebilir.³⁹ Adı geçen operatörler *TRT, Kanal7, NTV, ATV, STAR, CNN Türk* gibi yayıncı kuruluşlardan aldıkları yayınları, muhtelif paketler halinde, kurmuş oldukları teknik altyapı üzerinden umum kabul edilen alıcı kitleye sinyaller biçiminde yeniden iletirler. Bu iletim, telif hukuku açısından “umuma yeniden iletim” sayılır ve bunu yapabilmek için FSEK md. 80/C hükümlerine göre yayıncı kuruluşların her birinden lisans alınmasını gerektirir. Topluma iletimini sağladıkları içeriklerin “radyo-televizyon yayını” olması, onları “yayıncı kuruluş” olarak değerlendirmeyi gerektirmez. Keza yeniden iletim operatörü tarafından iletilen radyo-televizyon yayınlarının sadece abone olan kişiler tarafından izlenebiliyor olması, söz konusu yayınların “umuma/kamuya” iletilmediği anlamına gelmez.

Yeniden iletim operatörü, kendisinin ürettiği veya lisansını alarak platform üzerinden abonelerine veya izleyici kitlesine iletimini yaptığı içerikler bakımından “yayıncı” sıfatını taşır. Örneğin Digitürk platformunun yayınladığı spor müsabakaları yeniden yayın veya yeniden iletim değildir. Bu türden içeriklerin iletimi hem teknik ve hem de hukukî anlamda “radyo-televizyon yayını” niteliğini taşır. O nedenle bunların bu kabilden içeriklerle ilgili sorumlulukları da “yayıncı sorumluluğu” ile aynıdır.

Buna karşın yeniden iletim operatörlerinin yer sağlayıcı olarak umuma iletimine aracılık ettiği yayıncı kuruluşların yayın içeriğinden kural olarak sorumlulukları yoktur. Çünkü burada yayın platformu, başka bir özneye ait yayına müdahil olmaksızın “salt yeniden iletim faaliyeti” gerçekleştirmektedir. O nedenle sözgelimi (U) unvanlı bir uydu yayın platformu, yayınlarının umuma iletilmesine aracılık ettiği (X) televizyonu tarafından izin almaksızın yayınlanan sinema eseri üzerindeki hak ihlallerinden dolayı hak sahiplerine karşı sorumlu değildir. Bu sorumluluk eseri izinsiz yayınlayan (X) televizyonuna terettüp eder. Eserin

³⁸ Ateş (n 2) 29.

³⁹ Nitekim Yargıtay 11. Hukuk Dairesi de yayın kuruluşlarının yayınları kurduğu kablo sistemi üzerinden abonelerine ulaştıran kablolu yayın şirketinin, doğrudan yayın kuruluşu olmayıp 5846 sayılı Kanununun 25/2. maddesi kapsamında “eser sahibinin eserinin aslı ya da çoğaltılmış nüshalarını diğer biçimlerde umuma ileten” kuruluş niteliğinde olduğu tespitini yapmıştır (Yargıtay 11. HD 27.9.2012 E. 2012/10171 K. 2012/14474). Dairenin aynı tespiti yaptığı bir başka kararı için bkz. 17.3.2016 E. 2015/5698 K. 2016/2986.

umuma arzı sürecinde (U) televizyonunun rolü pasiftir ve bu rol hem zamanlı olarak yayının iletimine “mecra sağlamak” ile sınırlıdır. Onun iletimini sağladığı yayının içeriğini denetleme yükümlülüğü yoktur. Bu sebeple yayın kuruluşunun yayınladığı içeriğin hukuka aykırılığından hukuken mesul tutulmaz. Ancak yargıtay, yeniden iletim operatörünün usulüne uygun ihtarnameye rağmen hukuka aykırı içerik barındıran yayının yeniden iletimi yapan operatörün sorumlu tutulabileceği kanaatinde dir.⁴⁰

Örnek üzerinden devan edecek olursak; (U) platformu, yeniden iletimini sağladığı (X) televizyonunun yayınında herhangi bir değişiklik yapar, mesela –teknik sebeplerden kaynaklı birkaç saniyelik gecikmeler hariç– yayının zamanını geciktirir veya yayın içeriğinde ekleme, çıkarma veya başka değişiklikler de yaparak umuma iletirse, artık yeniden iletimden değil “yeni bir yayın” veya “tekrar yayın” dan söz edilir. Bir yayını tekrar yayınlayan veya yeni bir yayın olarak umuma iletmenin sorumluluğu, kural olarak, o yayını ilk kez gerçekleştiren yayıncının sorumluluğu gibidir.

5. ERİŞİLEBİLİR KILMAK SURETİYLE UMUMA İLETİM HAKKI

“Erişilebilir kılma” terimi İngilizce’de “*making available*” deyimiy le ifade edilir.⁴¹ Bu terim Türkçeye “kullanıma sunmak, erişilebilir kılmak, hazır hale getirmek” olarak tercüme edilebilir ve bir şeyin başkalarının erişimine veya kullanımına açılması anlamına gelir. Telif

⁴⁰ “Davalı vekili, müvekkilinin yeniden iletim yapmadığını, kablo TV altyapısı üzerinde analog ve sayısal televizyon yayını ve internet hizmeti sunduğunu, müvekkilinin bir yayıncı kuruluş olmadığını, kablo şebekesinden yayınlanan radyo ve televizyon yayınlarının içeriğine herhangi bir şekilde müdahale edemediğini, içerik kontrolü yapamadığını, reklam yayınlamadığını savunarak, davanın reddini istemiştir. Mahkemece, ... Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin 04/06/2013 tarih ve 2011/8816 E., 2013/11666 K. sayılı içtihadında da belirtildiği üzere davalının bir yayın kuruluşu olmadığı, yayıncı kuruluşlara altyapı hizmeti sunan davalının iletimine aracılık ettiği, yayınların içeriğinin oluşturulmasına katkısının olmadığı ve bu yayınları değiştirme imkanının bulunmadığı, özellikle yayında eser veya bağlantılı hak sahiplerinin haklarının ihlal edilip edilmediğini önceden bilebilecek bir durumda olmadığı, bu sebeple kendisine ihtar yapılmadığı sürece FSEK’nın 68. maddesine dayalı olarak talep edilen telif tazminatından doğrudan sorumlu tutulamayacağı, FSEK’nın 68. madde uyarınca davalının telif tazminatından dolayı sorumluluğuna gidilebilmesi için kendisine uyumsuzluk konusuna ihlale dair bir ihtarnamenin tebliğ edilmesi ve makul bir süre geçmesine rağmen ihlale devam edilmesinin gerekli olduğu, somut olayda 2010 yılı bitiminde verilen 1 haftalık sürenin iddia olunan ihlali durdurmak için yeterli olmadığından Yargıtay kararı gereğince davacının 2010 yılı için davalıdan telif tazminatı talep edemeyeceği gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne, davalıya ait kablo platformunda yer alan radyo ve televizyon kanallarında davacı meslek birliğinin hak takip yetkisi bulunan fonogramların yeniden iletimi nedeniyle, davalının eyleminin, davacının FSEK’te yazılı bulunan mali haklara tecavüz oluşturduğunun tespitine, gerçekleşen tecavüzün ref’ine, tecavüzün muhtemel tekrarın men’ine, davalıya gönderilen ihtarname tarihi de dikkate alınarak davalının 2010 yılı için tazminat sorumluluğu bulunmadığından telif tazminatı taleplerinin reddine karar verilmesinde isabetsizlik bulunmamıştır.” Yargıtay 11. HD, 24.2.2015 E. 2014/4540 K. 2015/2465. “Eserin/fonogramın izinsiz yayın yoluyla umuma iletiminde yayını gerçekleştiren yayın kuruluşuna karşı dava açılabilirliği, yayın kuruluşları tarafından radyo veya televizyon gibi araçlarla umuma iletilmesine, çeşitli iletişim araçlarıyla alt yapı hizmeti sunan *Türk Telekom* gibi kuruluşlara ise, izinsiz umuma iletim eylemi sebebiyle sorumluluk yüklenemeyeceği ve yayın hakkı ihlali iddiasına dayalı dava açılmayacağı” hakkında bkz. Yargıtay 11. HD 18.03.2002 E. 2001/10181 K. 2002/2396 (Yavuz, Alıca ve Merdivan, C. II (n 6) K. No. 80/5, 2518); 11. HD 01.12.2016 E. 2015/13959 K. 2016/8898; 11. HD, 17.03.2016 E. 2015/5698 K. 2016/2986.

⁴¹ Ayrıntı için bkz. Trevor Cook, *The Restricted Act of Making Available & Communication to the Public in the European Union* (Wilmer Hale Publications 2012).

hakkı bağlamında ise genellikle bir eserin dijital ortamda kamuya erişilebilir hale getirilmesini ifade eder. Kavram, bilgisayar ve internetin icadıyla, fikir ve sanat mahsullerinin dijital ortama sayısal kodlara aktarılarak oluşturulan dijital eser nüshalarının internet üzerinden kişilerin kullanımına sunulabilir hale geldiği 1990'lı yıllarda ortaya çıkmıştır.

İlk kez 1996 tarihli WIPO İnternet Anlaşmalarında kullanılmaya başlamıştır.⁴² Avrupa Birliğinde ise, kısaca “*InfoSoc Directive*” olarak anılan 2001 tarihli Bilgi Toplumunda Telif Haklarının Korunması hakkında 2001/29 sayılı Direktifin 3. maddesinde “*communication to the public*” kavramının yanısıra “*making available to the public*” kavramlarının kullanıldığı görülmektedir.⁴³ Nitekim biz de de kavramın 25. maddesinde 4630 sayılı Kanunla 2001 yılında yapılan değişiklikle FSEK’e dâhil edildiği görülmektedir. Mezkûr maddenin 2. fıkrası erişilebilir kılmak suretiyle umuma iletim hakkını tanzim etmektedir. Ayrıca Madde 80’de ayrıca her bir bağlantılı hak sahipliğiyle ilgili bendinde bahse konu hakka özgü hükümlere yer verilmiştir.

Şu kadar ki, FSEK’in 25. maddesinin 2. fıkrasının tasarımında WIPO Telif Hakları Anlaşmasının “Umuma İletim Hakkı” başlıklı 8. maddesinden esinlenilmiş ancak fıkra metni Anlaşma maddesindeki muhtevayı aşacak şekilde kaleme alınmıştır. Zira WCT’nin 8. maddesinde, Bern Sözleşmesinin mükerrer 11. maddeleri ile 14. maddesi hükümleri saklı kalmak kaydıyla “*edebiyat ve sanat eseri sahiplerinin, eserlerinin telli veya telsiz araçlarla, fertlerin kendileri tarafından seçilen yer ve zamanda, bu eserlerden bireysel olarak, yararlanacak biçimde umuma iletilmesine izin verilmesi hakkının münhasıran eser sahibine ait olduğu*” hükme bağlanmıştır.

İnternette umuma iletimi tanzim eden mezkûr maddedeki bu hükümden hareketle, bir eserin umuma erişilebilir kılınmasından (*making available to the public*) söz edilebilmesi için şu üç temel unsurun varlığının gerekli olduğu sonucuna varılabilir: Bunlardan ilki, fikir ve sanat mahsullerinin umum sayılan kitleye “dijital ortamda” sunulmasıdır. İkincisi, fikri mahsule bireyler “kendi seçimleriyle” erişebiliyor olmalıdır. Üçüncüsü ise, bireylerin esere erişiminin “zamandan ve mekândan bağımsız” olmasıdır. Eserin erişilebilir kılma yoluyla

⁴² Örneğin son olarak 170 ve 1979 yıllarında revize edilen Bern Sözleşmesinde “umuma iletim hakkı” farklı türdeki eserler bakımından çelişkili ve tutarsız olsa da bir şekilde düzenlemiş olmasına rağmen “*making available*” (erişilebilir kılma) ibaresine karşılık gelebilecek bir terime ve bu bağlamda bir hakka yer verilmiş değildir. Bu konuda bkz. Jane C. Ginsburg, ‘The (New) Right of Making Available to the Public’ David Vayer and Lionel Bently (eds), *Intellectual Property in the New Millennium, Essays in Honour of William R. Cornish*. (Cambridge, New York, Cambridge University Press 2004) 234-247. AB hukukunda erişilebilir kılma yoluyla umuma iletim hakkı hususunda daha fazla bilgi için bkz. Cheryl Jo Lin Foong, ‘The Making Available Right: Realizing the Potential of Copyright’s Dissemination Function in the Digital Age’ PhD Thesis (Faculty of Law and Business Thomas More Law School Australian Catholic University 11 January 2018); Christophe Geiger and Franciska, ‘Chapter 11: The Information Society Directive’ Irini A. Stamatoudi and Paul Torremans (eds), *EU Copyright Law: A Commentary* (Edward Elgar 2015) 395-527; Trevor Cook, *The Restricted Act of Making Available & Communication to the Public in the European Union* (Wilmer Hale Publications 2012); Poorna Mysoor, ‘Unpacking the Right of Communication to the Public: A Closer Look at International and EU Copyright Law’ (October 21, 2013) *Intellectual Property Quarterly* 166-185.

⁴³ Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the Harmonisation of Certain Aspects of Copyright and Related Rights in The Information Society (OJ L 167 22/06/2001 P 0010 – 0019).

umuma arzı, geleneksel anlamda radyo televizyon yayını veya diğer vasıtalarla umumun istifadesine sunumdan farklı kılan özellikler bunlardır.

İnternetle umuma iletimin unsurları böyle iken FSEK'in 4630 sayılı Kanunla değişik 25. maddesinin ikinci fıkrasında eser sahibinin, eserin *aslı veya çoğaltılmış nüshalarının* telli veya telsiz araçlarla satışı veya diğer biçimlerde *umuma dağıtılmasına* veya *sunulmasına karar verme yetkisi* de bu kapsamda düzenlenmiştir. Madde gerekçesinde, bu düzenlemenin amacının, eserlerin elektronik ticarete konu edilmesi, yani internet vasıtasıyla tedavüle konulması yetkisinin eser sahibine ait bulunduğunu vurgulamak olduğu ifade edilmekte ise de, eserin fiziki nüshalarının hangi ortamda olursa olsun satım, kiralama, ödünç verme ve benzeri yöntemlerle dağıtılması “yayın hakkı” değil FSEK'in 23. maddesi uyarınca “yayın hakkı” kapsamına girer. Bu nedenle bahse konu hükmün 25. madde yerine eser sahibinin “yama hakkını” düzenleyen md. 23 kapsamında yer alması gerekirdi.⁴⁴ Bununla beraber, kanun koyucunun bu düzenlemeyle kastı “eserin dijital nüshaları” ise, yani internet ortamında eserin dijital formatının bedelli olarak kullandırılması amaçlanmış ise, bu tür bir kullanım, zaten “erişilebilir kılma yoluyla umuma iletim” kapsamına girecektir. Bu durumda sözkonusu ifadelerin hükümde yer almasının gereksiz olduğu açıktır.

WIPO Telif Hakkı Anlaşmasının 8. maddesinin amacı, Bern Sözleşmesinden farklı olarak, tüm eser türleri üzerinde eser sahibine umuma iletim hakkı sağlamak ve “yayın hakkı” olarak da adlandırılan çoğaltılmış eser nüshalarının dağıtılması dışındaki araç ve yöntemlerle eserin umuma iletilmesi menfaat ve yetkilerin münhasıran eser sahibine ait olduğunu vurgulamaktır.⁴⁵ Nitekim maddede kullanılan “*communication*” terimi, eserin doğru- dan doğruya temsilini, telli veya telsiz iletimini, radyo-televizyon veya işaret, ses ve görüntü nakline yarayan herhangi bir araç ve yöntemle topluma sunulmasını ifade eder. O nedenle eserin, fizikî nitelikteki aslının veya nüshalarının dağıtımı dışında kalan her türlü araç ve yöntemle umuma ulaştırılmasını “iletim” kapsamında düşünmek gerekir.

WIPO Telif Hakkı Anlaşmasının kabulünün temelinde yatan gerekçeler de dikkate alınır 8. maddenin, eserin fizikî nitelik taşımayan, yani dijital formatının özellikle çevrimiçi (*on-line*) veya internet erişimi yoluyla umumun istifadesine sunulması yetkisinin eser sahibine aidiyetini tescili için vazedildiğine şüphe duyulmaz. Bu maddede geçen “*kişilerin kendileri tarafından seçilen yer ve zamanda eserlerden bireysel olarak yararlanacak biçimde umuma iletilmesi*” deyimini, bireyler tarafından, istenilen zaman ve yerde, bir web sayfasındaki eserlerin gözlemlenebilmesi veya bir internet sunucusundaki (*server*) dosyaların kişisel bilgisayarlara veya çeşitli dijital ortamlara indirilebilmesi, kopyalanabilmesi, yüklenebilmesi gibi fiilleri ifade eder.

FSEK md. 25/2 hükmünde de hemen hemen aynı kelimelerle geçen “*eserin aslı veya çoğaltılmış nüshalarının telli veya telsiz araçlarla... gerçek kişilerin seçtikleri yer ve zamanda... erişimini sağlamak suretiyle umuma iletimi*” ifadesini, WIPO Telif Hakkı Anlaşmasının 8. maddesi doğrultusunda yorumlamak gerekir. Böylece; edebiyat eserlerinin, bilgisayar programlarının, müzik eserlerinin veya sinema eserlerinin web sayfalarında veya internet sunucu-

⁴⁴ Ayrıntı için bkz. Ateş (n 6) 192.

⁴⁵ Ateş (n 6) 192-193.

larında, kişilerin erişimini mümkün kılacak şekilde bulundurulması, eserin bir nevi kamuya sunulma şeklidir. Ancak, bu gibi ortamlarda bulunan esere erişimin yeri ve zamanı, işin doğası gereği, eserden yararlanan kişi tarafından seçilir. O nedenle bu hakka “esere erişim sağlama yoluyla umuma iletim hakkı” (*making available to the public right*) da denilir.

Bir eserin bireylerin istediği yer ve zamanda erişmelerini mümkün kılacak şekilde bir internet sayfasına konulması, fiiliyatta o esere tek bir kişi dahi erişim sağlamış olsa bile, FSEK’in 25/2. maddesi hükmü anlamında erişim sağlama yoluyla umuma iletim gerçekleşmiş sayılır. Burada önemli olan, eserin, üçüncü kişilerin ondan bu tarzda istifade edebilmelerine âmâde kılınıp kılınmadığıdır. Bahse konu esere geniş bir kitlenin erişim sağlıyor olması şart değildir.

Erişim sağlama yoluyla umuma iletim hakkının kullanılması için yayın kuruluşu veya yeniden iletim platformları gibi lisanslı bir operatörün aracılığına ihtiyaç yoktur. Kişi sahip bulunduğu fikri mahsulü kendi internet sitesi üzerinden umumun erişimine sunabileceği gibi, başka bir kuruma veya kişiye ait internet ortamına yüklemek suretiyle de kişilerin erişimine sunabilir. Mesela, bir kimse eser vasfında sahip olduğu müzik, resim, fotoğraf, video veya dijitalle dönüştürülmüş kitaplarını, kendi sayfasına koyarak erişime açabilir. Kişinin bunları *Facebook, Instagram, Twitter/X, YouTube, TikTok, Twitch* ve *Nsosyal* gibi sosyal medya, *WhatsApp ve Telegram* gibi mesajlaşma ortamlarında ya da *Pinterest ve Snapchat* görsel medya ya da *Reddit ve Ekşi Sözlük* gibi dijital forumlarda paylaşmak suretiyle bu platformların kullanıcılarının erişimine sunması da mümkündür. Erişime sunulan içerik, bu ortamlara koyan şahsa aitse, telif hukuku açısından problem yoktur.

Buna mukabil, başkasına ait olup telif hakkıyla korunan içeriklerin internet ortamında kişilerin erişimine sunulması, FSEK 25/2. maddesi hükmü ve 80. maddesinin ilgili hükümleri mucibince, içerik üzerinde hak sahibi olan kişinin iznine bağlıdır. Aksi takdirde FSEK hükümlerine göre bu içerikleri yetkisiz ve izinsiz paylaşan kimse hem hukukî (FSEK 66-70) hem de cezaî (FSEK 71 vd.) açıdan hak sahiplerine karşı sorumlu olur. Bu gibi hallerde sorumluluk içerik sağlayana terettüp eder. İçerik sağlayan, internet ortamında kullanıma sunduğu her türlü bilgi veya veriyi üreten, değiştiren ve sağlayan kişi ve kurumdur. 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi Hakkında Kanuna göre içerik sağlayan, sağladığı içerikten birinci derece ve mutlak surette sorumludur. Başkasına ait içeriklere sadece bağlantı vermişse kural olarak sorumluluk doğurmaz. Ancak, onun “benimlediği” veya “kendi içeriği gibi sunduğu” takdirde sorumlu olur. Dolayısıyla içerik sağlayan, hem fikrî mülkiyet haklarına ve hem de kişilik haklarına vaki ihlallerden sorumluluğun doğrudan muhatabıdır.

Şu kadar ki, 5651 sayılı Kanuna göre yer sağlayıcı (*hosting provider*) durumunda olan internet hizmeti sunucuları içerik sağlayanın internette paylaştığı içerikten kural olarak doğ-

rudan sorumlu değildir.⁴⁶ Hizmet ve içerikleri barındıran sistemleri sağlayan veya işleten kişi ve kurumlara “yer sağlayıcı” denir.⁴⁷ *Hosting* şirketleri ve bulut hizmeti veren firmalar böyledir. Çünkü onların yer sağladığı içeriği kontrol etme veya hukuka aykırılıklarını araştırma yükümlülükleri yoktur. Ancak, içeriğin hukuka aykırı olduğu kendisine bildirildiğinde, sözkonusu içeriği mahkeme veya BTK kararı ile kaldırmak zorundadırlar. Erişim sağlayıcılar da yer sağlayanlar gibi sorumlu değildirler. Bunlar kullanıcılara internet ortamına erişim imkanı sağlayan *Türk Telekom, Turkcell Superonline ve Vodafone Net* gibi kişi ve kurumlardır. Hukuk düzeni, bunlara da kullanıcıların içeriklerine müdahale etme veya onları denetleme yükümlülüğü yüklememiştir. Ancak, bunlar ilgili mercilerin erişim engelleme kararlarını derhâl yerine getirmekle yükümlüdür.⁴⁸

6. YENİ BİR KAMUYA (*NEW PUBLIC*) SUNMA HAKKI

Eser sahibinin umuma iletim hakkı, fikri mülkiyet hukukunun dijital çağda en dinamik alanlarından birini oluşturur. Bu hak, eserin yalnızca belirli bir kitleye veya platforma sunulmasını değil, aynı zamanda eserin sonraki aşamalarda hangi kitlelere ulaştırılabileceğini de kapsar. ABAD, özellikle *Svensson v. Retriever Sverige AB*⁴⁹ ve *GS Media v. Sanoma*⁵⁰ vb. kararlarında geliştirdiği *new public* (yeni kamu) doktriniyle, bir fikrî mahsulü hak sahibinin izni dahilinde kullanan kitlenin dışında kalan kişilere iletilmesini eser sahibinin iznine bağlı kılmıştır. Yüksek Mahkeme, Bilgi Toplumu Direktifindeki umuma iletim ve erişilebilir kılma yoluyla umuma iletim gibi kavramların ve Müktesebat hükümlerinin Birlik içinde aynı şekilde yorumlanması ve eşit uygulanabilmesi için bazı kriterler geliştirmiştir ki, bun-

⁴⁶ “Mahkemece 5651 sayılı Kanununun 4, 5 ve 6. maddelerinde internet ortamında yapılan yayınlardan kimlerin sorumlu olduğunun sınırlı şekilde sayılmak suretiyle gösterildiği, buna göre içerik sağlayıcının, yer sağlayıcının ve erişim sağlayıcının sorumluluğunun bulunduğu, Telekomünikasyon İletişim Kurumu Başkanlığının cevabi yazılarından, davalıların dava konusu internet sitesinin içerik, yer ve erişim sağlayıcısı olmadıkları anlaşıldığı ve bu nedenle davalıların dava konusu yayın nedeni ile sorumluluklarının bulunmadığının kabulü ile önceki kararda direnilmesine karar verilmesi üzerine yapılan incelemede; davalıların dava konusu haberlerin yer aldığı internet sitesinin içerik, yer ve erişim sağlayıcısı olmadıkları, bu nedenle direnme kararının doğru olduğu anlaşılmıştır.” Yargıtay 4. HD 18.01.2017 E. 2016/17043 K. 2017/294.

⁴⁷ Bu konuda bkz. Ahunur Açıkgöz ve Murat Gürel, ‘Başkasına Ait İçerikteki Fikrî ve Sınai Hak İhlalleri Nedeniyle Dijital Platformların Hukuki Sorumluluğu’, 2024 82(3) İstanbul Hukuk Mecmuası 693-750; Gezder, Ümit, *İçerik Sağlayıcının ve Yer Sağlayıcının Hukuki Sorumluluğu ve Sorumluluk Muafiyeti* (Seçkin 2017).

⁴⁸ İnternet ortamında gerçekleşen ihlallerden dolayı internet aktörlerinin hukuki sorumlulukları konusunda ayrıntılı tespit ve değerlendirmeler için bkz. Mustafa Ateş, ‘Sosyal Medya Aktörlerinin Hukuki sorumluluğu ve Bilhassa Telif Haklarının İhlalinde Sorumlulukları’ *Fikrî Hukuka Dair Makalelerim* (Adalet 2016) 43-104.

⁴⁹ ABAD, C-466/12 *Svensson and Others v. Retriever Sverige AB*, ECLI:EU:C:2014:76. Bir değerlendirme için bkz. Ali Demirbaş, ‘Telif Hukukunda İnternet Linki ve Avrupa Adalet Mahkemesi’nin *Svensson ve Bestwater Kararları*’ 2018 5(1) İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 169 – 186.

⁵⁰ ABAD, C-160/15 *GS Media BV v. Sanoma Media Netherlands BV and Others*, ECLI:EU:C:2016:644. Ayrıntılı değerlendirme için bkz. Case Yole Tanghe, ‘Copyright Protection in the Digital Era: Hyperlinking and the Right of Communication to the Public. The GS Media’ 2016 1(3) European Papers 1215-1224.

lardan biri de “yeni kamu” doktrindir.⁵¹

Yeni kamu testi, eser sahibinin eserinin ilk iletimi için yani başlangıçta verdiği müsaadenin, eserin yeniden iletimine veya yeni bir iletime muhatap durumundaki umum sayılan kitleyi kapsamadığı varsayımına dayanır. Zira eserin kendisine yeniden iletildiği veya yeni bir iletiminin yapıldığı kitle, önceki aşamada eserin umuma arzı için sahibi tarafından verilen müsaadede hesaba katılmamıştır. Diğer bir deyimle izin, eserin yalnızca önceki iletişimin muhatabı olan kişiler dikkate alınarak verilmiştir. Eser sahibinin bu izni verirken hesapta olmayan kişilerin de idrakinde sunulması halinde, mezkûr doktrine göre hesapta olmayan bu kişiler yeni bir umumun fertleri yani “yeni bir kamu” olarak kabul edilmekte ve eserin bu kitle tarafından da idrak edilebilir olması keyfiyeti “yeni bir kamuya sunum” olarak değerlendirilmektedir. Yani, bir eserin yeniden iletimi, eğer bu iletim ilk iletimde hedeflenmeyen bir kitleye yöneliyorsa, iletimi yapanın telif hakkı sahibinden izin alması gerekir. Önceki iletim için alınan izin, yeni kitleye iletme de izin verildiği anlamına gelmez. Eserin izin alınmaksızın ilk iletimde hesaba katılmamış kitlenin erişimine istifadesine sunulması telif hakkı ihlali olarak değerlendirilebilir.⁵²

Türk Hukukunda FSEK kapsamında “yeni kamu” kavramı açıkça düzenlenmiş değildir. Bununla birlikte, AB müktesebatında olduğuna benzer biçimde FSEK md. 25/1’de eser sahibine ve md. 80’de de bağlantılı hak sahiplerine tanınmış umuma iletim hakkı göz önüne alındığında, AB içtihatlarında ortaya konulan kriterlerin Türk hukukunda da uygulanabilir olduğuna şüphe yoktur. Zira ABAD içtihatlarında vurgulanan temel husus, eserin erişim sağlanan kitle bakımından “başlangıç izninin sınırlarını aşmasıdır.” Bu çerçevede, örneğin kapalı bir mekânda ücretli konserin, mobil bir uygulama aracılığıyla başka bir umumî mekânda izletilmesi, eserin “yeni bir kamuya” sunulması niteliğini taşır. Umumun alması için yapılan bir TV yayınının otel, restoran vb. benzeri ticari mekanlarda merkezi bir sistem ile müşterilerin istifadesine sunulması da böyledir. Böyle bir durumda, eser sahibi veya icracı sanatçının izni olmaksızın gerçekleşen iletim, AB hukukunda olduğu gibi Türk hukukunda da telif hakkı ihlali olarak değerlendirilebilir.⁵³ Esasen daha evvel değinildiği üzere, fikir ve sanat mahsullerini içeren radyo-televizyon yayınlarının otel, restoran, düğün salonu,

⁵¹ P. Bernt Hugenholtz and Sam van Velze, ‘Communication to a New Public? Three Reasons Why EU Copyright Law Can Do Without a ‘New Public’ (July 19, 2016), <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2811777> Erişim tarihi: 06.09.2025. Makalede yazarlar, ABAD’ın geliştirdiği “yeni kamu” doktrininin tenkit ederek, böyle bir kriter olmaksızın da sistemin tutarlı ve daha öngörülebilir bir şekilde işleyeceğini ileri savunmaktadırlar. Ayrıca bkz. Lütfiye Akgül Su, ‘Avrupa Adalet Divanı (CJEU) Kararlarında Umuma İletim Hakkı Kriterleri’ 2017 12(128) Terazi Hukuk Dergisi 168-171.

⁵² Eleonora Rosati, ‘When Does a Communication to the Public Under EU Copyright Law Need to Be to a ‘New Public’?’. (July 1, 2020) 45(6) *European Law Review* 802-823.

⁵³ ABAD uygulamasında olduğu gibi Yargıtay da bazı kararlarında bir radyo televizyon yayınının otel, bar, restoran mağaza gibi mekânlarda kurulan bir sistem üzerinden müşterilere sunumunun hak ihlali teşkil ettiği yönünde verdiği kararları mevcuttur. Örneğin; bir meslek birliğinin üyesi olan sanatçıya ait müzik eserinin davalı şirkete ait mağazada hak sahibinin izni olmaksızın radyo üzerinden alınan yayınlara mağaza içerisinde umuma dinletildiğini, böylelikle müvekkilinin umuma iletim hakkının ihlal edildiğini ileri sürerek, açtığı, ref, men ve tazminat taleplerine ilişkin dava Yargıtayca kabul edilmiştir. Ancak bu türden bir eylemin mahiyeti, mesela “yeni bir kamuya sunum” olup olmadığı tartışılmamıştır (Yargıtay 11. HD 1.11.2017 E. 2016/3594 K. 2017/5991). Aynı direnin başka bir kararı için bkz. Yargıtay 11. HD 6.2.2017 E. 2015/12775 K. 2017/573.

mağaza gibi umumi mahallerde kullanımıyla ilgili kararlarında “yeni bir kamuya sunum” tabiri geçirilmemiş olsa da Yargıtay’ın hukuka aykırılık tespitlerinin temelinde, fikri mahsullerin izinsiz yeni bir kullanıcı-tüketici kitlesinin idrakine sunulması olgusu yatmaktadır.

Yeni kamuyla ilgili ABAD’ın yaklaşımı iki temel kritere dayanmaktadır: Bunlardan ilki, iletimin, eser sahibinin başlangıçta iletimine izin verdiği kamudan farklı bir kitleye yönelmesidir. İkincisi ise, iletimin ekonomik kazanç sağlama amacıyla yapılmasıdır. Nitekim SGAE v. Rafael Hotels⁵⁴ kararında otel odalarında televizyon yayınının misafirlere ulaştırılması, eserin yeni bir kamuya sunulması olarak değerlendirilmiştir. Keza, Football Association Premier League v. QC Leisure⁵⁵ davasında futbol karşılaşmalarının yetkisiz dekoderler aracılığıyla farklı ülke kullanıcılarına iletilmesi de “yeni kamu” doktrini kapsamında ihlal sayılmıştır. *Reha Training* ABAD, televizyon yayınlarının böyle bir merkezde kasıtlı olarak hastalara sunulmasının, teknik araç ne olursa olsun, bir “iletim eylemi” olduğunu belirtmiştir.⁵⁶ Hastaların terapi merkezinde yayınlara aynı anda veya ardışık olarak erişebildiklerini ve bunların sayılarının önemsiz düzeyde olmadığını ifade ederek, terapi merkezinin “umumi mahal” ve buradaki müşterilerin de “umum” (*public*) olarak kabul edilmesi gerektiğine hükmetmiştir. Dahası, televizyon yayınlarının ilk iletiminin bu hastaları hedeflemediğini, dolayısıyla onların “yeni bir kamu” oluşturduklarını da belirtmiştir. Bu hastaların, ilk iletim sırasında dikkate alınmamış bir kamu grubu olduğunu, yayınların tedaviyle doğrudan ilgisi olmasa da, merkezin çekiciliğini artırdığını ve bu nedenle diğer terapi merkezlerine nazaran rekabet avantajı sağladığını vurgulayarak “ticari kazanç sağlama” kriterine de işaret etmiştir.

Türk mahkemeleri doğrudan AB içtihatları ile bağlı olmamakla birlikte, FSEK’in yorumunda bu içtihatlardan yararlanılması mümkündür. Özellikle Yargıtay’ın eser sahibinin mali haklarını ABAD gibi geniş yorumlama eğilimi dikkate alındığında, “yeni kamu” kavramının Türk Hukukunda da uygulama alanı bulacağı ABAD’ın kullandığı terminoloji kullanılmıyor olsa da, daha önce de işaret edildiği gibi “yeni kamu” doktrininin tatbikatta Yargıtay tarafından benimsenmiş olduğunu söylemek mümkündür.

Bu doğrultuda, eser sahibinin rızası dışında gerçekleştirilen her türlü yayının, gerek doğrudan iletilmesi gerekse teknik araçlarla yeniden iletim yoluyla farklı kitlelere ulaştırılması, FSEK’in 25/1. maddesi hükmü ile 80. maddesinin ilgili hükümlerinin ihlali olarak nitelendirilebilir. Ancak, burada ABAD’ın aradığı ikinci kıstası da dikkate almak gerektiği kanaatindeyiz. Buna göre yeni kamuya iletimin gelir elde etmek amacına matuf olmalıdır. Bu çerçevede yeni kamuya sunum için doğrudan veya dolaylı kazanç elde etmek gibi bir amacın varlığı halinde eserin “yeni kamu” sayılabilecek bir kitlenin idrakine sunumu, Türk Hukuku bakımından, iletimin muhtevasına göre FSEK’in 25. maddesinin veya 80. maddesinin ilgili hükmünün ihlali olarak mütalaa olunabilecektir.

⁵⁴ ABAD, C-306/05 *Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE) v. Rafael Hoteles SA*, ECLI:EU:C:2006:764.

⁵⁵ ABAD, C-403/08 ve C-429/08 *Football Association Premier League Ltd and Others v. QC Leisure and Others*, ECLI:EU:C:2011:631.

⁵⁶ ABAD, C-117/15 *Reha Training v GEMA* Kararı için bkz. <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-117/15> Erişim tarihi: 26.09.2025.

7. SONUÇ

Dijital teknolojilerin gelişimi, umuma iletim hakkını telif hukukunun en dinamik ve tartışmalı alanlarından biri hâline getirmiştir. Çalışmada ortaya konulduğu üzere, bu hak, klasik anlamda yalnızca eserlerin radyo-televizyon yayınlarıyla kamuya sunulmasına ilişkin bir yetki olmaktan çıkarak, dijitalleşmenin etkisiyle eserlerin internet ve mobil platformlar aracılığıyla umuma erişilebilir kılınmasını da kapsayacak şekilde genişlemiştir.

Tarihsel süreçte Bern Sözleşmesi ve Roma Sözleşmesi gibi temel uluslararası belgeler, eser sahiplerinin haklarını korumada önemli bir çerçeve sunmuş; WIPO İnternet Anlaşmaları ise özellikle dijital çağın ihtiyaçlarını karşılamaya yönelik hükümler getirmiştir. Avrupa Birliği müktesebatı, Bilgi Toplumu Direktifi ve Dijital Tek Pazar Direktifi aracılığıyla umuma iletim hakkını ayrıntılı biçimde düzenlemiştir. ABAD içtihadı ise umuma iletim, kamuya erişilebilir kılma kavramlarına yeni anlamlar yükleyerek hakların kapsamını genişlettiği gibi, “yeni kamu” doktriniyle de bu hakkın kapsamını güncel teknolojik gelişmelere uyarlamıştır.

Türk hukukunda, 4630 sayılı Kanun ile FSEK’e eklenen hükümler, Avrupa Birliği ve uluslararası standartlarla uyumlu olarak eser sahiplerinin dijital ortamdaki haklarını güçlendirmiştir. FSEK’in 25. ve 80. maddeleri, hem eserlerin kamuya erişilebilir kılınması hem de yeniden iletim faaliyetleri bakımından eser sahiplerine münhasır haklar tanımakta; ihlaller karşısında hukukî ve cezai sorumluluğu düzenlemektedir. Böylece, radyo-televizyon yayınlarından çevrimiçi içerik platformlarına, sosyal medya mecralarından mobil uygulamalara kadar geniş bir yelpazede umuma iletim hakkı, Türk hukukunda etkin bir koruma alanı bulmuştur.

Ancak dijital çağ, eser sahiplerinin münhasır hakları ile kamuya erişim özgürlüğü arasında yeni bir denge kurulmasını da zorunlu kılmaktadır. Özellikle internet üzerinden içerik paylaşımı, sosyal medya ve kullanıcı odaklı platformlarda ortaya çıkan pratikler, bu dengeyi sürekli olarak sınamaktadır. Hukuk düzeni, bir yandan eser sahiplerinin ekonomik ve manevi çıkarlarını korurken, diğer yandan kültürel üretimin ve bilgiye erişimin önünü tıkamadan sürdürülebilir bir çözüm geliştirmek durumundadır.

Sonuç olarak, umuma iletim hakkı, dijital çağın telif hukukuna yön veren en kritik kavramlarından biri olarak karşımıza çıkmaktadır. Hem uluslararası hem de ulusal düzeyde getirilen düzenlemeler, eser sahiplerinin haklarını güçlendirmiş; fakat aynı zamanda eserlerin topluma ulaşabilmesi için dengeli bir yaklaşımın gerekliliğini de ortaya koymuştur. Bu bağlamda, özellikle uygulama boyutuyla Türk Hukukunun, gelişen teknolojilere ve uluslararası standartlara paralel biçimde güncellenmesi, eser sahipleri ile kamu yararı arasındaki hassas ilişkinin korunması açısından önem taşımaktadır.

KAYNAKÇA

- Açıköz A ve Gürel M, 'Başkasına Ait İçerikteki Fikrî ve Sınai Hak İhlalleri Nedeniyle Dijital Platformların Hukuki Sorumluluğu' 2024 82(3) İstanbul Hukuk Mecmuası 693-750.
- Akgül Su, L, 'Avrupa Adalet Divanı (CJEU) Kararlarında Umuma İletim Hakkı Kriterleri' 2017 12(128) Terazi Hukuk Dergisi, 168-171.
- Ateş ., 'Eser Sahibinin Umuma İletim Hakkı ya da E-Haklar: FSEK'in 25. Maddesine Dair Genel Bir Değerlendirme' *Fikir ve Sanat Hukukuna Dair Makalelerim* (Adalet Yayınevi 2016) 3-41.
- Ateş M, 'Sosyal Medya Aktörlerinin Hukuki sorumluluğu ve Bilhassa Telif Haklarının İhlalinde Sorumlulukları' *Fikrî Hukuka Dair Makalelerim* (Adalet 2016) 43-104.
- Ateş M, *Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması* (Seçkin 2003).
- Ateş M, *Fikrî Haklara İlişkin Hukukî İşlemler* (2. Baskı, Adalet 2023).
- Ateş M, *Fikri Hakların Cezai Himayesi* (Adalet 2024).
- Ayiter N, *Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri* (S Yayınları 1981) 139.
- Bozbel S, 'FSEK'e göre Yayın, Yeniden Yayın, Yeniden İletim ve Diğer Mali Haklardan Farkı' Tekin Memiş (Editör) *Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2010 C. II* (Yetkin 2011) 107-132.
- Cook T, *The Restricted Act of Making Available & Communication to the Public in the European Union* (Wilmer Hale Publications 2012).
- Demirbaş A, 'Telif Hukukunda İnternet Linki ve Avrupa Adalet Mahkemesi'nin Svensson ve Bestwater Kararları' 2018 5(1) İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 169 – 186.
- Erel ŞN, *Türk Fikir ve Sanat Hukuku*. (3. Bası, Yetkin 2009).
- Febu.net, "IPTV Nedir ve Nasıl Çalışır?" <https://febu.net/konu/iptv-kullanmak-yasal-midir-iptv-kullananlar-ceza-oder-mi.230/> Erişim tarihi: 14.09.2025.
- Foong CJL., 'The Making Available Right: Realizing the Potential of Copyright's Dissemination Function in the Digital Age' PhD Thesis, (Faculty of Law and Business Thomas More Law School Australian Catholic University 11 January 2018).
- Geiger C and Franciska, 'Chapter 11: The Information Society Directive' Irini A. Stamatoudi and Paul Torremans (edits), *EU Copyright Law: A Commentary* (Edward Elgar 2015) 395-527.
- Gezder Ü, *İçerik Sağlayıcının ve Yer Sağlayıcının Hukuki Sorumluluğu ve Sorumluluk Muafiyeti*, (Seçkin 2017)
- Ginsburg, JC, 'The (New) Right of Making Available to the Public' David Vayer and Lionel Bently (edits), *Intellectual Property in the New Millennium, Essays in Honour of William R. Cornish* (Cambridge University Press 2004) 234-247.
- Hugenholtz PB and van Velze S, 'Communication to a New Public? Three Reasons Why EU Copyright Law Can Do Without a 'New Public'' (July 19, 2016), <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2811777> Erişim tarihi: 06.09.2025.
- Mysoor P, 'Unpacking the Right of Communication to the Public: A Closer Look at International and EU Copyright Law' (October 21, 2013) *Intellectual Property Quarterly* 166-185.
- Öztañ F, *Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku* (Turhan 2008).
- Pekdiñer, RT, '5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun Umuma İletim Hakkı Açısından Sağladığı Korumanın Zaman İçerisindeki Değişimi', *Fikri Mülkiyet Hukuku Fasikülleri I: Fikri ve Sınai Hakların Korunması*. Ozan Ali Yıldız (Editör) (Oniki Levha 2015) 33-44.
- Ricketson S and Ginsburg JG, *International Copyright and Neighbouring Rights; The Berne Convention and Beyond Vol. I* (2nd Ed., Oxford University Press 2006).
- Ricketson S, *The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works: 1886-1986* (Kluwer 1987).

Rosati E, 'When Does a Communication to the Public Under EU Copyright Law Need to Be to a 'New Public?'' (July 1, 2020) 45(6) *European Law Review* 802-823.

Tanghe, C., 'Copyright Protection in the Digital Era: Hyperlinking and the Right of Communication to the Public. The GS Media' 2016 1(3) *European Papers* 1215-1224.

Tekinalp Ü, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (5. Bası, Vedat 2012).

Yavuz L, Alica T. ve Merdivan F., *Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu C. I (1-47. Maddeler)* (Seçkin 2013).



The Boğaziçi Law Review

ISSN: 3023-4611

Journal homepage: <https://dergipark.org.tr/tr/pub/blr>

The Qualification of Crypto-Assets as Securities Under Turkish Law: A Comparative Analysis

*Türk Hukukunda Kripto Varlıkların Menkul Kıymet Olarak Nitelendirilmesi:
Karşılaştırmalı Bir Analiz*

Hacer Ülkü Doğan Kaya

To cite this article: Hacer Ülkü Doğan Kaya, ‘The Qualification of Crypto-Assets as Securities Under Turkish Law: A Comparative Analysis’ (2025) 3(2) The Boğaziçi Law Review 166.

Submission Date: 9 December 2025

Acceptance Date: 28 December 2025

Article Type: Research Article

 © 2025 Hacer Ülkü Doğan Kaya. Published with license by Boğaziçi University Publishing

 Published online: December 2025

 Submit your article to this journal 

Full Terms & Conditions of access and use can be found at
<https://dergipark.org.tr/tr/pub/blr>

THE QUALIFICATION OF CRYPTO-ASSETS AS SECURITIES UNDER TURKISH LAW: A COMPARATIVE ANALYSIS

TÜRK HUKUKUNDA KRIPTO VARLIKLARIN MENKUL KIYMET OLARAK NİTELENDİRİLMESİ: KARŞILAŞTIRMALI BİR ANALİZ

Hacer Ülkü Doğan Kaya 

PhD Candidate, Ankara University Social Sciences Institute, Private Law Department.

ABSTRACT

Unlike the situation in some other jurisdictions, there is no published guidance regarding when crypto-assets can be considered as securities under Turkish law. For this reason, this study deals with the question of when crypto-assets are considered as securities under current Turkish law and the implications of such consideration. The analysis accompanies a comparative overview of the regulatory responses in some relevant jurisdictions. On the other hand, it reviews the recent Turkish legislative changes, which were passed in June 2024 and provide clarifications on the issuance of securities in the form of crypto-assets, the licensing of crypto-asset service providers (CASPs), and the Turkish regulator's enforcement powers against crypto-asset activities. The conclusion evaluates the position in Turkey in comparison to the UK, EU and US from a regulatory standpoint and identifies areas that require further clarification.

Keywords: Crypto-assets as securities, Turkish crypto-asset legislation, capital markets law, comparative law.

ÖZET

Bazı diğer hukuk sistemlerinin aksine, Türkiye'de kripto varlıkların hangi şartlar altında menkul kıymet olarak değerlendirileceğine ilişkin yayımlanmış bir rehber bulunmamaktadır. Bu nedenle, bu çalışma kripto varlıkların yürürlükteki Türk hukuku uyarınca ne durumda menkul kıymet sayıldığını ve böyle bir değerlendirmenin sonuçlarını ele almaktadır. Bu analiz, ilgili birtakım hukuk sistemlerindeki düzenleyici yaklaşımlara ilişkin karşılaştırmalı bir değerlendirme ile birlikte sunulmaktadır. Öte yandan, Haziran 2024'te kabul edilen ve kripto varlık şeklinde menkul kıymet ihraçlarına, kripto varlık hizmet sağlayıcılarının (CASP'ler) lisanslanmasına ve Türk düzenleyicisinin kripto varlık faaliyetlerine yönelik yaptırım yetkilerine açıklık getiren son Türk mevzuat değişikliklerini de incelemektedir. Sonuç bölümü, Türkiye'deki durumu Birleşik Krallık, AB ve ABD ile düzenleyici açıdan karşılaştırmakta ve daha fazla netlik kazandırılmasına ihtiyaç duyulan alanları belirlemektedir.

Anahtar kelimeler: Menkul kıymet olarak kripto varlıklar, Türk kripto varlık mevzuatı, sermaye piyasası hukuku, karşılaştırmalı hukuk.

1. INTRODUCTION

1.1. THE RESEARCH QUESTION

Between the years 2018 and 2019, public authorities on both sides of the Atlantic assessed the applicability of their existing regulatory frameworks to crypto-assets, either through enforcement actions or in their position papers.¹ Although varied approaches exist, the general tendency can be summarised in two premises. First, most crypto-assets (e.g., bitcoin) are not subject to the pre-existing regulations designed for traditional financial products. Second, occasionally, certain crypto-assets can meet the criteria for regulated financial products, which is determined on a case-by-case basis. If they are regulated as such, naturally, the relevant rules are applicable to crypto-assets. Relevant authorities also clarified the tests they use for their assessment.²

No such guidance has been published in Turkey, on the other hand. Therefore, there is no publicly available reference document detailing when a crypto-asset can fall within the existing regulatory framework.³ The Law no 7518 amending the Capital Markets Law (CML) no 6362, which was passed in June 2024 and enacted in July 2024, was a step forward for Turkey to overcome the uncertainty, and made it clear that the capital markets rules may apply to crypto-assets if they qualify as capital market instruments. However, this legislation does not provide a guidance on how the capital markets rules apply to crypto-assets to determine whether they qualify as securities or other instruments.

Being a security has certain legal implications for crypto-assets. First, unless there is an exemption, publishing and approval of a prospectus containing specific information becomes obligatory for its offering to the public.⁴ Advertisements and other communications related to the initial offering of such crypto-assets should state where the prospectus can be found and be consistent with the prospectus content.⁵ Intermediaries facilitating activities relating to this type of crypto-assets are subject to licensing and supervision.⁶ Finally, market abuse, including manipulation and insider trading, as well as unapproved issuance and unauthorised provision of intermediary services give rise to criminal liability.

¹ Securities and Exchange Commission (SEC) FinHub, 'Framework for "Investment Contract" Analysis of Digital Assets' (modified on 23 March 2023) <<https://www.sec.gov/corpfin/framework-investment-contract-analysis-digital-assets>>; Financial Conduct Authority (FCA), 'Guidance on Cryptoassets Feedback and Final Guidance to CP 19/3' (July 2019) <<https://www.fca.org.uk/publication/policy/ps19-22.pdf>> ; Swiss Financial Market Supervisory Authority (FINMA), 'Regulatory treatment of initial coin offerings' (29 September 2017) <<https://www.finma.ch>>; European Securities and Markets Authority, 'Advice on Initial Coin Offerings and Crypto-Assets' (9 January 2019) <<https://www.esma.europa.eu>>; IOSCO, 'Regulators' Statements on Initial Coin Offerings', <<https://www.iosco.org>>, all accessed 23 December 2025.

² See n 1.

³ See IOSCO (n 1).

⁴ Capital Market Law (CML) no. 6362 Articles 4-7. An English translation of the act is accessible on the Borsa Istanbul's website <<https://www.borsaisistanbul.com/files/87.pdf>> accessed 23 December 2025. Issuance document is also subject to the Capital Markets Board (CMB) approval for the sales without public offer (Article 11).

⁵ Article 7.

⁶ For regulated activities see 'Primary and Secondary Market Activities' below.

For this reason, the purpose of this paper is to evaluate the applicability of the existing capital markets regulations in Turkey to crypto-asset activities, while also giving a brief overview of the recent legislative changes where relevant. For this purpose, it discusses the question of under which conditions crypto-assets qualify as securities according to Turkish law, taking the July 2024 changes into account. In its conclusion, the paper also evaluates Turkish law's standpoint in this regard in comparison to the UK, EU and US laws.

1.2. DEFINITION OF CRYPTO-ASSET

Crypto-asset definitions vary across jurisdictions.⁷ Based on their common characteristics, a crypto-asset is an electronically storable, transferable and tradable data unit, which represents either an economic value, right (e.g., *in rem*, membership, contractual or otherwise) or obligation, uses distributed ledger⁸ or similar technology, carries no legal tender status and is used for payment, investment or other purposes.⁹

The widely used crypto-asset taxonomy makes a distinction between payment, investment (or security) and utility (or access) tokens. This classification is based on the functions of the underlying assets, which may not always align with the regulatory analysis, but it provides a useful starting point.¹⁰

In this taxonomy, payment tokens are the crypto-assets that are created to be used as a medium of exchange.¹¹ Stablecoins are the quintessential example in this category. Since their value is non-fluctuating, they are more suitable candidates for passing the test for three

⁷ For examples of definitions see Article (3) (2) of the EU Regulation no 2023/1114 on markets in crypto-assets (MICA), section 417 (1) of the UK Financial Services and Markets Act (FSMA) as amended in 2023, Article 552 (2) of French Monetary and Financial Code. Other jurisdictions such as Malta, Dubai, Bermuda or Liechtenstein also have their own statutory definitions. The Law no 6362 as amended with the Law no 7518 defines crypto-assets as: “intangible assets that can represent value or a right and that can be electronically created and stored on a distributed ledger or a similar technology and distributed on digital networks” (amended Article 3 (1) (bb)).

⁸ For definition of distribution ledger see section 417 (1) of FSMA and Article 2 (1) and (2) of and EU Regulation 2022/858 on a pilot regime for market infrastructures based on distributed ledger technology. See also Matt Levine, ‘The Only Crypto Story You Need’ Bloomberg (25 October 2022) <<https://www.bloomberg.com>> accessed 23 December 2025.

⁹ Since crypto-assets represent economic value, persons who facilitate their transmission are subject to anti-money laundering and countering financing of terrorism (AML/CFT) regulations, regardless of their qualification. The Financial Action Task Force (FATF), ‘Virtual Assets’ <<https://www.fatf-gafi.org/en/topics/virtual-assets.html>> accessed 23 December 2025.

¹⁰ For example, a payment token may not always be an e-money, or an investment token may not be considered a security. ESMA (n 1) 8; Valerio di Mascio, ‘Regulation of Crypto-assets under EU and US Securities Law’ (PhD Thesis, University of Bocconi 2021), 109 et seq.; Philipp Hacker and Chris Thomale, ‘Crypto-Securities Regulation: ICOs, Token Sales and Cryptocurrencies under EU Financial Law’ (2018) 15 ECFLR 645, 652 et seq. The explanatory memorandum of the new Turkish legislation no 7518 refers to the same classification. See the Parliament’s Commission Report 8.

¹¹ The Court of Justice of the EU (CJEU) ruled that a crypto-currency is “a contractual means of payment” in a tax-related case (Case 264/14 *Skatteverket v David Hedqvist* [2015], para 42). In the EU, if a payment token satisfies the test for e-money (i.e., in broad terms, if the issuer of a payment token is identifiable and token gives a redemption right against that issuer), it can be considered e-money (see European Banking Authority (EBA), ‘Report with advice for the European Commission on crypto-assets’ (2019) <<https://www.eba.europa.eu>> 13.

functions of money, i.e., unit of account, means of exchange and store of value.

If crypto-assets give some participatory rights to their holders, e.g., to profit or management, or represent another asset or claim against the issuer based on indebtedness, they are classified as investment tokens.¹² Decentralised Autonomous Organisation (DAO) tokens are examples of such tokens as they give their holders a right to participate in the governance of an organisation, albeit a virtual one. Although such tokens are more likely to be qualified as a security, the outcome of an analysis may change from one jurisdiction to another.

Utility tokens, as the final category, can serve several functions. Generally, they either give access to software or work as a loyalty card, e.g., help users to benefit from some promotions or other advantages. Filecoin, which gives its holders access to data storage or fan tokens is an example.¹³

A token may not always easily fit into one of these archetypes. For example, even the crypto-asset with the biggest market share, i.e. bitcoin, which is generally associated with payment tokens in literature, is usually traded for speculative purposes in practice, rather than being used as a medium of exchange.¹⁴ Additionally, there are cases where the whitepaper does not assign any functions to the crypto-asset at all, and in this case, they might not belong to any of the above categories.¹⁵ Although classifying crypto-assets strictly according to a pre-defined taxonomy is not an easy task, broadly speaking, the type of crypto-assets that this study deals with are investment tokens.

1.3. OUTLINE OF THE PAPER

This study identifies the rules relevant to our research question, i.e. when crypto-assets qualify as securities, in Turkish securities law and interprets them through literal and purposive methods.¹⁶ The primary legislation reviewed for this purpose, i.e. the Capital Markets Law no 6362 (the CML), is based on the EU *acquis* as a part of Turkey's accession negotiations and has most recently been amended by Law no 7518 (hereinafter "the New

¹² Hacker and Thomale (n 10) 652-653; ESMA (n 1) 43; di Mascio (n 10) 109-11; Philipp Maume and Mathias Fromberger, 'Regulation of Initial Coin Offerings: Reconciling U.S. and E.U. Securities Laws' (2019) 19 *CJIL* 548, 559.

¹³ Hacker and Thomale (n 10) 652-653; ESMA (n 1) 43; di Mascio (n 10) 111-2; Maume and Fromberger (n 12) 560.

¹⁴ Dirk G. Baur, KiHoon Hong and Adrian D. Lee, 'Bitcoin: Medium of exchange or speculative assets?' (2018) 54 *JIFMIM* 177, 187.

¹⁵ These are likely to be Ponzi schemes. Also note that due to these grey areas, the functionality of this taxonomy is also debated. See Jason Grant Allen and Rosa María Lastra, 'Towards a European Governance Framework for Cryptoassets' (November 2019) 10 *SUERF* <<https://www.suerf.org/policynotes/7839/towards-a-european-governance-framework-for-cryptoassets>> accessed 23 December 2025. Explanatory memorandum of the new Turkish legislation acknowledges this possibility and leaves offerings of such crypto-assets that do not have an associated project out of its scope.

¹⁶ Turkish Civil Code (TCC) Article 1 establishes that the law is applied with its letter and spirit. For literal, historical and purposive interpretation methods see Sururi Aktaş, 'Hukukta Yorum Çabaları' [Interpretative Efforts in Law] 15 *EÜHFD* (2011) 1, 14-17; Asım Kaya, 'Amaçsal Yorum' 4 *ABD* (2014) 363, 367-68.

Law”).¹⁷ Similarly, the UK securities law is also in line with the EU legislation regarding its definition of securities. Considering the fact that the parliamentary intention in Turkey was the alignment of law with the EU *acquis*, EU and UK laws are especially relevant in the Turkish context from a purposive interpretation perspective.

The CML also contains the term “investment contract”, seemingly adopted from the US law, for which the legislative text does not assign a definition or purpose. For this reason, how and when the federal US law evaluates crypto-assets as “investment contracts” also matters in the context of Turkish law. From this perspective, the analysis of the US law will give insights into how Turkish securities law can be enforced for activities involving crypto-assets within the spectrum of possible regulatory or supervisory policies.

The rest of this paper is structured as follows: The next section gives a brief literature review, followed by analyses on the application of securities regulation to crypto-assets in EU, UK and US laws. The subsequent section discusses the elements that constitute a security in Turkish law and identifies the criteria for the applicability of these rules in the crypto-assets context. The final section before the conclusion provides a review of new amendments in Turkish legislation. In the conclusion, policy options of Turkish law in relation to enforcing capital markets rules against crypto-assets are briefly identified with reference to comparative law.

2. LITERATURE REVIEW

This section summarises some of the studies addressing the specific question of the applicability of securities regulations to crypto-assets in the broader literature on the regulatory treatment of crypto-assets. Most of the research identified focuses on the US and EU jurisdictions and their findings are mainly overlapping.

The EU’s European Securities and Markets Authority (ESMA) published its advice on initial coin offerings (ICOs) and crypto-assets in 2019, which is based on a survey conducted across national competent authorities (NCAs). According to its findings, a one-size-fits-all approach is inapplicable for the legal qualification of crypto-assets and each case should be assessed independently.¹⁸ After highlighting the discrepancies in the definitions of financial instruments across member states due to their different approaches to transposition of the relevant of MiFID II¹⁹ rules into the national laws, ESMA’s paper concludes that certain types of crypto assets can be qualified as financial instruments in most EU jurisdictions. This is especially the case if the crypto-asset carries profit rights with or without ownership or governance rights attached, while also satisfying other criteria set by the definition of

¹⁷ Capital Markets Law no. 6362, Official Gazette, Date: 30 December 2012 No: 28415. Law no. 7518 amending the Capital Markets Law, Official Gazette, Date: 2 July 2024 No: 32590. Ministry of Foreign Affairs Directorate for EU Affairs, ‘6) Company Law’ (30 September 2019) <https://www.ab.gov.tr/6-company-law_71_en.html> accessed 23 December 2025.

¹⁸ ESMA (n 1) 4.

¹⁹ EU Directive 2014/65 on markets in financial instruments.

transferable security.²⁰

In the UK, the findings of the Financial Conduct Authority (FCA) coincide with the ESMA survey's outcomes. After making a distinction between exchange, security and utility tokens, the FCA notes that provisions regarding specified investments²¹ under the Regulated Activities Order (RAO) may be relevant for crypto-assets, depending on an individual assessment.²² According to the FCA, when tokens give rights similar to shares, such as voting, dividends or liquidation rights, they may be treated as securities. Alternatively, a token may be treated as another investment, e.g. a debenture, when it is legally not capable of being treated as a share because, for example, the issuing entity is unincorporated.²³ The FCA notes that if a token represents indebtedness and is negotiable on the capital markets, it is likely to be treated as a transferable security under MiFID II as well.²⁴ The FCA also provides an indicative list of the rules that may apply, which covers prospectus and disclosure, anti-money laundering and permission requirements, among other things.²⁵

There is another group of studies which compares the EU and US approaches. Hacker and Thomale, for example, use the same tripartite categorisation referred above and they find that investment tokens can fulfil the definition of transferable securities in the EU, if they are transferable, negotiable on the capital markets, standardised and comparable to debt or equity instruments.²⁶ Their assessment of the US position discusses the *Howey* test. This test is aligned with the EU's transferable security definition in general terms of treating investment tokens as securities. However, the authors note that utility tokens can potentially be considered as securities based on the *Howey* test "if the promoters raise profit expectations", which may not be the case when the MiFID is applied.²⁷

Another study by Fromberger and Maume also compares how EU and US securities regulations apply to the ICOs. They find that treatments in the two jurisdictions are highly compatible with each other.²⁸ These authors argue that being comparable to stocks or bonds is an automatic result if other criteria of the test are satisfied, rather than an additional criterion.²⁹ Although the authors affirm that a simple expectation of profit based on the increase in value of a token is not enough to make it a security in EU law, they argue that

²⁰ ESMA (n 1) 20. For a study that provides a landscape of the EU regulations applicable to different categories of crypto-assets see Valeria Ferrari, 'The Regulation of Crypto-Assets in the EU - Investment and Payment Tokens under the Radar' 27 *MJECL* (2020) 353.

²¹ FCA (n 1) 41-5. The FCA notes that even if a token lacks some characteristics of a transferable security under MiFID, e.g., transferability, it may still qualify as another specified investment under RAO. The statement provides that definitions of other investments are also capable of being applied. These include warrants, certificates representing certain securities, UCITS, rights and interests in investments, derivatives referencing tokens.

²² *ibid* 15-7.

²³ *ibid* 41.

²⁴ *ibid* 42-3.

²⁵ The statement provides an indicative list of applicable rules too. *ibid* 47-48.

²⁶ Hacker and Thomale (n 10) 663-87.

²⁷ *ibid* 661, 686-7.

²⁸ Maume and Fromberger (n 12) 584-5.

²⁹ *ibid* 576-7, 583-4.

some utility tokens that give membership rights to their holders are also capable of being transferable securities.³⁰ According to this study, the borderline between the approaches of two jurisdictions is drawn by the degree of transferability. While EU law requires ultimate transferability (negotiability) on the capital markets, which connotes a condition of ‘no lockup’ for securities, this is not necessary for the US. In other words, the authors assert that if the token in question has a permanent lockup function, it cannot be a transferable security in terms of MiFID, but it may still satisfy the *Howey* test.³¹

In the US, commodities and securities regulations are effectively used side by side in the crypto context. A review published by the Program on International Financial Systems (PIFS) also confirms that it is possible for a crypto-asset to be deemed as a security if it fulfils the *Howey* test. When it is security, the token’s issuance and intermediation as well as the market offences are within the SEC’s mandate.³² Moreover, any crypto-asset regardless of its functionality, e.g. bitcoin, can be treated as a commodity in the US.³³ If it is a commodity, the spot trading is not subject to any regulation apart from the market abuse rules but its derivative trading is regulated.³⁴ Di Mascio’s research reaches to the same conclusion on the US regulatory framework.³⁵

For Turkish law, Töremiş notes it is possible for crypto-assets to be assessed as securities if they represent shareholder rights or they are issued as securities akin-to-shares or as derivatives if they are traded in reference to the value of another instrument or precious metal.³⁶ In that case, if the respective obligations, e.g. publication and approval of a prospectus, are not complied with, sanctions may be applied by the Capital Markets Board (CMB).³⁷ However, the author also highlights that since it is mandatory for the capital markets instruments (CMI) to be registered in the Central Registry Agency (CRA), it is not legally possible to

³⁰ *ibid* 578.

³¹ *ibid* 574, 584-5.

³² PISE, ‘A Review of Cryptoasset Market Structure and Regulation in the United States’ (2023) <<https://www.pifsinternational.org>> accessed 23 December 2025, 28 et seq.

³³ *ibid* 26. There is a tension between the mandates of the CFTC and SEC. Gunjan D. Devnani, ‘Creating a Path to Regulation Digital Assets, Howey and the Regulatory Dilemma’ 27 NCBI (2023) <<https://scholarship.law.unc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1572&context=ncbi>> 399, 400-2; Heath Tarbert, Kenneth A. Blanco and Jay Clayton, ‘Leaders of CFTC, FinCEN, and SEC Issue Joint Statement on Activities Involving Digital Assets’ (11 October 2019) <<https://www.sec.gov>>; Memorandum to the House Financial Services Committee ‘The Future of Digital Assets: Providing Clarity for the Digital Asset Ecosystem’ (2023) 2 <<https://www.congress.gov/118/meeting/house/116085/documents/HHRG-118-BA00-20230613-SD002.pdf>> all accessed 23 December 2025.

³⁴ PISF (n 32) 26.

³⁵ di Mascio (n 10) 353-5.

³⁶ H. Ebru Töremiş, ‘Kripto Varlıklar ve Sermaye Piyasasında Düzenleme İhtiyacı’ [Crypto-assets and the Need for Regulation in Capital Markets] in *in Düzenleme Arayışı Çalıştayı 8-9 Temmuz 2021 (Orhan Çelik et al., eds.) (The Research Institute of Banking and Commercial Law 2022)* (The Research Institute of Banking and Commercial Law 2022) 155, 162.

³⁷ *ibid*.

issue security tokens in Turkey without any legislative change.³⁸

Tevetoğlu draws attention to the CMB's broad discretionary powers for determining the scope of commodities and CMI.³⁹ The author underlines the existence of the CMB's press release concerning the potential applicability of securities rules to crypto-assets based on an individual assessment.⁴⁰ According to this study, if a crypto-asset qualifies as a security, this has three important consequences. First, its public offering and relevant disclosures and second, its trading and intermediation activities will be subject to the CMB regulations. Finally, misconduct in its offering or trading may be subject to market abuse rules. Tevetoğlu also highlights the necessity of regulatory reform to clarify the rules applicable to the crypto-asset service providers (CASPs), which was carried out later in July with amendments to the CMI.⁴¹

Lastly, Çetin argues that securities can only be of three categories: stocks, akin-to-stocks, or bonds.⁴² Crypto-assets cannot be of the first category since joint stock company shares cannot be issued as crypto-assets. The second category is also not applicable, because for a category of instrument to be classified as 'securities akin-to-stocks', it needs to be listed by CMB as such. Based on CMB's communiques, only securities issued by joint stock companies to distribute profits can be 'securities akin-to-stocks', and crypto-assets that are issued to distribute profits do not satisfy the procedural requirements in the Turkish Commercial Code to give profit distribution rights to their holders. Finally, the problem with classifying crypto-assets that are debt instruments as bonds in the context of capital markets law is the technical impossibility of registering them at CRA.⁴³

³⁸ *ibid* 163. The New Law remediated this issue. See CML amended Article 13 paragraph 1. CRA published a secondary instrument for its implementation. See Crypto Asset Center Registration System Operation and Transaction Rules Directive (Kripto Varlık Merkezi Kayıt Sistemi İş ve İşlem Kuralları Yönergesi).

³⁹ Mete Tevetoğlu, *Hukuki Yönleriyle Kripto Varlıklar ve Kripto Varlıkların İlk Arzı* [Legal Aspects of Crypto-assets and Initial Crypto-asset Offering] (Aristo 2021), 137. The CML Art. 3 (1) (ş) and (u).

⁴⁰ *ibid* 137 n 209.

⁴¹ *ibid* 150. There are also other views on Turkish literature. For example, Demirtaş argues that the CMB can use investment contracts to enforce capital markets law against investment tokens (Ahmet Akif Demirtaş, *Kripto Varlıkların Sermaye Piyasası Hukuku Açısından Değerlendirilmesi* [An Assessment of Crypto-assets from the Perspective of Capital Markets Law] (Seçkin 2022), 219-21). Demirtaş and another study refer to the Central Bank's regulation about the prohibition of crypto-assets use in the payment services to conclude that crypto-assets cannot be securities under Turkish law (*ibid* 187, 214; Rabia Üzümcü and Yasin Yıldırım, *Kripto Paraların Hukuki Statüleri ve Sözleşmeler İçerisindeki Yerleri* [Legal Status of Crypto-currencies and Their Place in Contracts] 13 Süleyman Demirel Üniversitesi Vizyoner Dergisi (2022) 271, 279). We do not concur with this approach. The Central Bank in Turkey has no mandate on the regulation of securities. So, the definition in the relevant regulation should be interpreted to determine the scope of application of that specific instrument (payment services), which does not include security tokens (in the same vein see Töremiş (n 36) 162; Tevetoğlu (n 39) 139-140). Turanboy also asserts that crypto-assets cannot qualify as securities but only based on her analysis of crypto-currencies (not security tokens), Asuman Turanboy, 'Kripto Paraların Ortaya Çıkmaları ve Hukuki Nitelikleri' [The Emergence and Legal Characteristics of Cryptocurrencies] 35 *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 47 <<https://www.jurix.com.tr/article/19959>> accessed 23 December 2025.

⁴² Müge Çetin, *Sermaye Piyasası Hukuku Bakımından Kripto Varlıklar* [Crypto-assets from the Perspective of Capital Markets Law] (On İki Levha 2023), 169-181.

⁴³ See n 38.

3. COMPARATIVE LAW

3.1. EU AND UK APPROACHES

MiFID II defines financial instruments to encompass transferable securities, money market instruments, UCITS, derivatives and emission allowances.⁴⁴ A transferable security must be:

- (1) Of classes,
- (2) Negotiable on the capital market,
- (3) Non-payment instrument, and
- (4) Comparable with shares or debt instruments.⁴⁵

The first element of this list means standardisation. Standardisation entails ‘fungibility’, i.e. the interchangeability of instruments from the same class, e.g. of shares.⁴⁶ The idea behind standardisation is that (1) terms of the securities should not be individually negotiated and (2) they ought to be easily tradable on the capital markets.⁴⁷ If they were not standard, the price for each single security would be discussed separately, which would hamper price formation in the capital markets.

Negotiability is the ease of transfer of ownership.⁴⁸ Transfer is the legally effectuated transfer of title that can be claimed against third parties.⁴⁹ Altogether, the requirement of being “negotiable on the capital markets” means that the instrument needs to be capable of being traded on a market venue.⁵⁰ Since most crypto-assets are practically exchanged on trading platforms, the negotiability on the capital markets criterion is usually met. So, in principle, unless transferability is subject to restrictions such as permanent lock-ups, the criterion is satisfied.⁵¹ ESMA’s survey to NCAs for five prototypes of crypto-assets also revealed that crypto-assets were generally found to have satisfied the standardisation and negotiability requirements.⁵²

The ESMA survey notes that NCAs approach the third limb of the MiFID II Article 4 (1) (44) test in two different ways. Some member states have their own definition of an

⁴⁴ Article 4 (1) (15), Annex I C.

⁴⁵ Article 4 (44). There is a controversy over whether the fourth component, i.e. comparability with shares or debentures, is a separate criterion (Dmitri Boreiko, Guido Ferrarini and Paolo Giudici, ‘Blockchain Startups and Prospectus Regulation’ (Oxford Business Law Blog, 3 February 2020) <<https://blogs.law.ox.ac.uk>> accessed 23 December 2025; Fromberger (n 12) 582-3; ESMA, Legal qualification of crypto-assets – survey to NCAs (2019) <<https://www.esma.europa.eu>> accessed 23 December 2025, 8.

⁴⁶ Hacker and Thomale (n 10) 667, n 114; di Mascio (n 10) 99; Maume and Fromberger (n 12) 580.

⁴⁷ Hacker and Thomale (n 10) 667-668; Maume and Fromberger (n 12) 580; Ferrari (n 20) 332.

⁴⁸ Hacker and Thomale (n 10) 664; Maume and Fromberger (n 12); ESMA (n 45) 6-7.

⁴⁹ Maume and Fromberger (n 12) 579-580.

⁵⁰ ESMA notes that an EU jurisdiction includes systematic internalisation as a type of capital market too (n 45) 7. Hacker and Thomale (n 10) 665.

⁵¹ Hacker and Thomale (n 10) 666; ESMA notes that temporary lockup functions do not deprive the crypto-asset from being negotiable (n 45) 6).

⁵² *ibid* 5, 7.

instrument of payment, which is derived from Payment Services Directive⁵³ Article (1) (14), whereas others do not provide an exhaustive list but understand it in a way that covers instruments, which would otherwise be securities but are used for payment purposes.⁵⁴ Most NCAs agreed that crypto-assets should serve a payment function in order to be instruments of payment. Some also pointed out that payment should be its sole purpose for the crypto-asset to be an instrument of payment.⁵⁵ Some commentators also agree that this exception for instruments of payment will only apply to pure payment tokens.⁵⁶

Finally, some authors argue that the definition in Article (4) (1) (44) is underpinned by the *eiusdem generis* method. According to these scholars, new instruments satisfying other conditions should also be comparable to the examples mentioned in this provision, namely shares and debt instruments, to be securities.⁵⁷ So, if tokens are functionally comparable to traditional securities and they give rise to similar regulatory concerns, the respective rules should apply too.⁵⁸ Another study asserts that if the test contained in this provision is applied correctly, the qualifying instrument shall automatically be functionally comparable to shares and debentures.⁵⁹ The ESMA survey also reveals the existence of divergent approaches among NCAs on whether to apply the comparability condition as a part of the transferable security test.⁶⁰

As a final remark on EU law, as noted above, pure utility tokens are not transferable securities under the MiFID framework as a rule.⁶¹ This finding of the literature is also confirmed by the results of the ESMA survey.⁶²

In the UK, s 22 of the Financial Services and Markets Act 2000 (FSMA) provides that activities on investments specified by the Treasury are regulated if they are carried on by way of business.⁶³ The Regulated Activities Order provides what such specified investments are in Part III. The list in Part III comprises shares and similar instruments as well as instruments creating or acknowledging indebtedness, derivative contracts, emission allowances and UCITS. Therefore, the list includes what is defined by the MiFID II as financial instruments, but goes beyond that.⁶⁴

Given the overlapping regulatory frameworks of the EU and UK, the FCA's policy statement has unsurprisingly affirmed that, if either a right to ownership and control or

⁵³ Directive 2015/2366 on payment services in the internal market.

⁵⁴ *ibid* 11.

⁵⁵ *ibid* 12.

⁵⁶ Maume and Fromberger (n 12) 582.

⁵⁷ Hacker and Thomale (n 10) 669-670; for a contrary view see: Boreiko, et al. (n 45).

⁵⁸ Hacker and Thomale (n 10) 670; ESMA (n 48) 8, 10; Ferrari (n 25) 332.

⁵⁹ Maume and Fromberger (n 12), 583.

⁶⁰ n 71.

⁶¹ Maume and Fromberger (n 12) 577-8, Hacker and Thomale (n 10) 686.

⁶² ESMA (n 45) 6.

⁶³ FSMA (2023) section 69 clarifies that the fact that subject-matter right, asset or interest is based on or represented by crypto-asset technology does not disqualify an activity from being a regulated activity.

⁶⁴ FCA (n 1) Appendix 2.

indebtedness is attached to a token and it is transferable on the capital markets, that token is capable of being treated as a security.⁶⁵ However, in the UK regime, unlike the EU, even if a token is not transferable, it can still fall under other types of specified investment.⁶⁶ In this regard, the FCA declares in its policy statement that tokens are capable of being treated as any specified investment, regardless of the technology underneath, given they satisfy the legal definition. A detailed analysis of each of these instruments is out of the scope of this study.

In conclusion, as regards the EU and UK regulatory regimes, the test to be applied can be summarised as follows: If there is an identifiable issuer, towards whom crypto-asset holders can claim creditorship or shareholder rights, provided that those crypto-assets are also negotiable on capital markets, they will qualify as transferable securities. However, it should be noted that there might be nuances for this test from one member state to another, due to the differences in transposition of the MiFID definition into the domestic law. Many crypto-assets do not entirely satisfy these criteria.⁶⁷

3.2. US APPROACH

In the US, the definition of a security in the Securities Act of 1933 section 2 (a) (1) covers investment contracts in addition to typical securities. Investment contracts are instrumentalised to protect public money. Again, putting substance over form, the definitions are intentionally adaptable to be enforceable against new schemes that are “devised by those who seek the use of the money of others on the promise of profits.”⁶⁸ In this respect, the availability of investment contracts makes US securities law more prepared to intervene against any entrepreneurial initiatives collecting people’s money with a profit promise, including through crypto-assets.

The Supreme Court’s decision in *SEC v Howey* provides the classical test of investment contract, known as the *Howey* test. It is comprised of four elements: (1) investment of money, (2) in a common enterprise, (3) with expectation of profits, (4) from the managerial or entrepreneurial efforts of others. The SEC uses the *Howey* test to determine if a crypto-asset falls under its enforcement powers.⁶⁹ Especially starting from 2017, its decisions elaborated the criteria to be applied when interpreting the *Howey* test in the crypto-context, although the true extent of it is still under debate.⁷⁰

⁶⁵ *ibid* 41-3.

⁶⁶ *ibid* 41. FCA provides an indicative list of applicable rules too. *ibid* 47-8.

⁶⁷ However, this ‘transferable security’ test is not definitive when assessing the applicability of the MiFID framework to crypto-assets since UCITS, derivatives or, in the context of the UK regulations, other specified investments should also be considered.

⁶⁸ *SEC v W. J. Howey Co. et al.* 328 US 293 (1946), para 11.

⁶⁹ Devnani (n 33) 405-7; Rohr and Wright (n 95) 487-8; di Mascio (n 10) 309-11; Hester M. Peirce, ‘How We Howey’ (SEC, 9 May 2019) <<https://www.sec.gov/news/speech/peirce-how-we-howey-050919>> accessed 23 December 2025.

⁷⁰ Devnani (n 33) 411; Rohr and Wright (n 95) 512-5; José M. Garrido, Digital Tokens: A Legal Perspective (IMF WP/23/151, 2023) <<https://www.imf.org>>, 43-5; Carol Goforth, ‘Critiquing the SEC’s Ongoing Efforts to Regulate Crypto Exchanges’ (2023) 14 *Wm & Mary Bus L Rev* 305, 346-7; Carol Goforth, ‘Cinderella’s Slipper: A Better Approach to Regulating Cryptoassets as Securities’ (2021) 17 *HBLJ* 271, 290-1; Matt Levine, ‘Ripple Is a Security and It Isn’t’ Bloomberg (14 July 2023) <<https://www.bloomberg.com>> all accessed 23 December 2025.

The SEC enforcement actions against Slock.it (on the DAO token) and Block.one (on EOS token) are relevant to our analysis since it analyses applicability of securities regulations to the tokens in question. In the case of the DAO, the DAO token would give its holders voting rights for the projects that would be financed through a pool of funds raised by a public offering. Additionally, the DAO token holders would be entitled to rewards. Although purportedly decentralised, the DAO arrangement involved curators who had significant decision-making powers, e.g. whether a proposal should be put to a vote.⁷¹ The SEC found that the success of this enterprise significantly relied on the efforts of others, i.e. Slock.it and the DAO's curators.⁷² Moreover, the voting rights of the DAO token holders were not at a level to assert "meaningful control".⁷³ Therefore, highlighting these two aspects that indicate insufficient decentralisation of decision making, the SEC concluded that the *Howey* test was met in this case. Although it differs from one member state to another, it is likely that the DAO token also meets the transferable security definition of MiFID II, at least in some of the EU jurisdictions.⁷⁴

In the case of EOS, this crypto-asset in question was different from the DAO in terms of its functionality. Its issuer, Block.one, promised to develop a new blockchain software, EOSIO, to increase the efficiency of transactions. Proceeds of the token sale would pay for the costs of developing this software. Tokens were sold through an initial offering from 2017 to 2018, a period during which tokens were transferable on the Ethereum blockchain.⁷⁵ When the software became operational in 2018, as declared on the whitepaper, tokens would become "fixed and nontransferable".⁷⁶ Token holders, then, became entitled to EOS tokens on the newly built EOSIO blockchain, based on the snapshot of their holdings on the Ethereum blockchain when they were fixed.⁷⁷ The SEC decided in this case that investors had reasonable expectations of profit from the efforts of Block.one, through the development of the EOSIO software.⁷⁸ This is an example of how the laws in the EU and the US can produce different outcomes. The sale of tokens to produce software may not be a security offering in the European context if those tokens do not carry a share or debt-like claim against the issuer.⁷⁹

⁷¹ SEC Report of Investigation against the DAO (Release No 81207, 25 July 2017) <<https://www.sec.gov>> accessed 23 December 2025, 6-8.

⁷² *ibid* 12.

⁷³ *ibid* 15.

⁷⁴ Philipp Hacker and Chris Thomale, '12 The Crypto-Security: Initial Coin Offerings and EU Securities Regulation' (eds. Philipp Hacker et al. OUP 2019) <<https://academic.oup.com/book/36505/chapter/321224511>> accessed 23 December 2025.

⁷⁵ SEC Cease and Desist Order against Block.one (Release no 10714, 30 September 2019) <<https://www.sec.gov>> accessed 23 December 2025, 2.

⁷⁶ *ibid* 3.

⁷⁷ *ibid*.

⁷⁸ *ibid* 5. This case resulted in a class action settlement. Amended Stipulation of Settlement *Williams, et al. v Block.one, et al.* (28 March 2023) SDNY 1:20-cv-2809-LAK <<https://casetext.com/case/williams-v-block-one-1>> paras 2-6; Block.one Settlement, <<https://www.blockone-settlement.com>> all accessed 23 December 2025.

⁷⁹ SEC (n 1). The *Howey* test can be met even if the underlying token does not carry characteristics of a typical security, such as a share or bond.

Gram, a utility token, was another example of an investment contract, which could not be deemed as a security under EU law. On this occasion, Telegram proposed to sell Gram tokens, produced for in-app purchases for the messaging app, Telegram. Sale proceeds would meet operational costs of Telegram and developing TON, the underlying blockchain software.⁸⁰ There were two phases of Gram issuance, which, according to Telegram's argument, were independent from each other, but not so according to the SEC. The first phase took place before the TON blockchain became operational, during which period Grams were not transferable. At that stage, Telegram sold interests in the future Grams (subject to lockup provisions) to the initial investors through a Single Agreement for Future Tokens (SAFT). Parties did not dispute that these purchases were subject to securities law. But according to Telegram, they were subject to a private placement exemption.⁸¹ Later, when the TON blockchain was launched, the argument is that tradable Grams became commodities usable for in-app payments.

The SEC was not convinced by this argument. It interpreted the first phase of the process as an "underwriting" that would soon tie to the public offering of Grams.⁸² According to the SEC's argument, tokens that formed investment contracts at the beginning of the issuance process cannot later change their nature and become a commodity with the launch of TON.⁸³ In conformity with the SEC's characterisation of the process, the District Court highlighted the fact that initial investors anticipated Telegram's efforts to increase the value of Grams would continue post-launch, and it concluded that this affected investment contracts on Grams beyond the lockup period.⁸⁴

The recent judgment of a US District Court on the XRP token reached a different conclusion.⁸⁵ In this case, Ripple created XRP tokens to facilitate cross-border payments. The claim was that the XRP would enable payments and settlements as a digital asset, deriving its value from the speculative trading transactions carried out on crypto-markets.⁸⁶ Ripple has made three different categories of distributions: programmatic and institutional sales, and other distributions. Programmatic sales were made to retail investors indirectly

⁸⁰ Before Gram, the SEC has clarified that utility tokens that can be used for in-app purchases can satisfy the Howey test in the Munchee Cease-and-Desist Order. Turnkey Jet No Action Letter provided further guidance according to which a utility token issuance would not fall within the securities laws if the project was completed and operational, the tokens were ready to be immediately used for their intended purpose, tokens were not transferable outside the platform of intended functionality, they were sold and redeemed at a stable value and marketed in a way that emphasises its utility, rather than speculative value. Goforth (n 70) 288-90; SEC No Action Letter to TurnKey Jet Inc (3 April 2019) <<https://www.sec.gov>> accessed 23 December 2025; Cease-and-Desist Order against Munchee Inc. (Release No 10445, 11 December 2017) <<https://www.sec.gov>> accessed 23 December 2025, 9.

⁸¹ Goforth (n 70) 292; *SEC v Telegram Group Inc et al.* (3 January 2020) SDNY 19 Civ 9439 <<https://law.justia.com>> accessed 23 December 2025, 17.

⁸² *SEC v Telegram Group Inc et al.* 1-2.

⁸³ *SEC v Telegram Group Inc et al.* 13-14.

⁸⁴ *SEC v Telegram Group Inc et al.* 37-38, 40; Goforth (n 72) 292.

⁸⁵ *SEC v Ripple Labs Inc, et al.* (13 July 2023) SDNY 20 Civ 10832 (AT) <<https://www.nysd.uscourts.gov>> accessed 23 December 2025.

⁸⁶ SEC Complaint in *SEC v Ripple Labs Inc, et al.* SDNY 20 Civ 10832 (AT) <<https://www.sec.gov>> accessed 23 December 2025, 12.

by algorithmic trading and specialised firms.⁸⁷ Institutional sales were made with specific contracts to business buyers.⁸⁸ Other distributions were made to third parties, e.g., executives and employees, as a way of compensation.⁸⁹ Both institutional buyers and recipients of other distributions were anticipating reselling their XRPs in the secondary markets.

According to the SEC, Ripple actively persuaded investors that it would “create a use for XRP and bring demand and value to their common enterprise” and made effective efforts to fulfil this promise.⁹⁰ Additionally, the undertaking of creating a digital asset used as a means of exchange was not yet performed at the time of sales, nor was XRP a currency under federal laws, which would exempt it from securities laws.⁹¹ For these reasons, XRP was treated as a security by the SEC.

The court, however, decided that the transactions in the programmatic sales, where buyers and sellers trade without being aware of the counterparty’s identity, were not investment contracts, because investors did not know where they put their money to reasonably expect profits from certain third parties’ efforts.⁹² These buyers of XRP were purchasing an asset with an expectation of profit from value increase, just as in any other commodity sale, the argument goes. Other distributions also failed the test, according to the court, because there was no investment of money.⁹³ However, the institutional buyers knew that they were buying XRPs from the defendant company and expecting to benefit from its efforts as part of their contract.⁹⁴ So, in this last category of sales, the court found that an investment contract was entered into between the parties. The conclusion of this ruling, in the sense that an investment contract can change its character in the secondary markets, seems incompatible with the abovementioned Telegram judgment, in which the SEC’s action was upheld by the same District Court.

These examples demonstrate that the scope of the US securities law extends beyond investment tokens. Payment or utility tokens can be treated as securities under the *Howey* test, depending on an individual assessment.⁹⁵ The SEC clarified the indicators of such an assessment in its framework paper. The framework notes that the *Howey* test is applied based on “circumstances surrounding” the digital asset, including the way it is “offered, sold and resold.”⁹⁶ It asserts that the third and fourth limbs of the *Howey* test lie at the heart of

⁸⁷ *ibid* paras 91-94.

⁸⁸ *ibid* 18-19.

⁸⁹ *ibid* 20 et seq.

⁹⁰ *ibid* paras 216, 247.

⁹¹ *ibid* para 332.

⁹² *ibid* 23.

⁹³ *SEC v Ripple Labs Inc, et al.* (n 85) 26-27.

⁹⁴ *SEC v Ripple Labs Inc, et al.* (n 85) 25.

⁹⁵ Jonathan Rohr and Aaron Wright, ‘Blockchain-Based Token Sales, Initial Coin Offerings, and the New Age of Digital Securities’ (2019) 70 *Hastings L J* 463, 467-8, 486, 516-9. For other relevant decisions see SEC, ‘Crypto Assets and Cyber Enforcement Actions’ <<https://www.sec.gov>> accessed 23 December 2025.

⁹⁶ See SEC n 1.

analysis.⁹⁷ The paper mentions a broad list of indicators which can be summarised by the following questions:

- Did promoters of the project undertake responsibility for its completion and success?
- Was the token marketed in such a way that the investors believed that they would make profit? (e.g., that the promoter was going to work towards increasing the token's value, the token is or would become tradable)
- Was the underlying incentive of the purchase consumption or investment? (e.g., the proportionality between the market value and amount of the utility token with that of underlying goods or services)
- Was the project operational at the time of the sale or was it promised to be built in the future?⁹⁸

Overall, US securities regulations cover almost any crypto-asset project that can be associated with an identifiable promoter and promises functionality that has not been realised at the time of sale. This is different from the European approach, which focus on the rights embodied in the relevant instrument. The next chapter discusses Turkish law's standpoint, and the conclusion compares it with the EU and US.

4. TREATMENT OF CRYPTO-ASSETS UNDER TURKISH SECURITIES LAW

4.1. DEFINITIONS OF INSTRUMENTS

In Turkey, the CML as amended with the Law no 7518 defines crypto-assets as “intangible assets that can represent value or a right and that can be electronically created and stored on a distributed ledger or a similar technology and distributed on digital networks”.⁹⁹ CMIs are defined separately. The Capital Markets Law (CML) defines CMIs as securities, derivatives, investment contracts, and other instruments as determined by the CMB.¹⁰⁰ According to the Article 3 (1) (o) of the CML, securities are shares, securities akin-to-shares, debt instruments

⁹⁷ *ibid.*

⁹⁸ No Action Letter to Turnkey (n 80); Peirce (n 69).

⁹⁹ Article 3 (1) (bb).

¹⁰⁰ Article 3 (1) (§). Corresponds to the term financial instruments in MiFID context. This is a non-exhaustive list, as the CMB can determine further instruments as CMIs. Amended Article 3 (1) (bb) of the CML define crypto-assets separately from the CMI, rather than a sub-category of it. On the other hand, both the New Law's explanatory memorandum and Article 35/B of the amended CML acknowledges the possibility that crypto-assets can satisfy the definition of CMI.

and asset- or income-based securities and their depository receipts.¹⁰¹ The previous CML no 2499 had provided a definition of security, according to which a security needed to be standardised, fungible, negotiable and representing a creditorship or partnership claim.¹⁰² Commentators note that the list in Article 3 (1) (ş) can only be extended using the *eiusdem generis* method, and they refer to these criteria mentioned in the previous CML while assessing whether an instrument is a security in Turkish law.¹⁰³

In domestic issuances, only the shares of a Turkish joint stock company can qualify as a security.¹⁰⁴ This ensures fungibility and negotiability of the shares on capital markets.¹⁰⁵ Foreign issuers are non-Turkish resident companies, institutions or organisations issuing CMI according to the law applicable in the relevant state.¹⁰⁶ For shares, whether a foreign share is lawfully issued and gives partnership rights in such companies is determined according to the laws of the place where they are located.¹⁰⁷

Debt instruments are mainly bonds, commercial papers or convertible bonds. In addition to these typical debt instruments, the CMB has the power to designate new categories upon request, taking the underlying instruments' nature into account.¹⁰⁸ Debt instruments can only be issued by legal entities.¹⁰⁹ Foreign debt instruments can be issued by companies, institutions, organisations, governments and municipal authorities residing abroad.¹¹⁰

¹⁰¹ Securities that are akin-to-shares do not have to be represented in the capital, but they should also contain a shareholder right. The CMB can designate them upon request or through its regulations. Share Communiqué Article 47. An example of such securities akin-to-shares are usufruct shares. These instruments may give holders one of the rights to participate in dividends or liquidation value as well as pre-emption rights on new issuance of shares. Share Communiqué Article 4 (k), 36. Like the shares, usufruct shares (intifa senetleri) must be issued by a joint stock company to qualify as a security (Shares Communiqué Art 4 (o) and Turkish Commercial Code 503). However, Yanlı argues that usufruct shares of limited liability companies can be one of the other CMI (n 104).

¹⁰² Article 3 (1) (b).

¹⁰³ Tekin Memiş and Gökçen Turan, *Sermaye Piyasası Hukuku* [Capital Market Law] (Seçkin 2022) 60; Burak Adıgüzel, '6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nda Sermaye Piyasası Aracı Kavramı' [CMI in the Capital Market Law no 6362] 3 TFM (2017) 1, 3; Mehmet Bahtiyar, *Sermaye Piyasası Hukukuna Giriş* [Introduction to the Capital Market Law] (Beta 2019), 8-9; Turanboy (n 41).

¹⁰⁴ Communiqué no VII-128.1 on Shares Article 4 (1) (o). The last sentence of the CML Article 2 provides that share issuance of the private joint stock companies is excluded from its scope. Veliye Yanlı, 'Sermaye Piyasası Aracı ve Yatırım Sözleşmeleri Kavramı' [Capital Market Instrument and Investment Contracts] 32 Batider (2016) <<https://jurix.com.tr/article/5162>> accessed 23 December 2025 5. Also see Cetin, (n 42) 169-181.

¹⁰⁵ Turkish Commercial Code Article 390, 491-8. Even for crowdfunding process, the issuer limited liability company is required to transform into a joint stock company before the allotment of corresponding shares. See Communiqué no III-35/A.2 on Crowdfunding Articles 4 (1) (g)-(ğ), 11 (3) (c), 16-17.

¹⁰⁶ Communiqué no VII-128.4 on Foreign CMI and Depository Certificates and Foreign Investment Funds (Foreign CMI) Article 4 (1) (p). For a comment on MiFID II's use of the terminology 'companies, partnerships or other entities' see 'C. Shares et al.: the equity security' in Hacker and Thomale (n 74).

¹⁰⁷ Foreign CMI Communiqué Article 4 (1) (r).

¹⁰⁸ Communiqué no VII-128.8 on Debt Securities Article 3 (1) (c); CML Article 34.

¹⁰⁹ Communiqué on Debt Securities Article 3 (1) (d) and (l).

¹¹⁰ Above n 104-5. If the legal entity has no legal residence (domicile) in Turkey, it is deemed as residing abroad. See Decree no 32 on the Protection of the Value of Turkish Currency Article 2 (b) and (c). Turkish Civil Code Article 51 provides that the domicile of a legal entity is its place of management, unless provided otherwise in their articles of incorporation.

Investment contracts is mentioned as another separate category of CMI in the CML. However, the law does not define the concept.¹¹¹ In the absence of a court decision or CMB regulation, scholars refer to US law to explain the concept.¹¹²

Finally, the CMB has wide discretionary powers to designate new CMI categories to apply its regulations.¹¹³ The CMB is expected to use this power, taking the generic features of a security into account.¹¹⁴

4.2. PRIMARY AND SECONDARY MARKET ACTIVITIES

4.2.1. Primary Market Activities

A newly issued CMI can be initially sold through a public offering, or through private placement or sale to qualified investors.¹¹⁵ Public offerings and prospectuses to be used for such offerings are subject to the CMB approval. In a sale without a public offering, the issuance document must be submitted to the CMB for approval.¹¹⁶

Public offerings of foreign company shares are also subject to CMB approval if they target investors in Turkey.¹¹⁷ The CMB cannot approve initial sales of foreign shares that are not listed on Borsa Istanbul.¹¹⁸

Records of all CMI are centrally kept at the CRA. Prior to the New Law, this made it technically impossible for securities in the form of crypto-assets to be legally issued under Turkish law.¹¹⁹ With the New Law, creation and record keeping of securities on distributed ledgers through an integration with CRA is now possible.¹²⁰

¹¹¹ In the initial draft of the CML, there had been a provision giving the CMB the power to adopt rules applicable to “investment contracts that intend to raise funds for an enterprise through an open invitation by any medium” and the corresponding prospectus requirements. However, this provision was not ultimately adopted in the Parliament. As a result, the investment contract remained as a concept only mentioned by name in the adopted text without any further clarification. In the absence of a court decision or CMB regulation, scholars refer to US law to explain the concept. Grand National Assembly of Turkey, Draft CML and Report no 1/638 of the Planning and Budget Committee (337, 18 June 2012) 152, see Article 4 (6). Dissident opinions in the Committee Report note that the intention was to create a tool to fight against fraudulent investment schemes. They also suggest that such fraudulent schemes could be better addressed by consumer protection and criminal law regimes. *ibid* 48-50.

¹¹² Demirtaş (n 41) 163-5; Töremiş (n 36) 163-164; Yanlı (n 104) 28-29 (also refers to the risk capital tests); Adıgüzel (n 103) 6-7.

¹¹³ Memiş and Turan (n 103) 61 n 87; Tevetoğlu (n 39) 137. This can be thought comparable to the power granted in FSMA s 22 to the Treasury for defining specified investments with an order in the UK context.

¹¹⁴ The definition in the previous CML is helpful in this regard.

¹¹⁵ Communiqué no II-5.2 on Sales of CMI Articles 3 (1) (f), (g) and 6. Ömer Çollak and Ökkeş Şahan, ‘Equity Capital Markets in Turkey: Regulatory Overview’ (Thomson Reuters, 1 January 2022) <<https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/8-621-5745>> accessed 18 August 2023.

¹¹⁶ CML Article 11.

¹¹⁷ Communiqué on Foreign CMI Article 5, 7.

¹¹⁸ Communiqué on Foreign CMI Article 2 (1) (c), (ç). Çollak and Şahan (n 115) Q29.

¹¹⁹ The CML Article 13. Töremiş (n 36) 162-3; Tevetoğlu (n 39) 158-61; Turanboy (n 41).

¹²⁰ See n 38.

4.2.2. Secondary Market Activities

According to Turkish foreign exchange regulation, foreign CMI may be traded internationally through banks or other authorised intermediaries.¹²¹ Such intermediaries can engage in the following activities on CMI: the transmission and reception of orders, execution of orders, dealing on own account, portfolio management, investment advice, underwriting, placing, operation of multilateral trading facilities or other regulated marketplaces, custody services and other services determined by the CMB.¹²² If those services are performed by way of business in Türkiye, they require authorisation.¹²³

If a non-resident entity providing such services targets Turkish residents through its activities, it should obtain authorisation from the CMB.¹²⁴ If Turkish residents contact a foreign intermediary by their own initiative, the investment services and activities provided are out of the scope of CMB regulations.¹²⁵ A non-exhaustive list of indicators is provided to ascertain whether Turkish residents are targeted, including the place of business or language.¹²⁶

Secondary non-intermediated trade of unlisted foreign securities is out of the scope of capital markets regulation. Relevant conflict of laws rules determine the applicable law to the transfer of title.¹²⁷ Conversely, if the trading is intermediated by an entity that acts by way of business, this entity should be licensed and act according to Turkish capital markets laws.¹²⁸

¹²¹ Decree no 32 Article 15 (a), (c), (d) (ii); Communiqué no III-37.1 on Principles Regarding Investment Services, Activities and Ancillary Services Articles (Intermediaries) 15, 20.

¹²² Article 4.

¹²³ Article 5.

¹²⁴ Article 9.

¹²⁵ Court of Cassation (Yargıtay) 19th Criminal Chamber E. 2018/2119 K. 2018/2119 (9 May 2018) <<https://legalbank.net>> accessed 23 December 2025.

¹²⁶ The new piece of legislation incorporated similar criteria for the assessment of whether crypto-asset service providers target Turkish investors.

¹²⁷ The Act on Private International and Procedural Law no. 5718 Article 21. For the assessments on the applicable law see Ayşe Elif Ulusu, 'Milletlerarası Özel Hukukta Menkul Kıymetlere İlişkin Hak Sahipliği İhtilaflarına Uygulanacak Hukuk' [Law Applicable to Proprietary Matters in Respect of Securities Held with an Intermediary] (PhD Thesis, İstanbul University, 2014) <<http://nek.istanbul.edu.tr>> 136-47; Hülya Üstünkaya, 'Aracıda Tutulan Menkul Kıymetlere Uygulanacak Hukuk' [Intermediated Securities in Conflict of Laws] (PhD Thesis, Ankara University, 2019) <<https://dspace.ankara.edu.tr>> all accessed 23 December 2025, 263-7, 270-2.

¹²⁸ Article 11 (2) (c) of Communiqué on Foreign CMI provides that, among other things, bringing together the parties that intend to enter in a contract on securities in return of a commission fee is deemed as reception or transmission of orders.

4.3. APPLYING CAPITAL MARKET REGULATIONS IN CRYPTO-CONTEXT

4.3.1. Overview of How Turkish Securities Law Apply to Crypto-Assets

In Turkey, regulators have not provided detailed public guidance on how they interpret the applicability of securities regulations to crypto-assets.¹²⁹ However, the position of legislative provisions is similar to that of the EU. If a crypto-asset meets the conditions of fungibility and negotiability on the capital markets and gives shareholder or creditorship rights to its holder, it qualifies as a security under Turkish law. Confirming this, Paragraph 6 of Article 35/B of the amended CML provides that the CMB is authorised to regulate and take decisions or measures on crypto-assets that embody rights that are normally associated with CMI. Therefore, a crypto-asset that functions as a debt or equity instrument negotiable in capital markets is a security under Turkish capital markets law.

Equity instruments are negotiable company shares. Those can be foreign or domestic. Foreign company shares issued in the form of crypto-assets are treated as a security under Turkish law. The assessment of whether a crypto-asset can represent stock is made according to the law of the country where the issuer is located.¹³⁰ As for the domestically issued stocks, only joint stock company shares can qualify as securities.¹³¹ Records of the publicly offered shares and of the shares of public joint stock companies can only be kept at the CRA,¹³² and changes of ownership on publicly offered securities are only effectuated based on those records. For that reason, it has not been legally possible to treat crypto-assets issued on a blockchain by Turkish joint stock companies as shares under Turkish law. However, this may change with the recent legislative changes. With the July 2024 amendments to paragraph 1 of Article 13 of the CML, the CMB gained the power to regulate the issuance of CMIs as crypto-assets and the way their ownership records can be kept on blockchain. For those crypto-assets, matters concerning entitlement to rights, third-party claims and transfer of rights will be resolved based on blockchain records.¹³³ However, it is important to note that this prerequisites integration of the blockchain with the CRA.

Debt instruments can be issued as crypto-assets through an integration with CRA. However, there are some areas that will benefit from further clarification by the CMB. One of these relates to whether a natural person issuer of a debt instrument is to be caught by

¹²⁹ Only two relevant regulations have been adopted, one prohibiting the use of crypto-assets for payments and the other concerning anti-money laundering and countering the financing of terrorism (AML/CFT) obligations of the CASPs. However, CASPs are neither registered nor licensed. FATF, 'Turkey's progress in strengthening measures to tackle money laundering and terrorist financing' (2023) <<https://www.fatf-gafi.org/en/publications/Mutualevaluations/turkiye-fur-2023.html>> accessed 23 December 2025, 11. The CMB has an announcement in 2018 confirming that, based on an individual evaluation, token sales may occasionally be subject to its mandate. Capital Markets Bulletin no 42 (27 September 2018), 4.

¹³⁰ Communiqué on Foreign CMI Article 4 (1) (r).

¹³¹ See n 104.

¹³² CML Article 13. This is also the case for securities-akin-to-shares, such as usufruct shares. Communiqué on Shares Article 48.

¹³³ CRA registration requirement applies to foreign issuers too.

the capital markets regulations. Currently, when an individual or a group of persons issue an investment token, which would qualify as a debt instrument if issued by a legal entity, this activity is not in the scope of the existing securities regulations. Since the CML provides that an issuer of a capital market instrument can only be a legal entity, addressing such investment tokens would require a legislative amendment.

As for private placements and initial sales to qualified investors, crypto-assets that represent debt can be privately sold with approval from the CMB. However, whether crypto-assets that represent ownership rights of foreign companies, and which do not have CRA integration, can be privately sold in the secondary markets is not entirely clear under the existing regulations.¹³⁴

Finally, as regards the secondary markets, intermediary activities on crypto-assets instruments by way of business in Turkey are subject to authorisation. So, if a token that gives shareholder or creditorship against a foreign issuer has been publicly offered or privately sold in a third country, CASPs facilitating its secondary trading should have the necessary authorisation in Turkey to be able to target domestic investors.¹³⁵ Likewise, investment advice or portfolio management activities involving such crypto-assets are also regulated as capital markets activities.

4.3.2. Relevant Aspects of the New Law

As mentioned above, in June 2024, the Turkish legislator passed a law regulating CASPs. Although this new piece of legislation amending the CML mainly deals with licensing and supervision of CASPs, its explanatory memorandum, as well as some of its provisions, clarify Turkey's position as to whether and when the crypto-assets are treated as securities.

As noted earlier, the law manifests Turkey's preference for a substance-over-form approach, similarly to the EU, both in the explanatory memorandum and in its rules amending Article 35/B of the CML. Paragraph 6 of amended Article 35/B gives the Capital Markets Board an explicit power to regulate, give general or specific orders and impose measures and sanctions concerning the crypto-assets that provide rights that the owner has, like capital markets instruments. Paragraph 8 of the same article clarifies that the new changes in the CML only apply to crypto-assets that are CMIs, or those that are listed on regulated exchanges. Thus, primary market activities on other crypto-assets that are not CMIs remain out of the scope under the New Law. However, trading activities on all listed crypto-assets are in scope.

If a crypto-asset qualifies as a security, it becomes subject to the rules applicable to any other capital markets instrument. This includes, among others, market abuse rules. In this regard, the New Law gives the CMB power to decide on the removal of published content or to ban access to the relevant website in market abuse investigations (Article 101 paragraph 3). The CMB can exercise this power for the crypto-assets that qualify as securities, or the ones that are traded on regulated CASPs.

¹³⁴ See Communiqué on Foreign CMI Article 2 (1) (c); Çollak and Şahan (n 115) Q29.

¹³⁵ Following the New Law, intermediary activities on all crypto-assets in scope (including those that represent stock or debt) are subject to authorisation. CML Article 3 (1) (bb) and (cc).

The New Law requires CASPs to obtain permission from the CMB for incorporation and to start carrying out activities (Article 35/B paragraph 1). This applies regardless of whether the underlying crypto-asset is a security. Article 109/A makes unauthorised provision of crypto-asset services an offence.

As a final point, the New Law has also enhanced the CMB's enforcement tools and clarified how it will use these powers in relation to crypto-assets. There are three circumstances in which the CMB can exercise its new powers to impose measures against CASPs for their online content. These are (i) offering crypto-asset services without permission, (ii) offering portfolio management or investment advice services in breach of the rules or prohibitions that are determined by the CMB, and (iii) publishing announcements or advertisements in breach of the rules or prohibitions that are determined by the CMB (Article 99/A paragraph 3).

Similar to other capital markets instruments, the CMB's powers also comprise banning announcements and advertisements in relation to the provision of crypto-asset services, including investment advice or portfolio management in breach of the CMB's rules, even if they are published offline. This power includes the collection of relevant documents. The CMB will coordinate with the local authorities to exercise this power (paragraph 4). These rules extend CMB's powers regarding promotions on capital markets instruments to the crypto-assets.

4.4. COMPARISON OF THE REGULATORY APPROACHES

As noted earlier, authorities in the EU, UK and US have provided clear guidance on their approach to how to treat crypto-assets as securities. However, despite recent legislative changes, this matter has not been entirely clarified in detail by publications of Turkish regulatory authorities. For this reason, this paper provided an assessment of Turkish law on its treatment of crypto-assets as securities.

The comparison of EU, UK and US jurisdictions demonstrates two alternative approaches. US securities regulation practically encompasses almost any crypto-asset project that is associated with an identifiable promoter and promises a functionality that has not yet been realised at the time of sale. This is different from the European concept of transferable security, which requires the existence of a claim against an identifiable issuer represented by an instrument negotiable on capital markets. The EU's understanding of security is more restrictive.

Different priorities and perspectives in US and EU securities regulations can explain their different treatments of crypto-assets. The policy goal of EU financial services regulation is to improve harmonisation and competition through enhanced legal certainty. However, the US instrumentalises securities regulation to protect investors against fraud, which requires flexibility in determining the scope of its enforcement. European jurisdictions generally leave this matter to the consumer protection and criminal laws.

The approach in EU securities law does not overburden entrepreneurs with stiff regulations and regulators with the impracticality of enforcement against online activities, though arguably rendering individuals more vulnerable to fraud. The downside of the US

approach, on the other hand, is that such increased control over the capital markets requires enhanced enforcement capacity. The cost-effectiveness of this method is doubtful, and it can put the innovation process in the financial markets at risk by cultivating uncertainty.

In Turkey, the CMB has not published a detailed position paper regarding the crypto-assets that qualify as CMI. However, considering the explanatory memorandum and Article 35/B of the New Law, the treatment of crypto-assets under the existing Turkish securities regulation is very similar to that in the EU. Like in EU law, the instruments that are fungible, negotiable on the capital markets and that resemble shares or debentures are securities under Turkish law. Therefore, crypto-assets that meet these criteria are considered securities in general. The CML mentions investment contracts as another type of instrument and gives the CMB the authority to further designate other instruments.

Although recent legislative changes provided clarity, there are still areas that need to be addressed by the CMB. For example, currently, issuance of securities by natural persons not envisaged by the existing securities regulation. This gap needs to be addressed in the context of investment tokens that are functionally equivalent to securities, as such tokens are and can be issued by natural persons in practice.

On the other hand, intermediary activities conducted by way of business are subject to capital markets regulation. With the recent legislative change, the provision of certain crypto-asset services also became subject to CMB permission. In this context, the CMB needs to address different ways in which the requirement to hold a permission applies for activities on the crypto-assets that are securities or on other crypto-assets. For example, whether a crypto-asset issuer would be dealing on own account when it engages in on-chain trading by way of business; or advice on investments for which types of crypto-assets would require licence can benefit further clarification.

5. CONCLUSION

The criteria applied to determine whether crypto-assets can be classified as securities differ across jurisdictions. This study examined established frameworks in the UK, EU, and US, and compared them against the situation under Turkish securities regulations. In Turkey the absence of explicit and detailed guidance on when to apply securities regulations to crypto-assets poses a challenge. While the July 2024 legislative amendments mark a significant milestone by introducing definitions for crypto-assets and establishing a licensing framework for CASPs, the boundary between crypto-assets that qualify as capital market instruments and other crypto-assets still needs to be defined. Nevertheless, it is important to note that Turkey's regulatory position is closer to the EU, while the law also lists 'investment contracts' among CMIs and it provides the CMB with powers to determine other CMIs. Looking ahead, the effectiveness of the new Turkish legislation will depend heavily on the implementation of regulatory technical standards by the CMB.

BIBLIOGRAPHY

- Adıgüzel B, '6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nda Sermaye Piyasası Aracı Kavramı' 3 TFM (2017) 1
- Aktaş S, 'Hukukta Yorum Çabaları' [Interpretative Efforts in Law] 15 EÜHFD (2011) 1
- Bahtiyar M, *Sermaye Piyasası Hukukuna Giriş* (Beta 2019)
- Baur DG, Hong K and Lee AD, 'Bitcoin: Medium of exchange or speculative assets?' (2018) 54 JIFMIM 177
- Cease-and-Desist Order against Munchee Inc (Release No 10445, 11 December 2017) <<https://www.sec.gov>> accessed 23 December 2025
- Çetin Ç, *Sermaye Piyasası Hukuku Bakımından Kripto Varlıklar* (On İki Levha 2023)
- Demirtaş AA, *Kripto Varlıkların Sermaye Piyasası Hukuku Açısından Değerlendirilmesi* (Seçkin 2022)
- Çollak Ö and Şahan Ö, 'Equity Capital Markets in Turkey: Regulatory Overview' (Thomson Reuters, 1 January 2022) <<https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/8-621-5745>> accessed 18 August 2023
- European Banking Authority (EBA), 'Report with advice for the European Commission on crypto-assets' (2019) <<https://www.eba.europa.eu>> accessed 23 December 2025
- European Securities and Markets Authority (ESMA), Advice on Initial Coin Offerings and Crypto-Assets (9 January 2019) <<https://www.esma.europa.eu>> accessed 23 December 2025
- FATF, 'Turkey's progress in strengthening measures to tackle money laundering and terrorist financing' (2023) <<https://www.fatf-gafi.org/en/publications/Mutualevaluations/turkiye-fur-2023.html>> accessed 23 December 2025
- Ferrari V, 'The Regulation of Crypto-Assets in the EU - Investment and Payment Tokens under the Radar' 27 MJEL (2020) 353
- Financial Action Task Force (FATF), 'Virtual Assets' <<https://www.fatf-gafi.org/en/topics/virtual-assets.html>> accessed 23 December 2025
- Financial Conduct Authority (FCA), 'Guidance on Cryptoassets Feedback and Final Guidance to CP 19/3' (July 2019) <<https://www.fca.org.uk/publication/policy/ps19-22.pdf>> accessed 23 December 2025
- Goforth C, 'Cinderella's Slipper: A Better Approach to Regulating Cryptoassets as Securities' (2021) 17 HBLJ 271
- Goforth C, 'Critiquing the SEC's Ongoing Efforts to Regulate Crypto Exchanges' (2023) 14 Wm & Mary Bus L Rev 305
- Hacker P and Thomale C, '12 The Crypto-Security: Initial Coin Offerings and EU Securities Regulation' in Philipp Hacker et al (eds), *EU Financial Law* (OUP 2019) <<https://academic.oup.com/book/36505/chapter/321224511>> accessed 23 December 2025
- Hacker P and Thomale C, 'Crypto-Securities Regulation: ICOs, Token Sales and Cryptocurrencies under EU Financial Law' (2018) 15 ECFLR 645
- IOSCO, 'Regulators' Statements on Initial Coin Offerings' <<https://www.iosco.org>> accessed 23 December 2025
- Kaya A, 'Amaçsal Yorum' 4 ABD (2014) 363
- Levine M, 'Ripple Is a Security and It Isn't' Bloomberg (14 July 2023) <<https://www.bloomberg.com>> accessed 23 December 2025
- Levine M, 'The Only Crypto Story You Need' Bloomberg (25 October 2022) <<https://www.bloomberg.com>> accessed 23 December 2025
- Mascio V, 'Regulation of Crypto-assets under EU and US Securities Law' (PhD Thesis, University of Bocconi 2021)
- Maume P and Fromberger M, 'Regulation of Initial Coin Offerings: Reconciling U.S. and E.U. Securities

Laws' (2019) 19 CJIL 548

Memiş T and Turan G, *Sermaye Piyasası Hukuku* (Seçkin 2022)

Memorandum to the House Financial Services Committee, 'The Future of Digital Assets: Providing Clarity for the Digital Asset Ecosystem' (2023) <<https://www.congress.gov/118/meeting/house/116085/documents/HHRG-118-BA00-20230613-SD002.pdf>> accessed 23 December 2025

Ministry of Foreign Affairs Directorate for EU Affairs, '6) Company Law' (30 September 2019) <https://www.ab.gov.tr/6-company-law_71_en.html> accessed 15 August 2023

PISF, 'A Review of Cryptoasset Market Structure and Regulation in the United States' (2023) <<https://www.pifsinternational.org>> accessed 23 December 2025

Securities and Exchange Commission (SEC), 'Crypto Assets and Cyber Enforcement Actions' <<https://www.sec.gov>> accessed 23 December 2025

SEC FinHub, 'Framework for "Investment Contract" Analysis of Digital Assets' (modified 23 March 2023) <<https://www.sec.gov/corpfin/framework-investment-contract-analysis-digital-assets>> accessed 23 December 2025

Swiss Financial Market Supervisory Authority (FINMA), 'Regulatory treatment of initial coin offerings' (29 September 2017) <<https://www.finma.ch>> accessed 23 December 2025

Turanboy A, 'Kripto Paraların Ortaya Çıkmaları ve Hukukî Nitelikleri' 35 *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 47 <<https://www.jurix.com.tr/article/19959>> accessed 23 December 2025

Töremiş HE, 'Kripto Varlıklar ve Sermaye Piyasasında Düzenleme İhtiyacı' in *Düzenleme Arayışı Çalıştayı 8-9 Temmuz 2021* (Orhan Çelik et al., eds.) (The Research Institute of Banking and Commercial Law 2022)

Tevetoğlu M, *Hukuki Yönleriyle Kripto Varlıklar ve Kripto Varlıkların İlk Arzı* (Aristo 2021)

Üzümcü R and Yıldırım Y, 'Kripto Paraların Hukuki Statüleri ve Sözleşmeler İçerisindeki Yerleri' 13 *Süleyman Demirel Üniversitesi Vizyoner Dergisi* (2022) 271

CASES AND INVESTIGATIONS

SEC v WJ Howey Co 328 US 293 (1946)

SEC v Telegram Group Inc et al, SDNY 19 Civ 9439 (3 January 2020)

SEC v Ripple Labs Inc et al, SDNY 20 Civ 10832 (AT) (13 July 2023)

SEC Cease and Desist Order against Block.one (Release no 10714, 30 September 2019) <https://www.sec.gov> accessed 17 August 2023

SEC No Action Letter to TurnKey Jet Inc (3 April 2019) <<https://www.sec.gov>> accessed 17 August 2023

SEC, 'Report of Investigation against the DAO' (Release No 81207, 25 July 2017) <https://www.sec.gov> accessed 23 December 2025

Case 264/14 Skatteverket v David Hedqvist [2015] ECLI:EU:C:2015:718

Court of Cassation (Yargıtay) 19th Criminal Chamber E. 2018/2119 K. 2018/2119 (9 May 2018)



The Boğaziçi Law Review

ISSN: 3023-4611

Journal homepage: <https://dergipark.org.tr/tr/pub/blr>

The Rule of Law at Sea and The Challenge of Non-Compliance: A Decade After The South China Sea Arbitration

*Denizde Hukukun Üstünlüğü ve Tahkim Kararına Uymama Sorunu:
Güney Çin Denizi Tahkim Kararının Ardından On Yıl*

Murat Sümer

To cite this article: Murat Sümer, ‘The Rule of Law at Sea and The Challenge of Non-Compliance: A Decade After The South China Sea Arbitration’ (2025) 3(2) The Boğaziçi Law Review 190.

Submission Date: 8 September 2025

Acceptance Date: 24 December 2025

Article Type: Research Article

 © 2025 Murat Sümer. Published with license by Boğaziçi University Publishing

 Published online: December 2025

 Submit your article to this journal 

Full Terms & Conditions of access and use can be found at
<https://dergipark.org.tr/tr/pub/blr>

THE RULE OF LAW AT SEA AND THE CHALLENGE OF NON-COMPLIANCE: A DECADE AFTER THE SOUTH CHINA SEA ARBITRATION

DENİZDE HUKUKUN ÜSTÜNLÜĞÜ VE TAHKİM KARARINA UYMAMA SORUNU: GÜNEY ÇİN DENİZİ TAHKİM KARARININ ARDINDAN ON YIL

Murat Sümer 

Dr., The Nippon Foundation Lecturer in International Maritime Law, IMLI.

The views expressed herein are strictly personal.

ABSTRACT

The United Nations Convention on the Law of the Sea (LOSC) establishes a comprehensive international maritime order. Its compulsory dispute settlement system serves as a cornerstone of the LOSC's architecture. Naturally, compliance with the decisions of the LOSC mechanisms is critical to the functioning of a rules based international legal order. Non-compliance risks undermining the authority of international courts and tribunals and eroding the integrity of the LOSC regime. This article examines the binding force of LOSC dispute settlement decisions, focusing on the implications of the 2016 South China Sea (SCS) arbitration between the Philippines and China. Despite the Tribunal's unanimous award, China has consistently maintained a policy of non-compliance thus far. This defiance, particularly from a great power, causes tensions within the LOSC dispute settlement system. Nonetheless, State Practice shows overwhelming compliance in most cases. This demonstrates that the system remains to be a credible mechanism. The SCS award, while currently resisted by China, provides a strong legal basis that can influence future jurisprudence and state practice. The article notably points out that China's non-compliance may not be permanent.

Key words: South China Sea Arbitration, UNCLOS, Annex VII Arbitration, compliance with arbitral awards, rule of law at sea

ÖZET

Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi, 1982 (BMDHS) denizlere ilişkin kapsamlı bir uluslararası hukuk düzeni tesis etmektedir. BMDHS'nin zorunlu uyuşmazlık çözüm sistemi, Sözleşme mimarisinin en temel yapı taşlarından biridir. Bu çerçevede, BMDHS'de öngörülen mekanizmalar tarafından verilen uluslararası mahkeme ve tahkim kararlarına riayet, kurallara dayalı uluslararası hukuk nizamının işlerliği bakımından kritik önemi haizdir. Bahsekonu kararlara riayet edilmemesi ise, uluslararası uyuşmazlıkların çözüm mekanizmalarının itibarını zayıflatma ve BMDHS rejiminin insicamını aşındırma riski taşımaktadır. Bu çalışma, BMDHS mekanizmalarının kararlarının bağlayıcı niteliğini incelemekte; özellikle Filipinler ile Çin arasında 2016 tarihli Güney Çin Denizi tahkimi kararının denizde hukukun üstünlüğü bakımından doğurduğu sonuçlara odaklanmaktadır. Tahkim mahkemesinin oybirliğiyle verdiği karara rağmen Çin, bugüne kadar sozkonusu kararı tanımama ve uygulamama yönünde istikrarlı bir tutum sürdürmüştür. Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin (BMGK) daimi üyesi ve aynı zamanda büyük bir deniz gücü olan bir devletin bu yöndeki mezkûr tutumu, BMDHS uyuşmazlık çözüm sisteminin uzun vadeli sürdürülebilirliği bakımından yapısal gerilimlere neden olmaktadır. Bununla birlikte, uluslararası devlet uygulamaları genel olarak BMDHS mekanizmalarının kararlarına yüksek düzeyde uyumun kural, bunlara riayet etmemenin

ise istisna olduğunu göstermektedir. Bu durum, mevcut sistemin bütün olarak hâlen güvenilir bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olmayı sürdürdüğüne işaret etmektedir. Güney Çin Denizi kararı Çin tarafından halihazırda dirençle karşılanmakla birlikte, benzer konularda, gelecekteki uluslararası hukuk içtihatlarını ve devlet uygulamalarını etkileyebilecek ziyadesiyle güçlü bir hukuki zemin sunmaktadır. Çalışma ayrıca, Çin'in mevcut olumsuz tutumunun, geçmişteki diğer örnekler ışığında, zaman içerisinde değişebileceğine dikkat çekmektedir.

Anahtar Kelimeler: Güney Çin Denizi Tahkimi, BMDHS, Ek VII Tahkimi, tahkim kararlarına riayet, denizde hukukun üstünlüğü

1. INTRODUCTION

Under customary international law, States are obliged to resolve their disputes by peaceful means. The UN Charter¹ provides that parties to any dispute which is likely to endanger international peace and security shall seek a solution by negotiation, enquiry, mediation, conciliation, arbitration, judicial settlement, regional arrangements, or other peaceful means of their choice. The same obligation is reaffirmed in the law of the sea context. 1982 Law of the Sea Convention (LOSC)² establishes a comprehensive legal order for the world's oceans, notably, with dispute settlement forming an integral component under the Convention.³ LOSC echoes the UN Charter, requiring States Parties to settle any dispute concerning the interpretation or application of the Convention by peaceful means⁴ in accordance with the UN Charter.⁵

The First United Nations Conference on the Law of the Sea (UNCLOS I), held in Geneva in 1958, marked the first broad attempt to regulate ocean governance. The resulting Geneva Conventions were milestones in the history of the law of the sea, but they did not create a standing dispute settlement system. Instead, they were accompanied by an Optional Protocol on compulsory dispute settlement. Therefore, it was binding only for States Parties to the Protocol. Not surprisingly, very few States accepted this mechanism, and it was never actually used. It was not until UNCLOS III (1973–1982) that the international community incorporated an integral comprehensive dispute settlement regime directly into the treaty text. Indeed, that is why LOSC is broadly acknowledged as a package deal. In this respect, the Convention made the binding dispute settlement system as cornerstone of its

¹ See Article 33 of the UN Charter.

² United Nations Convention on the Law of the Sea, adopted on 10 December 1982, entered into force 16 November 1994, 1833 UNTS 397.

³ *The Republic of the Philippines v The People's Republic of China*, PCA Case No 2013-19, Award (12 July 2016) para 2.

⁴ See Article 279 of LOSC.

⁵ Stephen Fietta and Robin Cleverly, *A Practitioner's Guide to Maritime Boundary Delimitation* (OUP 2016) 122.

architecture.⁶

The LOSC dispute settlement system has successfully resolved numerous maritime disputes and set guiding precedents since its entry into force for over three decades. Given that LOSC incorporated compulsory procedures entailing binding decisions, naturally, compliance with the decisions of such procedures warrants a closer investigation. Compliance is intrinsic to the legitimacy of rules based international legal order. By virtue of the compulsory jurisdiction, the legal parity between powerful and less powerful States as well as between powerful States can be ensured. This allows resolving disputes peacefully on an equal footing. Without it, international system cannot be expected to operate effectively. Moreover, persistent non-compliance risks undermining the overall authority of international courts and tribunals. And this becomes even more so when great powers such as the permanent members of the United Nations Security Council (UNSC) fail to comply, given that their practice can create precedents for other States. Besides, a potential emerging pattern of non-compliance may discourage recourse to third party dispute settlement mechanisms. Evidently, this may eventually erode the integrity of LOSC regime and rule of law at sea as well as cause escalation. Therefore, compliance remains indispensable to the credibility of the dispute settlement system and to the broader rule of international maritime law.⁷

On 12 July 2016, the ad hoc Arbitral Tribunal in the Philippines v. China arbitration issued its Final Award⁸, which is largely conceived as in favor of the Philippines. The Tribunal held that China's historic rights claim beyond LOSC limits were invalid. Moreover, it was rendered that none of the disputed features generated maritime jurisdiction zones beyond the territorial sea, and that certain low-tide elevations lay within the Philippines' EEZ. It also found China has been in violation of several articles of LOSC⁹ and the Convention on the International Regulations for Preventing Collisions at Sea, 1972 (COLREGs), in relation to unlawful fishing restrictions, unsafe navigation, environmental harm, and large-scale land reclamation. Indeed, it seems that the Philippines succeeded on all its principal

⁶ Natalie Klein, 'Expansions and Restrictions in the LOSC Dispute Settlement Regime' (2016) 15 Chi J of Int Law 94, 404; Sara McLaughlin Mitchell and Andrew P Owsiak, 'Judicialization of the Sea' (2021) 115 Am J Int'l L 1, 587-88; Emila Justyna Powell and Sara McLaughlin Mitchell, 'Forum Shopping for the Best Adjudicator' (2022) 9 J Terr & Mar Stud 1, 8-9; Shabtai Rosenne, 'Arbitrations under Annex VII of the UNCLOS' in Rüdiger Wolfrum (eds), *Law of the Sea: Liber Amicorum Judge Thomas A. Mensah* (Martinus Nijhoff 2007) 989-992; Mubarak Waseem, 'ITLOS at 20' in Stephen Minas (eds), *Stress Testing the Law of the Sea Dispute Resolution* (A Law of the Sea Institute 2016) 154; Vladyslav Lanovoy, 'Dispute Settlement and Ocean Governance' in Stephen Borg (eds), *Research Handbook on Ocean Governance* (Elgar 2022) 74-77; Sir Malcolm D Evans and Nicholas A Ioannides, 'The ICJ and the Law of the Sea dispute settlement system' in Achilles Skordas (eds), *Research Handbook on the ICJ* (Elgar 2025) 217-220.

⁷ Natalie Klein and Jack McNally, *Compliance with Decisions of the Dispute Settlement Bodies of the UN Convention on the Law of the Sea* (Brill 2023) 23-28; ASIL Debate: Compulsory Jurisdiction in International Dispute Settlement (2017) 111 Am Soc'y Int'l L Proc 129; Bjørn Kunoy, 'The Scope of Compulsory Jurisdiction and Exceptions Thereto under the United Nations Convention on the Law of the Sea', *The Canadian Yearbook of Int Law*, Vol. 58 (2020) 139.

⁸ *PCA* (n 3).

⁹ See Articles 56, 58(3), 60, 80, 192, and 194(5).

claims.¹⁰ Yet the broader question is what the South China Sea (SCS) Award means for the parties and LOSC dispute settlement regime if China continues to refuse compliance. This question becomes even more important while we mark the tenth anniversary of the SCS Award in 2026.

As expected from the outset, China immediately declared the decision “illegal, null, and void” and consistently continued to argue that the Tribunal lacked jurisdiction. China has maintained its “Four Noes” policy, namely, no acceptance, no participation, no recognition, and no compliance. It is observed that Beijing pursued a “lawfare” strategy combining legal and operational measures. For instance, one year after the ruling, the Chinese Society of International Law issued a large volume critique challenging the Tribunal’s findings. Moreover, China continued its state practices such as establishing governance structures over disputed areas, naming undersea features, and enacting domestic legislation. In contrast, the Philippines, which had initially hailed the ruling as a “milestone”, later described it as “a piece of paper” to be set aside in bilateral talks with China. These sharply contrasting positions fueled debate over the binding force and practical effect of LOSC dispute settlement decisions. Having said that, over time, Manila shifted course. For example, in his 2020 address to the UN General Assembly (UNGA), the then President Duterte affirmed that the Award formed part of international law irrespective of the policies of the changing governments in his country. Likewise, the following year, the then Foreign Affairs Secretary of the Philippines followed the same discourse.¹¹

The SCS Arbitral Award has been aptly seen as a landmark case. It is widely regarded as one of the most significant interpretations of LOSC to date. The Award provided the first thorough analysis of Article 121 i.e., so-called regime of the islands. Nevertheless, this was aptly confined to elucidating the entitlement and didn’t extend to the treatment of islands in actual maritime boundary delimitation. This was the right approach as the Tribunal wasn’t asked to deliberate on maritime boundary delimitation in the first place. And notably it didn’t have jurisdiction to do so due to Chinese declaration. Within a decade after the conclusion of the arbitral process, Beijing is yet to comply with the Award. As Davenport observes, China’s categorical rejection of the Award has created deep structural tensions within the LOSC dispute settlement regime.¹²

¹⁰ The South China Sea Arbitration (The Republic of the Philippines v The People’s Republic of China) (PCA Case No 2013-19), Award (12 July 2016) <https://pcacases.com/web/sendAttach/2086> accessed 23 December 2025.

¹¹ Hao Duy Phan, ‘International Courts and State Compliance: An Investigation of the Law of the Sea Cases’ (2019) 50 *Ocean Dev & Int’l L* 70; Hao Duy Phan and Lan Ngoc Nguyen, ‘The SCS Arbitration: Bindingness, Finality, and Compliance with LOSC Dispute Settlement Decisions’ (2018) 8 *Asian J Int’l L* 1, 35-36; Nguyen Hong Thao and Nguyen Thi Lan Huong, ‘The SCS Arbitration Award: 5 Years and Beyond’ (*The Diplomat*, 2021) <https://thediplomat.com/2021/07/the-south-china-sea-arbitration-award-5-years-and-beyond/> accessed 1 September 2025; Klein and McNally (n 7) 122-28.

¹² Tara Davenport, ‘Procedural issues arising from China’s non-participation in the South China Sea Arbitration’ in S Jayakumar and others (eds), *The South China Sea Arbitration: The Award and Its Implications* (Edward Elgar Publishing 2018) 98-99; Vasco Becker-Weinberg, *The SCS Arbitration and the China– Philippines Relations Beyond the Award*, In *Stress Testing the Law of the Sea Dispute Resolution, Disasters & Emerging Challenges* Edited by Stephen Minas H. Jordan Diamond A Law of the Sea Institute Publication, 2016, 196-201.

Nevertheless, whether the current policy of non-compliance can be reversed and more broadly its real-world impact on the rule of international maritime law is yet to be seen.¹³ Therefore, this issue extends beyond the bilateral dispute of two States Parties as it raises concerns for the broader law of the sea regime. Evidently, the long-term stability of the LOSC dispute settlement regime depends on the States Parties' willingness to accept and implement its binding decisions.¹⁴

In light of the foregoing, this study first outlines the relevant aspects of dispute settlement under the LOSC, then examines the binding force of various dispute settlement mechanisms under the Convention, with a particular focus on Annex VII arbitration. Lastly, it critically investigates the impact of the SCS Arbitral Award on the occasion of its tenth anniversary and discusses compliance issues with a view to zoom in on the broader implications for the law of the sea regime.

2. THE SETTLEMENT OF DISPUTES UNDER LOSC

The LOSC governs the settlement of disputes under its dedicated Part XV, and relevant annexes. Part XV strongly reaffirms the general obligation of States Parties to resolve disputes peacefully and recognizes that a range of procedures may be used to this end. In this context, LOSC reiterates States' obligations¹⁵ under the UN Charter¹⁶ to settle maritime disputes by peaceful means.¹⁷ It is truism that the consent is one of the pillars of international law. Thus, a State cannot be compelled to submit to dispute settlement without its consent. Under the Convention, subject to specified few exceptions, States Parties can unilaterally refer their matters to adjudication. Notably, other parties' consent is not required, as by ratifying the Convention States have already submitted their prior consent to compulsory dispute settlement mechanisms.¹⁸

Indeed, this is a rare feature among multilateral treaties. Not surprisingly, the text of Part XV is widely regarded as one of the most comprehensive and advanced dispute settlement frameworks in international law. As part of its package deal framework, the LOSC's mandatory sophisticated dispute settlement system prevents "cherry picking". Hence, States cannot enjoy benefits without accepting obligations such as complying with the binding

¹³ Christopher Whomersley 'The South China Sea Arbitration and its Implications' in Keyuan Zou (ed), *Routledge Handbook of the South China Sea* (Routledge 2021) 437-445.

¹⁴ Paul S. Reichler, 'The Rule of Law and the Path to a Just and Lasting Peace in the SCS' (2017) 1 *Japan Review* 9-10; Lan Ngoc Nguyen, 'The LOSC Dispute Settlement System: What Role Can It Play in Resolving Maritime Disputes in Asia?' (2018) 8 *Asian J Int'l L* 1, 100-101.

¹⁵ See Article 279 of the LOSC.

¹⁶ See Articles 2(3), 33(1), and 51 of the UN Charter.

¹⁷ Mitchell and Owsiak (n 6) 587-88.

¹⁸ See Article 286 of the LOSC.

dispute settlement decisions.¹⁹

The compulsory dispute settlement provisions of LOSC were aimed to safeguard the Convention's integrity by deterring unilateral interpretations that might upset the balance between competing interests achieved by the LOSC. LOSC identifies four compulsory procedures for dispute settlement.²⁰ Namely, the International Tribunal for the Law of the Sea (ITLOS); the International Court of Justice (ICJ); Annex VII arbitration; and Annex VIII special arbitration. The decisions of these mechanisms are final and binding.²¹ Thanks to its inherent flexibility, which perhaps partly explains why it was widely adhered to, States Parties may, by declaration, indicate their preferred procedures. If the parties to a dispute have made matching declarations, that forum will be used unless they agree otherwise. If their choices differ, or if no declaration has been made, notably, the default mechanism is Annex VII arbitration.²²

Notably, LOSC allows States, upon or after becoming a party, to exclude specified categories of disputes from compulsory settlement under Part XV.²³ These include disputes on maritime boundary delimitation and historic bays or titles; disputes concerning military activities and certain law enforcement actions; and disputes where the UNSC is seized of the matter. As of writing, 43 States Parties have lodged Article 298 declarations.²⁴

¹⁹ Robin Churchill and Jacques Hartmann, Submission to the House of Lords Select Committee Inquiry: UNCLOS: fit for purpose in the 21st century? (Written Evidence, 26 November 2021); Nguyen (n 14) 91; Richard Collins, 'Navigating Choppy Waters' in R Buchan, D Franchini and N Tsagourias (eds), *The Changing Character of International Dispute Settlement* (Cambridge 2022) 1; Bernard Oxman, 'Courts and Tribunals: The ICJ, ITLOS, and Arbitral Tribunals' in Donald Rothwell and others (eds), *The Oxford Handbook of the Law of the Sea* (OUP 2015) 390, 398; Rüdiger Wolfrum, 'Potential of the International Dispute Settlement Mechanisms as Established Under LOSC' in Lan Anh T Nguyen and Hai Dang Vu (eds), *Viability of LOSC amid Emerging Global Maritime Challenges* (Springer 2021) 31; John Noyes, 'Compulsory Third-Party Adjudication and the UNCLOS' (1989) 4 *Conn J Int'l L* 1, 675.

²⁰ See Article 287 of the LOSC.

²¹ See Article 296 of the LOSC.

²² Dai Tamada, 'LOSC Dispute Settlement Mechanism' (2018) 61 *Japanese YB Int'l L* 1, 163-64; Natalie Klein, 'The Dispute Settlement Procedures under LOSC' in Tafsir Malick Ndiaye and Rüdiger Wolfrum (eds), *Dispute settlement in the UNCLOS* (Cambridge 2005) 52, 123; Robert Beckman and Christine Sim, 'Maritime Boundary Disputes and Compulsory Dispute Settlement: Recent Developments and Unresolved Issues' in Myron H Nordquist, John Norton Moore and Ronán Long (eds), *Legal Order in the World's Oceans: UN Convention on the Law of the Sea* (Brill 2018) 229; Lan Ngoc Nguyen, 'The Contribution of LOSC Dispute Settlement Bodies to the Development of the Law of the Sea' (PhD dissertation, Darwin College 2018) 17; ASIL (n 7) 141; Bo Qu, 'China's Theory and Practice on Maritime Dispute Resolution' in Takashi Yanagawa (ed), *Implementation of the United Nations Convention on the Law of the Sea State Practice of China and Japan* (Springer 2021) 201, 201-203.

²³ See Article 298 of the LOSC.

²⁴ Otto Spijkers, 'Non-participation in Arbitral proceedings under Annex VII United Nations Convention on the Law of the Sea: Arctic Sunrise and South China Sea compared' in A del Vecchio and R Virzo (eds), *Interpretations of the United Nations Convention on the Law of the Sea by international courts and tribunals* (Springer International Publishing Switzerland 2019) 172-73; Phan (n 11) 77-78; <https://www.itlos.org/en/main/jurisdiction/declarations-of-states-parties/declarations-made-by-states-parties-under-article-298/> accessed 14 August 2025.

Pursuant to Annex VII, disputes may be unilaterally submitted to arbitration,²⁵ and proceedings can continue even in the absence of one party provided the tribunal is satisfied of its jurisdiction and that the claim is well founded in fact and law.²⁶ In the event of unilateral initiation of dispute settlement, a respondent State may tactically choose not to participate. Since LOSC entered into force in 1994, numerous disputes have been resolved under its compulsory jurisdiction provisions, generally with the participation of both parties. This pattern shifted in 2013, when China and Russia refused to participate, invoking their Article 298 exclusions, in the arbitration cases initiated by the Philippines and the Netherlands, respectively. In both instances, jurisdiction was asserted under LOSC, as the respondents had consented upon becoming parties to the Convention. Yet both States maintained that jurisdiction was lacking. Nevertheless, the tribunals proceeded to hear the cases and render their awards. In fact, non-participation doesn't relieve States of their obligations under a final award. Therefore, it can be construed only as a legal or political reaction.²⁷

Tzeng reframes the non-participation phenomenon not as a legal problem, but as a deliberate strategy with various forms which may also include partial or informal participation. He convincingly enlists the examples and varying trends in international adjudication over the years in various judicial fora. Tzeng also aptly notes that while non-participation may negatively impact the legal outcome of a case, it can be an effective when a state primarily aims to emphasize its political position.²⁸

Nevertheless, non-participation appears to be problematic. First and foremost, the dialectic process is incomplete in the absence of one of the parties. A court or tribunal may thus feel compelled to go beyond its traditional role and anticipate the arguments of the missing party. Obviously, this is not an ideal situation. Moreover, it can negatively impact on the participating side as the Court or Tribunal may feel compelled to fill the shoes of the missing side. Furthermore, a State's non-participation, often coupled with strong rhetoric, can eventually prejudice its nationals against the proceedings and its outcome. Hence, this can complicate future compliance with an adverse ruling, as it may be perceived domestically as an unwelcome political compromise rather than the fulfilment of a legal obligation.

Additionally, non-appearance or eventual disregard of judgments may have detrimental broader implications on the rule of international maritime law. For instance, it could deter States from initiating compulsory proceedings in the first place. It may also reinforce the perception that the LOSC dispute settlement system can be set aside.²⁹ In this context,

²⁵ See Article 1 of Annex VII.

²⁶ See Article 9 of Annex VII.

²⁷ PCA Case No 2013–19, *The Republic of the Philippines v. The People's Republic of China*, Award on Jurisdiction and Admissibility (29 October 2015); PCA Case No 2014–02, *The Kingdom of the Netherlands v. The Russian Federation*, Award on Jurisdiction (26 November 2014); Spijkers (n 24) 181-87; Bernard H Oxman, 'Nonparticipation and Perceptions of Legitimacy' (2019) 37 *Berkeley J Int'l L* 235, 237-240.

²⁸ Peter Tzeng, 'A Strategy of Non-Participation before International Courts and Tribunals' (2020) 19 *L & Prac Int'l Cts & Tribs* 1.

²⁹ Donald Rothwell, Alex Oude Elferink, Karen Scott and Tim Stephens, 'Charting the Future for the Law of the Sea' in Donald Rothwell and others (eds), *The Oxford Handbook of the Law of the Sea* (OUP 2015) 905, 910-11.

Judge Wolfrum and Judge Kelly, in their Joint Separate Opinion in the Arctic Sunrise case, observed that non-appearance undermines both the absent party's own legal position and the other party's ability to pursue its claims within the proceedings. More critically, it impedes the tribunal's work, often forcing it to rely on unilateral presentations without the benefit of the opposing side's arguments. This is something that cannot be fully remedied by recourse to public-domain facts. And most certainly it cannot be expected for Tribunal to act as legal representative of the non-appearing party. Therefore, for States that have already consented to such a system by ratifying LOSC, non-appearance is not the ideal conduct.³⁰

Indeed, there are very good reasons for the disputing parties to participate in arbitral proceedings. For instance, arbitration is a notably flexible mechanism. It allows the parties to have significant control over procedural and logistical matters, including the composition of the tribunals, choice of seat, the conduct of hearings, the timetable for submissions, and appointment of experts. Hence, non-participating party deprives itself of these significant opportunities.³¹ In light of the foregoing, arguably non-participation doesn't seem to be an effective strategy for achieving a favourable outcome within a dispute settlement mechanism. Perhaps, it may be more accurately characterized as a political tactic at best which prioritizes rhetorical goals rather than legal objectives.

3. BINDING FORCE OF ANNEX VII ARBITRATION

Adverse or non-satisfactory decisions are inevitable in international adjudication at least for one of the parties if not for both. In this context, the clearest expression of a state's commitment to the rule of law lies in its willingness to comply with judgments or awards, even when unfavourable. Despite its imperfections, a rules based system remains far preferable to the absence of one. Because it ensures that even the most powerful States are not beyond the reach of international law.³²

The emphasis on compulsory and binding dispute settlement in the LOSC was driven by several objectives. Compulsory procedures were designed as the cement ensuring uniform interpretation, deterring unilateral maximalist claims, and safeguarding the treaty's integrity as a whole. At the heart of this system is Article 296, which provides that any decision rendered under the Convention "shall be final and shall be complied with by all the parties to the dispute". This is a principle reiterated in Annex VII arbitration.³³ If the validity of such decisions were contingent on subsequent party approval, then the authority of international courts and tribunals would be fundamentally undermined. This binding nature of awards also finds support in broader UN practice. The UN Millennium Declaration called upon Member States to ensure compliance with ICJ decisions, and while not expressly extended to other fora, the same rationale is equally relevant to Annex VII tribunals. Likewise, the UNGA, in its recurring resolution on "Oceans and the Law of the Sea" has underscored

³⁰ *The "Arctic Sunrise" Case (Kingdom of the Netherlands v. Russian Federation)*, Order of 22 November 2013, ITLOS Reports 2013, p 238, Joint Separate Opinion of Judge Wolfrum and Judge Kelly, 257-58.

³¹ Fietta and Cleverly (n 5) 126-27, 130-31.

³² Reichler (n 14) 10-11; Phan and Nguyen (n 11) 49.

³³ See Article 11 of Annex VII.

States' obligation to ensure prompt compliance with the decisions of international courts and tribunals.³⁴

Be that as it may, the decisions of the Annex VII Arbitral Tribunals lack an enforcement mechanism comparable to that of the World Trade Organization (WTO) Dispute Settlement Body, or the Council of Europe's Committee of Ministers for the European Court of Human Rights (ECtHR) decisions.³⁵ The Committee of Ministers of the Council of Europe, for example, monitors the execution of ECtHR judgments and it publishes compliance reports. The Inter-American Court of Human Rights requires periodic State reports and holds compliance hearings with the participation of stakeholders. Although such mechanisms fall short of strict enforcement and can be ignored, they strengthen incentives by publicizing non-compliance and providing tools for other States to exert diplomatic pressure.³⁶

Diplomatic pressure has historically played an important role in securing compliance with international judgments. For example, Nicaragua's successful appeal to the UNGA for compliance with the ICJ's *Nicaragua v. United States* judgment³⁷ demonstrates that persistent political engagement can be instrumental for compliance. In the ICJ context, the UN Charter even provides a formal, though politically sensitive, mechanism. In this respect, Article 94(2) allows a party to refer non-compliance to the UNSC, which may make recommendations or decide upon measures to secure enforcement. By contrast, LOSC contains no comparable provision. Implementation of its binding decisions depends largely on the good faith of States Parties and the application of diplomatic and political pressure through the SPLOS, the UNGA, or bilateral channels.³⁸

The credibility of any judicial forum ultimately depends on compliance. Persistent defiance erodes confidence in the system, undermines legitimacy, and may weaken the authority of the dispute settlement system.³⁹ Indeed, eventually, non-compliance may undermine LOSC institutions, disrupt the delicate balance of the competing interests achieved by the Convention's compromises, and risk destabilizing the rule of law at sea. Yet

³⁴ Alan E Boyle, 'Dispute Settlement and the Law of the Sea Convention: Problems of Fragmentation and Jurisdiction' (1997) 46 ICLQ 37, 38-41; Phan (n 11) 71-72; Alexander Proelss (ed), *The United Nations Convention on the Law of the Sea: A Commentary* (Hart Publishing 2017) 1905; UNGA Res 55/2 (18 September 2000) United Nations Millennium Declaration.

³⁵ Mary Jude Cantorias Marvel, *The South China Sea Arbitration* (Cambridge University Press 2024) 478; Robin Churchill, 'The Persisting Problem of Non-compliance with the Law of the Sea Convention: Disorder in the Oceans' (2012) 27 IJMCL 816, 816-820; Phan and Nguyen (n 11) 44-45.

³⁶ Alexandra Valeria Huneus, 'Compliance with International Court Judgments and Decisions' in Karen J Alter, Cesare Romano and Yuval Shany (eds), *The Oxford Handbook of International Adjudication* (OUP 2013) 815, 830-31.

³⁷ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*. Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986, p. 14.

³⁸ Phan and Nguyen (n 11) 47-49; Robin Churchill, 'The 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea' in Donald Rothwell and others (eds), *The Oxford Handbook of the Law of the Sea* (OUP 2015) 38-39; Churchill (n 34) 816-820; Alexander Proelss (ed), *The United Nations Convention on the Law of the Sea: A Commentary* (Hart Publishing 2017) 1906.

³⁹ Tamada (n 22) 132, 163-64; Natalie Klein, *Dispute Settlement in the UN Convention on the Law of the Sea* (Cambridge 2005) 52, 123; Huneus (n 36) 4-5.

compliance is not the sole measure of success. Even when resisted, LOSC decisions may clarify and develop the law and influence inter-State conduct.⁴⁰

The absence of a formal enforcement mechanism under international law does not render judicial decisions irrelevant. Even great powers that initially reject adverse rulings have, in some instances, later engaged in partial or tacit compliance under domestic, diplomatic, or reputational pressure. The precedents of *Nicaragua v. United States* and *Arctic Sunrise (Netherlands v. Russia)* illustrate this dynamic: although both States refused to participate, they ultimately undertook measures, such as lifting sanctions or releasing detained vessels and crew, that aligned with the judgments. Hence non-participation and rhetorical defiance don't necessarily mean permanent non-compliance.⁴¹

Fortunately, state practice shows overwhelming compliance in most cases. Compliance has been particularly evident in cases concerning the arrest, detention, and release of vessels; protection of the marine environment; and the determination of maritime entitlements and boundaries. Instances of non-compliance are rare and often partial. Thus, overall, the LOSC dispute settlement system remains a credible mechanism. And it contributes to legal stability and peaceful resolution of disputes at sea.⁴²

4. THE SCS ARBITRATION

4.1. INTRODUCTION

The SCS is a semi-enclosed sea in the western Pacific covering nearly 3.5 million square kilometres. It is bordered by China, the Philippines, Taiwan, Viet Nam, Malaysia, Brunei, Singapore and Indonesia. It serves as a vital maritime corridor linking the Pacific and Indian Oceans. It has rich fishing resources. Moreover, it is believed to contain substantial oil and gas reserves. The SCS has been the scene of one of the world's most complex maritime disputes, with recurring tensions threatening global peace and security. Notably, all littoral States are parties to the LOSC, thereby they are subject to the compulsory dispute settlement.⁴³

Throughout the dynastic period, Hainan marked the southern limit of China's territorial reach, and no SCS feature was claimed or effectively occupied by China.⁴⁴ The Philippines

⁴⁰ Klein and McNally (n 7) 136-39, 142-44.

⁴¹ Lan Ngoc Nguyen and Truong Minh Vu, 'China, Philippines After the Arbitration: Does Non-Compliance Matter?' (*The Diplomat*, 2016) <https://thediplomat.com/2016/07/china-philippines-after-the-arbitration-does-non-compliance-matter/> accessed 1 September 2025; Ibarra Eja, 'Probing the (Im)possibility of China's Compliance with the SCS Arbitration Award' (Foreign Service Institute of the Philippines 2017) <https://fsi.gov.ph/probing-the-impossibility-of-chinas-compliance-with-the-south-china-sea-arbitration-award/> accessed 30 August 2025; Carly Herosian, 'Enforcing the Unenforceable: How to Rely on International Law to Curb China from Illegal Territorial Claims in the SCS' (2018) 41 *Suffolk Transnat'l L Rev* 335, 382-85; Phan (n 11) 35-36, 70.

⁴² Phan (n 11) 77-78.

⁴³ S Jayakumar, Tommy Koh, Robert Beckman, Tara Davenport and Hao Duy Phan, 'The South China Sea Arbitration: Laying the Groundwork' in S Jayakumar and others (eds), *The South China Sea Arbitration: The Award and Its Implications* (Edward Elgar Publishing 2018) 1; Becker-Weinberg (n 12) 190; PCA (n 3) para 3.

⁴⁴ Antonio T Carpio, *Defending Philippine Sovereign Rights in the West Philippine Sea* (YouTube, 4 July 2020) <https://www.youtube.com/watch?v=2GWcgKNMxjo> accessed 11 December 2025.

submitted 178 historic maps to Arbitral Tribunal, the earliest of which dates to 1136 produced in China. The common features of these historic maps are the fact that China's southern most claim was the Hainan island. The situation began to shift with France's occupation of the Paracel Islands in the early 1930s. In response, China articulated a formal position in a Note Verbale dated 29 September 1932, transmitted to the French Ministry of Foreign Affairs. In that diplomatic note, China asserted that the Paracels Islands were located approximately 145 nm from Hainan Island and constituted the southernmost extent of Chinese territory. This Note represents one of the earliest instances in which China advanced an explicit claim to south of the Hainan Island. In 1946, China took control of part of the Paracels and occupied Itu Aba in the Spratlys, marking its first expansion southward beyond Hainan into the SCS.⁴⁵

Although the first version of the nine dash-line map had first been produced in 1947 by the Republic of China, prior to the establishment of the People's Republic of China in 1949, it was only circulated domestically. Thus, it carried no legal effect vis-à-vis other States. China's nine-dash line claim acquired international visibility only in 2009 through two Notes Verbales⁴⁶ objecting to the joint submission of Vietnam and Malaysia, and Vietnam's individual submission to the Commission on the Limits of the Continental Shelf. In those communications, China asserted "indisputable sovereignty over the islands in the SCS and the adjacent waters". Moreover, it also claimed sovereign rights and jurisdiction over the relevant waters, seabed, and subsoil, as illustrated by the enclosed nine dash-line map. As one would expect, these assertions prompted formal protests by the Philippines, Indonesia, Vietnam, and several other States, all of which rejected the nine-dash line as lacking any basis under the law of the sea.⁴⁷ A quick glance at any chart depicting the nine-dash line reveals the scope of China's maximalist claim over virtually the entire SCS. Notably, it significantly encroaches upon the entitlements of other littoral states which undermine any notion of equitable sharing.⁴⁸

On 22 January 2013, the Philippines initiated arbitration against China under the LOSC. As neither State had made a declaration designating their preferred forum, Annex VII

⁴⁵ Supplemental Written Submission of the Philippines, Volume VI (Historic Maps), PCA, 16 March 2015 available at [https://files.pca-cpa.org/pcadocs/Volume%20VI_Supplemental%20Written%20Submission%20of%20the%20Philippines%20\(16%20Mar%202015\).pdf](https://files.pca-cpa.org/pcadocs/Volume%20VI_Supplemental%20Written%20Submission%20of%20the%20Philippines%20(16%20Mar%202015).pdf) accessed 17 December 2025; Antonio T Carpio, *The South China Sea Dispute* (2017) available at <https://tile.loc.gov/storage-services/service/gdc/gdcovop/2017357527/2017357527.pdf> accessed 17 December 2025.

⁴⁶ See CML/17/2009 and CML/18/2009 dated 7 May 2009.

⁴⁷ Carpio (n 44) 11 December 2025; United States Department of State, *China: Maritime Claims in the South China Sea (Limits in the Seas No 143, Office of Ocean and Polar Affairs, Bureau of Oceans and International Environmental and Scientific Affairs, 5 December 2014)* <https://www.state.gov/wp-content/uploads/2019/10/LIS-143.pdf> accessed 11 December 2025.

⁴⁸ James Kraska, 'Deterrence and Compliance in East Asia's Maritime Order' in James Kraska and Heecheol Yang (eds), *Peaceful Management of Maritime Disputes* (Routledge 2023) 239, 243.

arbitration applied by default.⁴⁹ Both the Philippines⁵⁰ and China⁵¹, as parties, had already given their prior consent to be bound by its dispute settlement provisions. Accordingly, the Philippines was entitled to unilaterally commence proceedings under Part XV and Annex VII.⁵²

The Philippines appointed its arbitrator under Annex VII. And China failed to appoint its own, Judge Yanai as the President of ITLOS therefore made the remaining appointments pursuant to Annex VII.⁵³ In this regard, a five-member arbitral tribunal was constituted, composed of some of the most eminent experts in the law of the sea including the four ITLOS Judges. The Tribunal designated the Permanent Court of Arbitration (PCA) as registry.⁵⁴

The dominant view is that the Philippines “won” the SCS Arbitration.⁵⁵ In a unanimous award, the Tribunal held that China’s claim to historic rights within the nine-dash line lacked legal foundation under LOSC. It further determined that several features within the Philippine EEZ such as Mischief Reef and Second Thomas Shoal formed part of the Philippines’ EEZ and thus could not generate maritime zones for China. The Tribunal also concluded that none of the features in the Spratly Islands qualified as “islands” in the legal sense, and thus none could generate an EEZ.⁵⁶ Also, the Tribunal addressed the legality of certain Chinese actions. Given the Convention’s limits on compulsory dispute settlement, the Tribunal expressly refrained from ruling on sovereignty over land territory or from delimiting any maritime boundary between the Parties.⁵⁷

4.2. PROCEDURAL BACKGROUND AND JURISDICTION

Since China categorically and consistently rejected the jurisdiction of the SCS Arbitral Tribunal and even declined to participate to argue the same, the procedural background and jurisdictional issues merit a brief reconsideration before turning to matters of compliance.

The Philippines adopted a deliberate strategy in framing its case to secure rulings on specific issues. It avoided bringing forth questions of sovereignty or maritime boundary

⁴⁹ See Article 287 of the LOSC.

⁵⁰ Ratified on 8 May 1984.

⁵¹ Ratified on 7 June 1996.

⁵² International Tribunal for the Law of the Sea, ‘Declarations made by States Parties under article 287’ <https://www.itlos.org/en/main/jurisdiction/declarations-of-states-parties/declarations-made-by-states-parties-under-article-287/> accessed 13 August 2025; PCA (n 3) para 106; J. Ashley Roach, ‘Dispute Settlement Mechanisms for SCS Issues’ in Keyuan Zou (ed), *Routledge Handbook of the South China Sea* (Routledge 2021) 411, 413; Caitlin Campbell and Nargiza Salidjanova, ‘South China Sea Arbitration Ruling: What Happened and What’s Next?’ (Center for a New American Security, 2016) <https://www.cnas.org/publications/report/south-china-sea-arbitration-ruling-what-happened-and-whats-next> accessed 1 September 2025.

⁵³ See Article 3 of Annex VII.

⁵⁴ Marvel (n 35) 473-74.

⁵⁵ Whomersley (n 13) 437-45.

⁵⁶ *Kraska* (n 43) 243.

⁵⁷ PCA, ‘The South China Sea Arbitration (The Republic of the Philippines v. The People’s Republic of China)’ (Press Release, 12 July 2016) <https://pcacases.com/web/sendAttach/1801> accessed 15 July 2025.

delimitation. Its submissions focused on the legal basis of the Parties' rights and obligations in the SCS, particularly the incompatibility of China's nine-dash line with LOSC; the classification of disputed maritime features and the maritime zones they may generate; the lawfulness of China's activities, including interference with Philippine sovereign rights; and whether China's large-scale land reclamation unlawfully aggravated the dispute.⁵⁸ In a nutshell, the SCS arbitration primarily concerned disputes over maritime entitlements in the SCS, including the legal status of specific maritime features, the extent of the entitlements such features could generate, and the lawfulness of certain actions by China alleged by the Philippines to violate LOSC.⁵⁹

China's jurisdictional objections rested primarily on its 2006 declaration under Article 298, which permits States Parties to exclude certain categories of disputes most notably those concerning the interpretation or application of Articles 15, 74, and 83 on maritime boundary delimitation from compulsory procedures. The Tribunal, however, held that the Philippines' claims concerned the status and maritime entitlements of certain features, not the delimitation of maritime boundaries. It reasoned that such an exception does not apply where a State claims maritime zones regarded by others as part of the high seas, and remarkably entitlement disputes can be distinct from delimitation disputes. In contrast, China argued in its Position Paper that the issues subject to arbitration were inseparable from maritime delimitation and thus excluded under Article 298. However, the exclusion applies strictly to the categories listed in Article 298, and the Philippines carefully framed its claims to avoid matters of boundary delimitation. The issues subject to arbitration did not require the Tribunal to delimit a maritime boundary in SCS. The central question before the Tribunal was therefore not where the boundaries lie, but what maritime zones these features are entitled to generate. The Philippines legal team skilfully avoided claims that would fall within China's exclusion. Since the Philippines had not sought boundary delimitation, the Tribunal found the case outside the Article 298 exception.⁶⁰

Pursuant to Article 288, the Tribunal determined its own jurisdiction, issuing an Award on Jurisdiction and Admissibility in October 2015, before addressing the merits. Article 9 of Annex VII was central to this approach which prevents proceedings from being frustrated by a refusal to appear. The Tribunal took extensive steps to ensure procedural fairness, including issuing detailed requests for further submissions, circulating questions in advance of hearings, and relying on China's Position Paper, diplomatic notes, and press releases. Nevertheless, this is far from what the Philippines has submitted which is around 40 written submissions including memorials and written responses between 30 March 2014 to 26 April 2016. In its Position Paper and subsequent statements, China argued

⁵⁸ Ibid; Whomersley (n 13) 426-27.

⁵⁹ Stefan Talmon, 'The South China Sea Arbitration and the Finality of 'Final' Awards' (2017) 8 JIDS 2, 388-89.

⁶⁰ Whomersley (n 13) 426-27; Beckman and Sim (n 22) 238-240; Klein (n 6) 411-12; Paul Reichler, Center for Strategic & International Studies, 'Recent Trends in the South China Sea and U.S. Policy: Day 2 Welcome and Keynote' (YouTube, 11 July 2014) <https://www.youtube.com/watch?v=CCoiBS1bdIY> accessed 2 September 2025; Malcolm D Evans and Reece Lewis, *Islands, Law and Context: The Treatment of Islands in International Law* (Edward Elgar Publishing 2023) 65-66.

that the dispute concerned matters of territorial sovereignty and maritime delimitation issues which are expressly excluded from compulsory procedures by its 2006 declaration. It further contended that the Philippines had breached obligations to resolve disputes through bilateral negotiations and consultations. China thus maintained that the proceedings were inconsistent with international law and that its refusal to participate was both justified.

The Tribunal, however, determined that the Philippines had framed its case within the limits of LOSC and that China's non-participation did not nullify its prior consent under the Convention. It also drew on materials submitted by non-parties such as Taiwan, and the expertise of independent experts, while ensuring that both parties were afforded opportunities to comment on the evidence relied upon. From the outset, China returned Tribunal's correspondence and reiterated its objection to jurisdiction publicly. Yet its refusal to appear did not negate its prior consent to LOSC's compulsory dispute settlement regime. As the Tribunal stressed, party status derives from consent to jurisdiction, not from physical appearance before the adjudicatory body. Consistent with LOSC regime, China remained a party to the case and therefore is legally bound by the award notwithstanding its non-participation.⁶¹

4.3. COMPLIANCE AND BROADER IMPLICATIONS FOR THE RULE OF INTERNATIONAL MARITIME LAW

Article 26 of the Vienna Convention on the Law of Treaties (VCLT)⁶² affirms that every treaty in force is binding and must be performed in good faith. This well-established obligation is equally applicable to the dispute settlement section of LOSC. Article 279 requires peaceful settlement in accordance with the UN Charter. Furthermore, Article 300 obliges States to fulfil their treaty obligations in good faith and to refrain from abuse of rights. More specifically, Article 296 and Article 11 of Annex VII reinforce the final and binding nature of decisions, prohibiting conduct that would frustrate their implementation.⁶³

In its statement of 12 July 2016, the Ministry of Foreign Affairs of China declared the arbitral award rendered under Annex VII of LOSC to be "null and void". China argued that the essence of the case concerned issues of territorial sovereignty and maritime delimitation, and it accused the Tribunal of jurisdictional overreach. Besides China pointed out that

⁶¹ Chinese MFA, Position Paper of the Government of the People's Republic of China on the Matter of Jurisdiction in the South China Sea Arbitration Initiated by the Republic of the Philippines available at https://www.fmprc.gov.cn/nanhai/eng/snhwtlwcwj_1/201606/t20160602_8527277.htm; Qu (n 22) 212-213; Douglas W. Gates, 'International Law Adrift: Forum Shopping, Forum Rejection, and the Future of Maritime Dispute Resolution' (2017) 18 *Chi J Int'l L* 312-16; Chinese MFA, 'Statement of the Ministry of Foreign Affairs of the People's Republic of China on the Award on Jurisdiction and Admissibility of the South China Sea Arbitration by the Arbitral Tribunal Established at the Request of the Republic of the Philippines', 30 October 2015 available at: https://www.fmprc.gov.cn/eng/gjhdq_665435/2675_665437/2762_663528/2763_663530/202406/t20240607_11412225.html; Chinese MFA, Press Statement, 13 July 2016 available at: https://www.mfa.gov.cn/eng/zy/gb/202405/t20240531_11367336.html; PCA (n 52); PCA (n 3) para115-122; Davenport (n 11) 78-83, 98-99; Phan and Nguyen (n 11) 41.

⁶² Vienna Convention on the Law of Treaties, adopted on 23 May 1969, entered into force on 27 January 1980, 1155 UNTS 331.

⁶³ PCA (n 3) 459-60.

the award undermined LOSC's integrity and China's sovereign rights. Accordingly, China declared that it would not recognize or act upon the award, committing instead to pursue settlement through bilateral negotiations.⁶⁴ On the other hand, the Philippines, while not abandoning the award, has at times set it aside in favor of bilateral talks.⁶⁵ According to Asia Maritime Transparency Initiative, as of 2025, 27 governments have publicly called for the ruling to be respected, while 17 have issued generally positive statements acknowledging the verdict without explicitly urging compliance. Meanwhile, 8 governments have openly rejected the ruling.⁶⁶

Reportedly, in the aftermath of the arbitral decision, China continues to engage in activities that undermine the sovereign rights of other littoral States in the SCS. While some isolated actions aligned with the award's conclusions (e.g., permitting limited return of Filipino fishers to Scarborough Shoal, refraining from new large-scale reclamation projects), these were not acknowledged as compliance or change in China's well-known legal position.⁶⁷

Indeed, since 2016, China's operational conduct and administrative practices in the SCS seem to demonstrate a consistent rejection of the Tribunal's findings. Although the Award rejected China's alleged historic rights claim and confirmed the Philippines' entitlements in the surrounding EEZ, reportedly, Chinese Coast Guard have continued its law enforcement activities and interference with navigation and Filipino fishing activities well within the Philippine's EEZ. This conduct is depicted as harassment by the Philippines. For instance, the Filipino vessels conducting scientific research near Spratly islands were subjected to aggressive manoeuvres, military grade lasers and water cannon attacks of Chinese maritime militia vessels in May 2025. Moreover, there were multiple incidents at Scarborough Shoal in June-September 2025 period preventing Filipino vessels from operating in the area. Reportedly, China has also enhanced its physical control over Scarborough Shoal as of October 2025 through new floating barriers and the designation of a national environmental reserve. Apparently, this is to further restrict the Scarborough Shoal to Filipino fishermen which lies within the EEZ of the Philippines. Similarly, China appears to maintain a large presence of Coast Guard units and maritime militia boats around Mischief Reef also within the Philippine EEZ. In practice, this means that the Philippines' access to its own EEZ is basically blocked by China. Moreover, Beijing has taken legislative actions to establish new districts in SCS. On the other hand, there has been reduction in large scale Chinese reclamation activities in SCS. However, this may be perhaps better understood as the completion of the initial phase of artificial island construction rather than a substantive shift in non-compliance policy. In fact, it is submitted that China has recently directed its efforts toward consolidating and upgrading the military infrastructure on the already reclaimed

⁶⁴ Chinese MFA (n 61).

⁶⁵ Jayakumar (n 42) 281-91.

⁶⁶ Asia Maritime Transparency Initiative, 'Arbitration Support Tracker' <https://amti.csis.org/arbitration-support-tracker/> accessed 24 August 2025.

⁶⁷ Klein and McNally (n 7) 122-28; Campbell and Salidjanova (n 52).

features.⁶⁸

Overall, the post-award record and Chinese official rhetoric reflect persistent and systemic non-compliance, coupled with ongoing physical control over disputed features and maritime spaces. Hence, arguably, if China's conduct remains unchanged, it risks signalling that adherence to international maritime law is discretionary. This would directly contradict the objectives of promoting a rules based international maritime order.⁶⁹

Yet, notably, China hasn't denounced LOSC. On the contrary, it increasingly frames and attempts to justify its non-compliance policy on LOSC. Beijing argues that SCS Award is inconsistent with the LOSC. In this respect, Chinese diplomatic practice, such as declarations and joint statements, repeatedly highlights the central role of the LOSC albeit through an interpretation reflecting the selective reading of the Convention that diverges sharply from that adopted by the Tribunal. This maximalist approach is also at odds with the general approach of the law of the sea regime which consistently highlights the necessity of achieving equitable outcomes.⁷⁰ A salient example is the joint declaration issued by China and the Russian Federation which was circulated at the UN Security Council on 11 July 2025. This joint communication invoked the LOSC as a foundational instrument of the international maritime order. The declaration affirmed that: "5. States have the right to participate in the making of, interpreting and applying international law on an equal footing, and have the obligation to comply with international law in good faith and in a coherent and consistent manner." And further underscored that: "18. The People's Republic of China and the Russian Federation emphasize the important role of the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea in maintaining the rule of law relating to activities in the Oceans. It is of utmost importance that provisions of this universal treaty are applied consistently, in such a manner that does not impair rights and legitimate interests of States Parties and does not compromise the integrity of the legal regime established by the Convention." ⁷¹ Therefore, considering the foregoing, it appears that China continues to rely on the LOSC as a source of legitimacy for its legal position to justify its non-compliance with the SCS Award.

⁶⁸ Japan Ministry of Defence, *China's Activities in the South China Sea: China's Development Activities on the Features and Trends in Related Countries* (April 2025) available at: https://www.mod.go.jp/en/d_act/sec_env/pdf/ch_d-act_b.pdf accessed 11 December 2025; Centre for International Law of the National University of Singapore, 'South China Sea News Updates' available at: <https://cil.nus.edu.sg/research/ocean-law-policy/south-china-sea/south-china-sea-news-updates/> accessed 11 December 2025.

⁶⁹ Klein and McNally (n 7) 122-28; Campbell and Salidjanova (n 52).

⁷⁰ Ministry of Foreign Affairs of the People's Republic of China, 'Statement of the Ministry of Foreign Affairs of the People's Republic of China on the Award of 12 July 2016 of the Arbitral Tribunal in the South China Sea Arbitration Established at the Request of the Republic of the Philippines' (31 May 2024) https://www.mfa.gov.cn/eng/zy/gb/202405/t20240531_11367334.html; 'Foreign Ministry Spokesperson Lin Jian's Regular Press Conference on July 12, 2024' (updated 12 July 2024) https://www.mfa.gov.cn/eng/xw/fyrbt/lxjzh/202407/t20240730_11463258.html accessed 11 December 2025.

⁷¹ Permanent Representatives of China and the Russian Federation to the United Nations, 'Letter dated 10 July 2025 from the Permanent Representatives of China and the Russian Federation to the United Nations addressed to the Secretary-General' (11 July 2025) UN Doc A/79/970-S/2025/463.

China's rejection of the 2016 award represents the most significant case of non-compliance on substantial law of the sea issues under the LOSC dispute settlement system, raising broader concerns about the credibility of international adjudication. Thus, it risks eroding confidence in compulsory procedures under Part XV as an effective means of dispute resolution. While China's rhetoric casts doubt on the arbitration's impact and the value of the Philippines' recourse to LOSC, its long-term position remains uncertain. It is submitted that the States generally tend to comply with international rulings over time.⁷² It is hoped that China's current rejection of the award does not necessarily amount to permanent non-compliance.⁷³

There are indeed convincing reasons for compliance which serves disputing parties. First of all, judicial and arbitral decisions provide finality, avoiding the escalation of disputes and the risk of armed conflict. Second, compliance safeguards soft power. Thirdly, due to national sentiments in certain disputes it may be politically costly for the governments of disputing States to reach a compromise bilaterally. However, if a decision comes from a dispute settlement mechanism, compliance with such decisions can be politically less costly and less prone to criticism by their own publics. Ultimately, States recognize that the alternative to a rules based order is instability. Hence, all States have a long-term interest in compliance.⁷⁴

Notably, Tanaka notes that the legal impact of a judicial decision isn't undone simply because one party rejects its validity. While parties' reactions matter, they don't solely determine a decision's legal weight. Such rulings can influence future case law and how third States interpret international legal norms. Therefore, they can certainly influence the evolving jurisprudence and State practice.⁷⁵ Moreover, they can provide legal basis for a negotiated solutions in due course.

Defiance risks undermining the very integrity of the Convention. If a major power can disregard its fundamental principles with impunity, others may follow, threatening the coherence of a treaty from which China itself continues to benefit as a State Party. As Reichler, lead counsel of the Philippines in the SCS case, aptly notes, weakening the Convention may ultimately expose China to challenges from other great powers and erode the legal protections it currently relies upon. Indeed, China as an emerging global maritime power and seafaring nation may come to realization that rules based order serves its interests

⁷² Martijn Hoogelan, 'The South China Sea Dispute and the Role of LOSC in the Settlement of the Dispute' (2019) 32 *Rev Quebecoise de Droit Int'l* 93, 116; Klein and McNally (n 7) 122-28; Nguyen (n 14) 106.

⁷³ Government of China, 'Statement of the Government of the People's Republic of China on China's Territorial Sovereignty and Maritime Rights and Interests in the South China Sea' (12 July 2016) https://english.www.gov.cn/archive/publications/2016/07/12/content_281475391807773.htm accessed 2 September 2025; The Embassy of the People's Republic of China in New Zealand, 'China Stays Committed to Peace, Stability and Order in The South China Sea' (18 April 2022) http://nz.china-embassy.gov.cn/eng/ztd/NANHAI2015/202204/t20220418_10669054.htm accessed 2 September 2025; Julian Ku and Chris Mirasola, 'Tracking China's Compliance with the South China Sea Arbitral Award' (*Lawfare*, 3 October 2016) <https://www.lawfaremedia.org/article/tracking-chinas-compliance-south-china-sea-arbitral-award> accessed 9 August 2025.

⁷⁴ Reichler (n 60), (n 14) 9-10.

⁷⁵ Yoshifumi Tanaka, 'The South China Sea Arbitration After Eight Years' (2024) 103 *Int'l L Stud* 607, 640.

better in the long run.⁷⁶

Mixed disputes often present the greatest compliance challenges, since jurisdictional contestation and the symbolic weight of sovereignty over territory make adverse decisions politically harder to accept. However, the SCS arbitration is not of this character. Crucially, the Tribunal did not rule on sovereignty issues, hence, leaving China's core claim intact. In this respect there is merit in following the wisdom of Reichler who proposes engagement with China, rather than alienation, as a prospect for encouraging its adherence to the rule of law. Seen in this light, there is much to gain for China. Compliance would not only safeguard its long-term rights under LOSC but also strengthen its standing as a responsible power committed to the rule of law.⁷⁷

5. CONCLUSION

The credibility of the LOSC dispute settlement system, and of international maritime law more broadly, depends on States' willingness to comply with the decisions rendered under its compulsory procedures. State practice demonstrates that such compliance is overwhelmingly the norm. Most decisions and awards have been sooner or later implemented, with instances of non-compliance extremely rare and often partial. The system has thus proven credible. The LOSC dispute settlement system not only facilitates the peaceful resolution of disputes but also contributes to legal stability. Furthermore, it is also instrumental in the progressive development of the law of the sea regime.

The SCS arbitration nevertheless illustrates the structural limits of the LOSC system which essentially relies on consent and good faith rather than centralized enforcement. While this is not unique problem of the law of the sea regime, the categorical rejection of the Award by a permanent member of the UNSC puts certainly pressure on the LOSC dispute settlement regime.

Nonetheless, even where an award is formally rejected, it may continue to influence future State conduct. In this respect, China's non-compliance doesn't deprive the Award of its legal significance. On the contrary, the Award has clarified key aspects of the LOSC. More importantly, it has also strengthened the legal positions of other SCS littoral States as well. Furthermore, it provides a crucial reference point for future negotiations and dispute settlement in the SCS. Its significance therefore extends beyond the bilateral dispute between the two parties.

Compliance with international rulings contributes to the settlement of complex disputes, reduces the risk of escalation, and promotes legal stability. This explains why most States, including major powers, comply even with adverse decisions. Over time, considering diplomatic and reputation consequences, Beijing's position may also evolve, as has occurred in other instances of initial non-compliance.

⁷⁶ Diane A. Desierto, 'Enforcement Options and Paths to Compliance: Disputants and Global Stakeholders in *Philippines v. China*' (2018) 8 *AsianJIL* 71-75; Marvel (n 35) 484-86; Reichler (n 14) 9-10.

⁷⁷ Klein and McNally (n 7) 114, 139; Reichler (n 14) 14.

BIBLIOGRAPHY

- ASIL Debate: Compulsory Jurisdiction in International Dispute Settlement (2017) 111 *Am Soc’y Int’l L Proc* 129.
- Asia Maritime Transparency Initiative, ‘Arbitration Support Tracker’ <https://amti.csis.org/arbitration-support-tracker/> accessed 24 August 2025.
- Beckman R and Sim C, ‘Maritime Boundary Disputes and Compulsory Dispute Settlement: Recent Developments and Unresolved Issues’ in Myron H Nordquist and others (eds), *Legal Order in the World’s Oceans: UN Convention on the Law of the Sea* (Brill 2018).
- Becker-Weinberg V, ‘The SCS Arbitration and the China– Philippines Relations Beyond the Award’ in Stephen Minas and H Jordan Diamond (eds), *Stress Testing the Law of the Sea Dispute Resolution, Disasters & Emerging Challenges* (A Law of the Sea Institute Publication 2016).
- Boyle, Alan E, ‘Dispute Settlement and the Law of the Sea Convention: Problems of Fragmentation and Jurisdiction’ (1997) 46 *ICLQ* 37.
- Campbell C and Salidjanova N, ‘South China Sea Arbitration Ruling: What Happened and What’s Next?’ (Center for a New American Security, 2016) <https://www.cnas.org/publications/report/south-china-sea-arbitration-ruling-what-happened-and-whats-next> accessed 1 September 2025.
- Carpio AT, *Defending Philippine Sovereign Rights in the West Philippine Sea* (YouTube, 4 July 2020) <https://www.youtube.com/watch?v=2GWcgKNMxjo> accessed 11 December 2025.
- Centre for International Law, National University of Singapore, *South China Sea News Updates* <https://cil.nus.edu.sg/research/ocean-law-policy/south-china-sea/south-china-sea-news-updates/> accessed 11 December 2025.
- China and Russian Federation, ‘Letter dated 10 July 2025 from the Permanent Representatives of China and the Russian Federation to the United Nations addressed to the Secretary-General’ (11 July 2025) UN Doc A/79/970–S/2025/463.
- Churchill R, ‘The Persisting Problem of Non-compliance with the Law of the Sea Convention: Disorder in the Oceans’ (2012) 27 *IJMCL* 816.
- Churchill R and Hartmann J, *Submission to the House of Lords Select Committee Inquiry: UNCLOS: fit for purpose in the 21st century?* (Written Evidence, 26 November 2021).
- Collins R, ‘Navigating Choppy Waters’ in R Buchan, D Franchini and N Tsagourias (eds), *The Changing Character of International Dispute Settlement* (Cambridge 2022).
- Davenport T, ‘Procedural issues arising from China’s non-participation in the South China Sea Arbitration’ in S Jayakumar and others (eds), *The South China Sea Arbitration: The Award and Its Implications* (Edward Elgar Publishing 2018).
- Declarations made by States Parties under Article 298, International Tribunal for the Law of the Sea (ITLOS) <<https://www.itlos.org/en/main/jurisdiction/declarations-of-states-parties/declarations-made-by-states-parties-under-article-298>> accessed 14 August 2025.
- Desierto DA, ‘Enforcement Options and Paths to Compliance: Disputants and Global Stakeholders in *Philippines v. China*’ (2018) 8 *AsianJIL* 71.
- Evans Sir MD and Ioannides NA, ‘The ICJ and the Law of the Sea dispute settlement system’ in Achilles Skordas (eds), *Research Handbook on the ICJ* (Elgar 2025).
- Evans, MD and Lewis R, *Islands, Law and Context: The Treatment of Islands in International Law* (Edward Elgar Publishing 2023).
- Fietta S and Cleverly R, *A Practitioner’s Guide to Maritime Boundary Delimitation* (OUP 2016).
- Government of the People’s Republic of China, ‘Position Paper of the Government of the People’s Republic of China on the Matter of Jurisdiction in the South China Sea Arbitration Initiated by the Republic

- of the Philippines' (7 December 2014).
- Government of China, 'Statement of the Government of the People's Republic of China on China's Territorial Sovereignty and Maritime Rights and Interests in the South China Sea' (12 July 2016).
- Herosian C, 'Enforcing the Unenforceable: How to Rely on International Law to Curb China from Illegal Territorial Claims in the SCS' (2018) 41 *Suffolk Transnat'l L Rev* 335.
- Hoogelan M, 'The South China Sea Dispute and the Role of LOSC in the Settlement of the Dispute' (2019) 32 *Rev Quebecoise de Droit Int'l* 93.
- Huneus AV, 'Compliance with International Court Judgments and Decisions' in Karen J Alter, Cesare Romano and Yuval Shany (eds), *The Oxford Handbook of International Adjudication* (OUP 2013).
- Japan Ministry of Defense, *China's Activities in the South China Sea: China's Development Activities on the Features and Trends in Related Countries* (April 2025) https://www.mod.go.jp/en/d_act/sec_env/pdf/ch_d-act_b.pdf accessed 11 December 2025.
- Jayakumar S and others (eds), *The South China Sea Arbitration: The Award and Its Implications* (Edward Elgar Publishing 2018).
- Klein N, *Dispute Settlement in the UN Convention on the Law of the Sea* (Cambridge 2005).
- Klein N, 'Expansions and Restrictions in the LOSC Dispute Settlement Regime' (2016) 15 *Chinese Journal of International Law* 94.
- Klein N and McNally J, *Compliance with Decisions of the Dispute Settlement Bodies of the UN Convention on the Law of the Sea* (Brill 2023).
- Kraska J, 'Deterrence and Compliance in East Asia's Maritime Order' in James Kraska and Heecheol Yang (eds), *Peaceful Management of Maritime Disputes* (Routledge 2023).
- Ku J and Mirasola C, 'Tracking China's Compliance with the South China Sea Arbitral Award' (Lawfare, 3 October 2016) <https://www.lawfaremedia.org/article/tracking-chinas-compliance-south-china-sea-arbitral-award> accessed 9 August 2025.
- Kunoy B, 'The Scope of Compulsory Jurisdiction and Exceptions Thereto under the United Nations Convention on the Law of the Sea, *The Canadian Yearbook of Int Law*, Vol. 58 (2020).
- Lanovoy V, 'Dispute Settlement and Ocean Governance' in Stephen Borg and others (eds), *Research Handbook on Ocean Governance* (Elgar 2022).
- Marvel, MJC, *The South China Sea Arbitration* (Cambridge University Press 2024).
- Ministry of Foreign Affairs of the People's Republic of China, 'Statement of the Ministry of Foreign Affairs of the People's Republic of China on the Award of 12 July 2016 of the Arbitral Tribunal in the South China Sea Arbitration Established at the Request of the Republic of the Philippines' (31 May 2024) https://www.mfa.gov.cn/eng/zy/gb/202405/t20240531_11367334.html accessed 11 December 2025.
- Ministry of Foreign Affairs of the People's Republic of China, 'Foreign Ministry Spokesperson Lin Jian's Regular Press Conference on July 12, 2024' (12 July 2024) https://www.mfa.gov.cn/eng/xw/fyrbt/lxjzh/202407/t20240730_11463258.html accessed 11 December 2025.
- Mitchell SM and Owsiak AP, 'Judicialization of the Sea' (2021) 115 *American Journal of International Law* 1.
- Noyes J, 'Compulsory Third-Party Adjudication and the UNCLOS' (1989) 4 *Conn Journal of Law* 1.
- Nguyen LN, 'The Contribution of LOSC Dispute Settlement Bodies to the Development of the Law of the Sea' (PhD dissertation, Darwin College 2018).
- Nguyen LN, 'The LOSC Dispute Settlement System: What Role Can It Play in Resolving Maritime Disputes in Asia?' (2018) 8 *Asian Journal of International Law* 1.

- Nguyen LN and Vu TM, 'China, Philippines After the Arbitration: Does Non-Compliance Matter?' (The Diplomat, 2016) <https://thediplomat.com/2016/07/china-philippines-after-the-arbitration-does-non-compliance-matter/> accessed 1 September 2025.
- Nguyen HT and Nguyen TLH, 'The SCS Arbitration Award: 5 Years and Beyond' (The Diplomat, 2021) <https://thediplomat.com/2021/07/the-south-china-sea-arbitration-award-5-years-and-beyond/> accessed 1 September 2025.
- Oxman BH, 'Nonparticipation and Perceptions of Legitimacy' (2019) 37 *Berkeley Journal of International Law* 235.
- Oxman B, 'Courts and Tribunals: The ICJ, ITLOS, and Arbitral Tribunals' in Donald Rothwell and others (eds), *The Oxford Handbook of the Law of the Sea* (OUP 2015).
- Phan HD, 'International Courts and State Compliance: An Investigation of the Law of the Sea Cases' (2019) 50 *Ocean Development & International Law* 70.
- Phan HD and Nguyen LN, 'The SCS Arbitration: Bindingness, Finality, and Compliance with LOSC Dispute Settlement Decisions' (2018) 8 *Asian Journal of International Law* 1.
- Powell EJ and Mitchell SM, 'Forum Shopping for the Best Adjudicator' (2022) 9 *J Territory & Maritime Studies* 1.
- Proelss A (ed), *The United Nations Convention on the Law of the Sea: A Commentary* (Hart Publishing 2017).
- Qu B, 'China's Theory and Practice on Maritime Dispute Resolution' in Takashi Yanagawa (ed), *Implementation of the United Nations Convention on the Law of the Sea State Practice of China and Japan* (Springer 2021).
- Reichler PS, 'The Rule of Law and the Path to a Just and Lasting Peace in the SCS' (2017) 1 *Japan Review* 9.
- Reichler P, Center for Strategic & International Studies, 'Recent Trends in the South China Sea and U.S. Policy: Day 2 Welcome and Keynote' (YouTube, 11 July 2014) <https://www.youtube.com/watch?v=CCoiBS1bdIY> accessed 2 September 2025.
- Roach JA, 'Dispute Settlement Mechanisms for SCS Issues' in Keyuan Zou (ed), *Routledge Handbook of the South China Sea* (Routledge 2021).
- Rosenne S, 'Arbitrations under Annex VII of the UNCLOS' in Rüdiger Wolfrum (eds), *Law of the Sea: Liber Amicorum Judge Thomas A. Mensah* (Martinus Nijhoff 2007).
- Rothwell D and others (eds), *The Oxford Handbook of the Law of the Sea* (OUP 2015).
- Rothwell D, Elferink AO, Scott K and Stephens T, 'Charting the Future for the Law of the Sea' in Donald Rothwell and others (eds), *The Oxford Handbook of the Law of the Sea* (OUP 2015).
- Spijkers O, 'Non-participation in Arbitral proceedings under Annex VII United Nations Convention on the Law of the Sea: Arctic Sunrise and South China Sea compared' in A del Vecchio and R Virzo (eds), *Interpretations of the United Nations Convention on the Law of the Sea by international courts and tribunals* (Springer International Publishing Switzerland 2019).
- Talmon S, 'The South China Sea Arbitration and the Finality of 'Final' Awards' (2017) 8 *JIDS* 2.
- Tamada D, 'LOSC Dispute Settlement Mechanism' (2018) 61 *Japanese Yearbook of International Law* 1.
- The Embassy of the People's Republic of China in New Zealand, 'China Stays Committed to Peace, Stability and Order in The South China Sea' (18 April 2022) http://nz.china-embassy.gov.cn/eng/ztbd/NANHAI2015/202204/t20220418_10669054.htm accessed 2 September 2025.
- UNGA Res 55/2, *United Nations Millennium Declaration* (18 September 2000).
- Tanaka Y, 'The South China Sea Arbitration After Eight Years' (2024) 103 *International Law Studies* 607.
- Tzeng P, 'A Strategy of Non-Participation before International Courts and Tribunals' (2020) 19 *Law & Practice of International Courts & Tribunals* 1.

- Waseem M, 'ITLOS at 20' in Stephen Minas (eds), *Stress Testing the Law of the Sea Dispute Resolution* (A Law of the Sea Institute 2016).
- Whomersley C, 'The South China Sea Arbitration and its Implications' in Keyuan Zou (ed), *Routledge Handbook of the South China Sea* (Routledge 2021).
- Wolfrum R, 'Potential of the International Dispute Settlement Mechanisms as Established Under LOSC' in Lan Anh T Nguyen and Hai Dang Vu (eds), *Viability of LOSC amid Emerging Global Maritime Challenges* (Springer 2021).



The Boğaziçi Law Review

ISSN: 3023-4611

Journal homepage: <https://dergipark.org.tr/tr/pub/blr>

Voices of The Displaced: Identifying Lasting Solutions Through The Experiences of IDPs in Afghanistan

Yerinden Edilenlerin Sesleri: Afganistan'da Ülke İçinde Yerinden Edilenlerin Deneyimleri Aracılığıyla Kalıcı Çözümler Belirlemek

Ali Wardak, Kate Williams, Palash Kamruzzaman, Yaseen Ayobi

To cite this article: Ali Wardak, Kate Williams, Palash Kamruzzaman, Yaseen Ayobi, 'Voices of The Displaced: Identifying Lasting Solutions Through The Experiences of IDPs in Afghanistan' (2025) 3(2) The Boğaziçi Law Review 212.

Submission Date: 6 November 2025

Acceptance Date: 28 December 2025

Article Type: Research Article

 © 2025 Ali Wardak, Kate Williams, Palash Kamruzzaman, Yaseen Ayobi.
Published with license by Boğaziçi University Publishing

 Published online: December 2025

 Submit your article to this journal 

Full Terms & Conditions of access and use can be found at
<https://dergipark.org.tr/tr/pub/blr>

VOICES OF THE DISPLACED: IDENTIFYING LASTING SOLUTIONS THROUGH THE EXPERIENCES OF IDPS IN AFGHANISTAN*

YERİNDEN EDİLENLERİN SESLERİ: AFGANİSTAN'DA ÜLKE İÇİNDE YERİNDEN EDİLENLERİN DENEYİMLERİ ARACILIĞIYLA KALICI ÇÖZÜMLER BELİRLEMEK

Ali Wardak^a , Kate Williams^b , Palash Kamruzzaman^c , Yaseen Ayobi^d 

^a (Emeritus) Prof. Dr., University of South Wales.

^b Dr., Welsh Centre for Crime and Social Justice (WCCSJ).

^c Dr., University of South Wales.

^d Dr., The University of Melbourne.

ABSTRACT

This paper explores potential lasting solutions to the crisis of internal displacement in Afghanistan as identified by Internally Displaced People (IDPs) in the country. The arguments are based on interviews with IDPs, Afghanistan's government officials as well as local and international humanitarian aid providers. Empirical findings indicate that while war had been the main cause of internal displacement in Afghanistan, drought, natural disasters, and a lack of income-generating opportunities also contributed to this complex problem. This situation has caused loss of dignity, poverty and suffering among IDPs across the country. Although various phases of the long Afghan war had caused internal displacement over the past four and a half decades, failure to find lasting solutions to displacement contributed to continued displacement, suffering and to war. We argue that local and international responses to the IDPs problem in Afghanistan have been inadequate, uncoordinated, focused on 'short-termism', and have lacked a long-term vision. We conclude that lasting solutions to the crisis require a combination of sustainable peace, inclusive state institutions, strong political will from the international community and from Afghanistan's ruling authorities as well as targeted development aid. Such efforts must support the dignified return of IDPs and their reintegration into their places of origin, or their permanent settlement in the communities where they currently live.

Keywords: Internally Displaced Persons (IDPs), war, violence, Indignity, inclusive development, sustainable peace, Afghanistan.

ÖZET

Bu makale, Afganistan'daki ülke içinde yerinden edilenler (IDP'ler) tarafından belirlenen, ülkenin iç yerinden edilme krizine yönelik potansiyel kalıcı çözümlerini incelemektedir. İleri sürülen düşünceler IDP'lerle, Afganistan hükümet yetkilileriyle, yerel ve uluslararası insani yardım sağlayıcılarıyla yapılan

* The authors would like to thank the participants in Afghanistan for their time and invaluable insights. We would also like to thank the British Academy for their support in funding this project (Ref: SDP2\100384). We would also like to thank Cansu Türkmen, Assistant Editor of BLR, for her valuable contributions to the editorial process and coordination of this publication.

görüşmelere dayanmaktadır. Ampirik bulgular, Afganistan'da iç yerinden edilmenin başlıca nedeni savaş olmasına rağmen kuraklık, doğal afetler ve kazanç fırsatlarının eksikliğinin de bu karmaşık probleme katkıda bulunduğunu göstermektedir. Bu durum, ülke genelindeki IDP'ler arasında insan onuru zedelenmesi, yoksulluk ve acıya yol açmıştır. Uzun Afgan savaşının son kırk beş yıl boyunca çeşitli aşamalarıyla iç yerinden edilmeye yol açmış olmasına rağmen, yerinden edilme sorununa kalıcı çözümler bulunamaması, sürekli olarak bu sorunun devamına, acıya ve savaşa katkıda bulunmuştur. Makalede, Afganistan'daki IDP sorununa yönelik yerel ve uluslararası müdahalelerin yetersiz, koordinasyonsuz, kısa vade odaklı ve uzun vadeli bir vizyondan yoksun olduğunu savunuyoruz. Sonuç olarak, krize kalıcı çözümler bulabilmek için sürdürülebilir barış, kapsayıcı devlet kurumları, uluslararası toplum ve Afganistan otoritelerinin güçlü siyasi iradesi ile hedefe yönelik kalkınma yardımlarının bir kombinasyonuna ihtiyaç bulunmaktadır. Bu yöndeki çalışmalar, IDP'lerin onurlu bir şekilde asıl yerleşim yerlerine dönmelerini ve yeniden entegrasyonlarını ya da mevcut yaşadıkları topluluklara kalıcı olarak yerleşmelerini desteklemelidir.

Anahtar kelimeler: IDPs, ülke içi yerinden edilme, savaş, şiddet, onur kırıcı muamele, kapsayıcı kalkınma, sürdürülebilir barış, Afganistan

1. INTRODUCTION AND RESEARCH METHODS

Afghanistan had been used as a battlefield by competing regional and global powers since its invasion by the Soviet Red Army in December 1979 until the withdrawal of the US-led NATO forces from the country on 15 August 2021. The long and devastating war resulted in the displacement of several million Afghans inside and outside the country over the years.¹ Internal displacement became a constant feature of Afghan society throughout this period, and yet neither Afghanistan's Government(s), nor international organisations have ever offered lasting solutions. This situation contributed to both continued suffering and continued war(s). In discerning lasting solutions, which are meaningful to the Internally Displaced Persons (IDPs), this research provides a detailed account of their experiences of violence, displacement, and loss of dignity, as well as national and international responses.²

Due to the security situation, the researchers were not permitted to visit Afghanistan, and therefore all data was collected from a distance either via telephone, or using tablets with the assistance of local research facilitators in the country. To ensure a full range of insights, experiences and stories, the research sample included IDPs, humanitarian field staff, and senior professionals (humanitarian and political). The sample was drawn from different provinces, key regions, and cities to ensure data from across Afghanistan was captured. This

¹ UNHCR, *Global Focus: Afghanistan Situation* (2025) <<https://reporting.unhcr.org/operational/situations/afghanistan-situation#:~:text=In%202025%2C%20UNHCR%20will%20deliver,focus%20on%20women%20and%20girls>> ; UNHCR, *Afghanistan Refugee Crisis Explained* (USA for UNHCR, 19 July 2024) <<https://www.unrefugees.org/news/afghanistan-refugee-crisis-explained/>> ; Schmeidl S, *Four Decades of Afghan Displacement* (German Federal Agency for Civic Education (Bundeszentrale für Politische Bildung/bpb) 2019) <<https://www.bpb.de/gesellschaft/migration/laenderprofile/284416/four-decades-of-afghan-displacement>> accessed 5 September 2025.

² Palash Kamaruzzaman, Kate Williams, Ali Wardak, Laura Cowley, Mohammad Yaseen Ayobi, Alef-Shah Zadrán and Mohammad Ehsanul Kabir, *Evidence on internal displacement in Afghanistan: In search of dignified life, durable solutions, and sustainable development for the Afghan internally displaced people, Field Research Report*, the British Academy and University of South Wales <<https://pure.southwales.ac.uk/en/publications/evidence-on-internal-displacement-in-afghanistan-in-search-of-dig>> accessed 20 December 2025

research adopted a mixed methods approach comprising:

- two surveys (one with the IDPs and the other with staff members working at the frontline of humanitarian organizations) primarily designed to facilitate quantitative analysis of issues related to displacement, experiences of violence and loss of dignity.
- semi-structured interviews (with IDPs, front-line workers, professionals, policy-makers, Non-Governmental Organisations (NGOs) and with other members of civil society). These interviews explored the reasons for displacement/migration, the journeys of the IDPs, the meaning of dignity for IDPs, the ways in which loss of dignity had been experienced, the strategies of change/adaptation (both group and individual) and the medium to long-term solutions each group envisaged.
- narrative/storytelling unstructured interviews which provide another, deeper, layer of understanding from the migrants/IDPs perspective.

IDPs and field staff members (working at the frontline humanitarian organizations) were purposefully chosen from specific areas, ensuring a cross-section of types of settlement (camps, settlements, or mixed with host-communities), types of environments (urban and semi-urban), in different parts of Afghanistan. Data was also collected from senior humanitarian and political professionals. The data was collected in areas which were largely government controlled, those largely Taliban controlled, and areas that were contested (where fighting was on-going). Data was collected from 8 provinces: Kabul; Nangarhar; Paktya; Mazar; Kunduz; Herat; Kandahar; and Badakhshan.

The IDPs survey was conducted in one of the local languages, *Pashto*, or *Dari* (dependent on the preference of the IDPs), while the frontline staff survey was conducted in English. Both surveys included closed and open-ended questions on the causes of displacement, available aid, assessments of aid quality and distribution, dignity, hopes for lasting solutions, and a sustainable future. Additional topics included coping strategies, recovery, access to basic and emergency services, and durable solutions

Senior staff were interviewed for their policy and strategic insights into the crisis and possible solutions. Semi-structured interviews were conducted with them, alongside 20 in-depth narrative storytelling interviews with IDPs to capture a deeper, more nuanced understanding of their experiences of violence and dignity.

Care was taken to ensure that the views of both men (55%) and women (45%) were captured (see Table 1). Before agreeing to be involved in either surveys or interviews, all participants were provided with detailed information sheets enabling them to give informed consent (or refuse to be involved). The array of participants and geographic spread ensured a more holistic understanding of displaced persons (from a practical, experiential, and strategic perspectives), and ensured that findings were not merely relevant to one community or area.

| Research tool | Male | Female | Total |
|----------------------|------|--------|-------|
| Interviews with IDPs | 156 | 105 | 261 |

| | | | |
|--|-----|-----|-----|
| Interviews with humanitarian field-staff | 32 | 8 | 40 |
| Interviews with senior staff | 8 | 5 | 13 |
| Storytelling with IDPs | 10 | 10 | 20 |
| Surveys with IDPs | 239 | 288 | 527 |
| Surveys with Staff | 82 | 14 | 96 |
| Total | 527 | 430 | 957 |

Table 1: Data Collection Methods and the Number of Respondents Disaggregated by Gender

All interviews were carefully transcribed in the original language, and those in *Dari* and *Pashto* were then carefully translated into English. At the translation stage, local Afghan experts were hired to ensure that both the verbal and non-verbal contexts of discussions - including vocalisation of the language and discourse - were accurately translated and to ensure that the translation captured nuances in meaning.³ Surveys were analysed using Tableau software, and qualitative interviews were analysed using thematic analysis and organised via Nvivo.

In order to contextualise the findings of this study, the paper first provides a background to the long war and displacement in Afghanistan before examining IDPs' experiences of violence and indignity, and local and international responses to their plights. The paper then analyses the complex links between resettlement, development and peace in Afghanistan, and provides policy-oriented conclusion.

2. RECENT HISTORY OF WAR AND DISPLACEMENT IN AFGHANISTAN

Afghanistan with its history of foreign conquerors and rivalries among internal warring factions is a mountainous landlocked country at the crossroads of Central and South Asia, which is referred to as 'the graveyard of empires'.⁴ Despite two failed attempts to conquer Afghanistan between 1838–42 and 1878–81,⁵ the British managed to enflame tribal divisions by creation of the Durand Line in 1893 that separate it from what is now North- Western Pakistan. The border not only resulted in continuous dispute between Afghanistan and Pakistan, but also reduced the capacities of Afghan state institutions to provide necessities and services to all citizens.⁶

While this situation resulted in periodical displacement, it was the Marxist Coup of 1978 followed by the Soviet invasion in 1979 that led to both massive volumes of internal displacement

³ Abfalter D, Mueller-Seeger J and Raich M, 'Translation Decisions in Qualitative Research: A Systematic Framework' (2020) 24 *International Journal of Social Research Methodology* 469.

⁴ Hughes RG and Fergusson J, "'Graveyard of Empires': Geopolitics, War and the Tragedy of Afghanistan' (2019) 34(7) *Intelligence and National Security* 1070.

⁵ Dupree L, 'The First Anglo-Afghan War and the British Retreat of 1842: The Functions of History and Folklore' (1976) 26(3/4) *East and West* 503.

⁶ Kaura V, *The Durand Line: A British Legacy Plaguing Afghan-Pakistani Relations* (Middle Eastern Institute 2017) <<https://www.mei.edu/publications/durand-line-british-legacy-plaguing-afghan-pakistani-relations>> accessed 12 November 2025.

and fleeing to neighbouring countries – mainly Pakistan and Iran.⁷ Further displacements followed the USA-led NATO military intervention in Afghanistan in 2001. In fact, the period between 1978 - 2021 had seen a series of persistent violence, invasions, internal war proxies and civil-wars, which forced large numbers of Afghans to flee to neighbouring provinces and countries in different phases that are described in this section.⁸ With the USA-led NATO intervention in Afghanistan in 2001, and the formation of a USA-supported administration(s) in the country, several hundreds of thousands of returnees arrived back to their villages bringing skills and ideas for building new livelihoods.⁹ However, this development had not been sustained because war continued and caused further deaths, displacement, loss of livelihood and dignity.¹⁰ Indeed, due to persistent conflict, poverty and natural disasters – including drought, floods, storms and earthquakes displacement had become a common coping mechanism for many Afghans and an inevitable feature of life for at least two generations. We will examine the IDPs' experiences of violence, indignity, local and international responses to displacement as well as lasting solutions, but first it is important to examine key phases displacement in Afghanistan.

3. PHASES OF PROTRACTED DISPLACEMENT IN AFGHANISTAN

Despite the evidence of periodic historical displacements, for example during the rule of King Amir Abdul-Rahman Khan and of King Zahir Shah, our study focuses on the past four and a half decades. From 1987 to 2025, displacement had become a complex, acute, fluid and protracted phenomena driven by a variety of factors that were mentioned earlier. Based on key data sources (See Figure 1 below), six loosely demarcated phases of displacement in Afghanistan can be differentiated in this crucial period: Phase one was the Soviet invasion that ran from 1978 to 1989; phase two (1990 – 1995) was the subsequent civil war that erupted when Soviet forces withdrew from Afghanistan; the third phase was the Taliban first rule (1996– 2001); the fourth phase is identified as the USA-led NATO intervention (2001 – 2021); the fifth phase is the US-led NATO military transition to the (former) Afghan government forces and the eventual withdrawal of all foreign forces from Afghanistan (2014 – 2021); phase six represents the Taliban takeover and their new regime in Afghanistan (2021 – present). As figure 1 below illustrates that since boundaries between the six phases of displacement in Afghanistan overlapped and the flows of displacement were fluid, the corresponding figures for each phase represent best estimates that are based on data recorded by reliable sources.

⁷ Bhutta ZA, 'Children of War: The Real Casualties of the Afghan Conflict' (2002) 324(7333) *BMJ* (Clinical Research Edition) 349.

⁸ International Displacement Monitoring Centre, *Country Profile: Afghanistan* (2023) <<https://www.internal-displacement.org/countries/afghanistan>> accessed 15 March 2025.

⁹ Dashti Z, 'Afghan External Migration Movements in the Historical Process' (2022) 6 *Asya Studies* 301.

¹⁰ Kamuruzzaman et al (n 2).

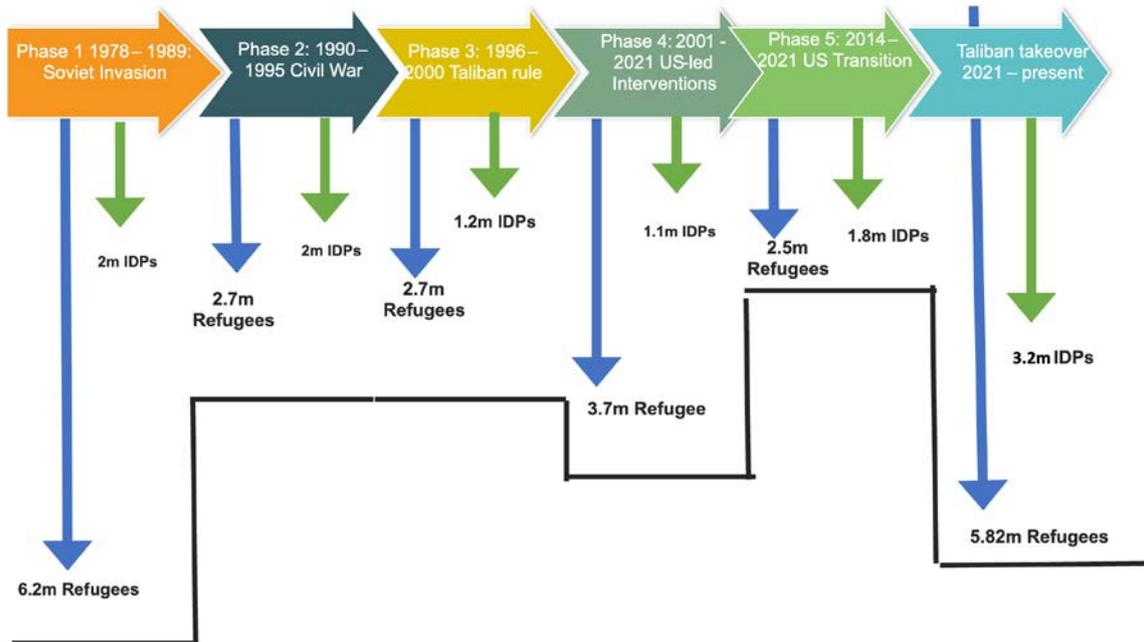


Figure 1: Displacement Journey from 1978 to 2025 in Afghanistan¹¹

3.1. PHASE I: MARXIST COUP AND SOVIET INVASION (1978 – 1989)

In April 1978, the People’s Democratic Party of Afghanistan toppled the Republic of Afghanistan – a nationalist government of President Mohammad Daoud – through a military coup. This led some Afghan political groups to mobilise their followers to unseat the Marxist regime, which invited the Soviets to send troops for its support. The ensuing long war led to massive destruction of the country’s economic infrastructure, and drove over 6 million refugees to flee the country, and two million others displaced inside the country. The Central Intelligence Agency (CIA) invested in a 10-year multi-billion dollar project aimed to support the displaced refugee communities in Pakistan, from where most anti-Soviet Mujaheddin fighters were recruited:

Despite signs of corruption in both the military and humanitarian aid programs as early as 1982, Congress ultimately provided nearly \$3 billion in covert aid for the mujahidin [largely displaced refugees from Afghanistan], more than all other CIA covert operations in the 1980s combined. By 1987, the United States was

¹¹ For data sources see Dashti (n 9), UNCHR 2025 (n 1); UNCHR 2024 (n 1); Schmeidl (n 1); and International Displacement Monitoring Centre’s report monitors displacement trends and its data is regularly updated, see (n 8) and previous editions.

providing the rebels with nearly \$700 million in military assistance a year, more than what Pakistan itself was receiving from Washington.¹²

This helped to strengthen the military and political campaign of the various Afghan Mujahidin factions against the Soviet forces and the pro-Soviet Marxist regime in Kabul. The Jihad of these groups – alongside that of the Iran-based Mujahideen – led to the defeat of the Red Army in Afghanistan and to the withdrawal of its troops in 1989. However, the war against the Pro-Soviet Afghan regime continued as described below.

3.2. PHASE II: CIVIL WAR (1990 – 1995)

Despite the withdrawal of Soviet troops in 1989, the last Soviet supported government in Afghanistan managed to stay in power until 1992. After the fall of the Marxist regime, fighting over political power among various Mujahideen groups resulted in an intense civil war in the post-Marxist era.¹³ During this period, vulnerable displaced people, once again, became a source of recruitment by the various Mujahidin factions backed by different regional and global powers. This situation led to chaos in Kabul: different parts of the capital were controlled by different Mujahideen factions from where they launched attacks on each other. Research indicates that widespread human rights violations such as summary executions, abuse of prisoners, abduction, disappearances, rape, sexual violence, imprisonment, pillage and torture were committed by all factions.¹⁴ These atrocities led to further internal displacement (totalling two million), and drove many others to flee to neighbouring countries, mainly Iran and Pakistan, both of which hosted over two and half millions Afghan refugees in total.¹⁵

3.3. PHASE III: FIRST TALIBAN REGIME (1996 – 2001)

In the early 1990s, a relatively small clerical movement (Taliban) emerged from Afghan refugee camps in Pakistan and positioned itself mainly in Kandahar. Children of many Afghans who were displaced between 1978 – 1995 were admitted to Madrassas (Islamic seminary schools) in Pakistan, or in its border areas with Afghanistan.¹⁶ Some of the Madrassas were run by the Taliban who taught young male Afghans their selective version of Islam – a strict, traditionalist brand of Islam based on the *Deobandi* School of Hanafi jurisprudence,¹⁷ in the midst of anarchy created by the infighting among Mujahideen factions, the Taliban started to intervene. Following their success

¹² Galster S, *Afghanistan: Lessons from the Last War* (The National Security Archive 2001) 6 <<https://nsarchive2.gwu.edu/NSAEBB/NSAEBB57/essay.html>> accessed 12 November 2025.

¹³ Ruiz HA, *Afghan Refugees Shunned and Scorned* (United States Committee for Refugees and Immigrants 2001). <<https://www.refworld.org/pdfid/3bc1918810.pdf>> accessed 12 November 2025.

¹⁴ Jackson A, *The Cost of War: Afghan Experiences of Conflict, 1978–2009* (2009) <https://www-cdn.oxfam.org/s3fs-public/file_attachments/afghanistan-the-cost-of-war_14.pdf> accessed 12 November 2025.

¹⁵ Sifton J (Human Rights Watch), *Blood-Stained Hands: Past Atrocities in Kabul and Afghanistan's Legacy of Impunity* (Asia: Human Rights Watch 2005) <<https://www.hrw.org/report/2005/07/06/blood-stained-hands/past-atrocities-kabul-and-afghanistans-legacy-impunity>> accessed 12 November 2025

¹⁶ Council on Foreign Relations, *The Taliban* (Council on Foreign Relations 1999) <<https://www.cfr.org/taliban/#/>> accessed 15 March 2025.

¹⁷ Barfield T, *Afghanistan: A Cultural and Political History* (Princeton University Press 2010).

in disarming bandits and criminals associated with some Mujahideen factions in Kandahar in 1994, the Taliban took Jalalabad city in eastern Afghanistan in 1996.¹⁸ The Taliban were embraced by local people and two weeks later they captured Kabul, but the fight continued in northern Afghanistan. The war between Taliban and the Northern Alliance of former Mujahideen warlords led to countless internal displacements from the Shomali plains.¹⁹ Although the Taliban ended the criminalised anarchy created by the Mujahideen and restored order through much of Afghanistan,²⁰ they are reported to have committed widespread human rights violations including massacres, torture, extrajudicial executions, disappearances, persecution of Shia Muslims, gender-related crimes and practiced institutionalised gender/sexual apartheid in Afghanistan.²¹ These violations and sever restrictions imposed on individual freedoms by the Taliban regime triggered new wave of displacement: thousands of educated élite, professionals and urbanites, left Afghanistan, or were displaced to the northern Afghan city of Mazar-e-Sharif, and the total number of both IDPs and refugees is estimated close to four million during this period.²²

3.4. PHASE IV: US-LED INVASION (2001 – 2021)

Following the 9/11 terrorist attacks on targets in the USA, the Taliban government, which refused to hand over Osama bin Laden, was toppled by the Bush administration (with the help of the Northern Alliance warlords). The US-led invasion of Afghanistan in 2001 started against a backdrop of drought, acute poverty, malnutrition, poor education and poor health services caused by prolonged civil-war in Afghanistan. The overthrow of the Taliban government was initially welcomed by many in Afghanistan as it promised rebuilding the country: reconstruction projects funded by the USA and international donors, employment opportunities, education for girls and boys, advocacy for human rights, development aid and ‘nation-building’.²³ Very importantly, between 2002 and 2015, more than 5.8 million refugees felt able to return to Afghanistan.²⁴ While there was no major internal displacement in the immediate aftermath of the invasion in 2001, aerial bombing by US-led NATO forces in the South and West of Afghanistan continued to cause destruction and internal displacement.

More importantly, as very little was done to enable IDPs a dignified return to their places of origin, (or their long-term settlement in the communities where they lived),

¹⁸ Ruiz (n 13).

¹⁹ *ibid.*

²⁰ John Braithwaite and Ali Wardak, ‘Crime and War in Afghanistan: Part I: The Hobbesian Solution’ *British Journal of Criminology* 53(2) (2013) 179.

²¹ Grossman P, ‘Truth, Justice and Stability in Afghanistan’ in N Roht-Arriaza and J Mariezcurrena (eds), *Transitional Justice in the Twenty-First Century, Beyond Truth Versus Justice* (Cambridge University Press 2006) 255–77 <www.restorativejustice.org/articlesdb/articles/7724> accessed 12 November 2025.

²² Dashti (n 9).

²³ Beath A, Christia F, Enikolopov R and Kabuli SA, *Randomized Impact Evaluation of Phase II of Afghanistan’s National Solidarity Programme (NSP): Estimates of Interim Program Impact from First Follow-up Survey* (2010) <http://www.nsp-ie.org/reports/BCEK-Interim_Estimates_of_Program_Impact_2010_07_13.pdf> accessed 12 November 2025.

²⁴ Crawford N, ‘War-related Death, Injury, and Displacement in Afghanistan and Pakistan 2001–2014’ (2015) Watson Institute for International Studies <<https://reliefweb.int/report/afghanistan/war-related-death-injury-and-displacement-afghanistan-and-pakistan-2001-2014>> accessed 12 November 2025.

over one million people remained internally displaced throughout the country; and 3.7 million Afghans continued to live in refugee camps in Pakistan and Iran. Despite the unprecedented international assistance to Afghanistan during this period, the lack of progress in addressing the IDPs issue was particularly disappointing in light of the ‘road-map’ for recovery recommended by University of York’s Post-war Reconstruction and Development Unit.²⁵ PRDU recognised the need to: address long-term economic issues of Afghan IDPs; enable both return and reintegration and integration; ensure a co-ordinated multi-agency approach able to deliver on all the needs of returning IDPs; design a system to evaluate success and improve delivery. Despite this, the Afghan government’s National Solidarity Programme (NSP) and its Citizen’s Charter programme failed to address the IDPs problem effectively.

3.5. PHASE V: US-NATO TRANSITION AND WITHDRAWAL (2014 – 2021)

From 2014 to August 2021, there was a USA-led NATO security transition to the US-supported Afghan government taking gradual control of the country. Despite the return of thousands of refugees and some IDPs, the gradual reduction of NATO forces in Afghanistan, however, led to the intensification of fighting in the country. According to the International Displacement Monitoring Centre, there were three major drivers for an increase in internal displacement during this period: Firstly, the fall of rural and provincial areas to the Taliban; secondly, the emergence of warlords and militias (old and new); and thirdly, armed clashes and localised battles in the south and east of the country. Each of these contributed to the internal displacement of large numbers of people.²⁶ Furthermore, there was a simultaneous reduction in livelihoods and in the capacity of local people to cope with drought and natural disasters. About 319,000 new displacements were recorded in the country in the first half of 2019: 213,000 associated with conflict and 106,000 associated with disasters; and it is estimated that there were 1.8 million IDPs in Afghanistan and over 2.5 million registered Afghan refugees in Iran and Pakistan during this period.²⁷

3.6. PHASE VI: THE NEW TALIBAN REGIME (2021 – PRESENT)

With the return of the Taliban rule to Afghanistan on 15 August 2021, thousands of Afghans who worked for the US-led NATO forces and/or for the deposed Afghan government were assisted to leave the country and to settle in the USA, Canada, Australia, UK, Germany, and in some other countries (wealthy factional political leaders and their followers mainly fled to Iran, Türkiye and Tajikistan). Although no credible data is available, internal displacement has continued and the number of IDPs has continued to rise: Iran and Pakistan have routinely been expelling tens of thousands of unregistered Afghan refugees

²⁵ Post-War Reconstruction and Development Unit (PRDU), *The Study of NSP’s Impact on IDP/Refugee Returnee Reintegration in Afghanistan* (PRDU, University of York, York 2012).

²⁶ Nichols M (Reuters), ‘U.N. Readies for More Displaced Afghans after Troop Withdrawal’ (14 June 2021) <<https://www.reuters.com/world/asia-pacific/un-readies-more-displaced-afghans-after-troop-withdrawal-2021-06-14/>> accessed 12 November 2025.

²⁷ IDMC (n 8); Schmeidl (n 1); Dashti (n 9).

most of whom have returned to the Taliban-ruled Afghanistan and swollen the numbers of IDPs in camps in Afghanistan.²⁸ As figure 1 illustrates the number of both IDPs and refugees nearly doubled during this period - an estimated 3.2 million IDP in Afghanistan and an estimated 5.82 million registered Afghan refugees – mainly in Iran and Pakistan. However, these figures are notoriously fluctuating. According to new UNHCR (2025), over 2.5 million of refugees (registered and unregistered) have been forced to return to Afghanistan during the summer of 2025. Many of these returnees, who mainly originate from rural areas in Afghanistan, are returning to the country's urban centres where they have become destitute IDPs with little support from the Taliban rulers, or from the international community.²⁹

The second Taliban rule has had mixed effects. A very important positive outcome is that the long war has ended, and for the first time in more than 47 years, the Taliban have delivered security throughout Afghanistan. Regional warlords can no longer fight for their fiefdoms, and it is safe to travel freely in all part of the country. However, this absence of violence ('negative peace') has come at a high price: there are new severe restrictions on women's employment and on girls' education after primary level.³⁰ These restrictions have impacted negatively on women and girls as they hinder women's personal development and perpetuate cycles of poverty and marginalization. These restrictions also prevent the building of dignity for women and hamper sustainable solutions for all displaced individuals and communities, and thereby they harm the prosperity and development of Afghanistan. All this and worsening economic conditions have prompted more people to flee the country.³¹

However, there are indications that some old IDPs in urban areas have been returning to their places of origin in rural Afghanistan.³² Indeed, rural areas have not only become safer than cities, they also have more potential to support agriculture and farming-based livelihood. The heavy rainfall in March 2025 in some parts of the country has further replenished the water-table and so resulted in better agricultural farming than the past few years. This situation, along with the sustained nationwide peace, increased regional and

²⁸ Refugee Council, *Press Release, Afghanistan* (22 January 2025) <<https://www.nrc.no/news/2025/january/millions-of-afghans-face-expulsion-under-desperate-conditions#:~:text=In%20September%202024%2C%20Iran%20announced,15%2C%202024>> accessed 12 November 2025

²⁹ Aljazeera, 'Who will save Afghans from hunger?' (Aljazeera, 17 December 2025) <<https://www.aljazeera.com/video/inside-story/2025/12/17/who-will-save-afghans-from-hunger>> accessed 20 December 2025

³⁰ United Nations, 'The Situation in Afghanistan and Its Implications for International Peace and Security', Report of the Secretary-General (2023) <https://unama.unmissions.org/sites/default/files/sg_report_on_the_situation_in_afghanstian_december_2023.pdf>; UNAMA, 'Update on the Human Rights Situation in Afghanistan' (May 2025 update) <<https://reliefweb.int/report/afghanistan/unama-update-human-rights-situation-afghanistan-january-march-2025-update>> accessed 15 March 2025

³¹ Refugee Council (n 27); United Nations (n 26).

³² Aljazeera, 'The Opposite Way of Migration in Afghanistan: From Cities to Rural Villages' (YouTube, 2022) <https://www.youtube.com/watch?v=_YbJk7-KzIA> accessed 12 November 2025.

cross-country trade and development³³ could encourage even more Afghan IDPs to return to rural areas. Providing inclusive development aid to rural Afghans would significantly contribute to a lasting solution to the country's IDPs problem.

4. IDPS AND EXPERIENCES OF VIOLENCE BEFORE 2021

In the eyes of most IDPs, violence in Afghanistan occurred because of protracted conflicts between warring parties mainly the USA-led NATO coalition forces, the USA/NATO-supported Afghan National Defence and Security Forces (*ANDSF*), Taliban, the *Islamic State Khorasan Province* (ISIS-K), and other small armed groups. As table 2 indicates, 78% of respondents to our survey indicated that the main cause of their displacement was war/conflict, followed by violence (11%), drought (5%), natural disasters (3%), and a lack of income-generating opportunities (2%, see Table 1).³⁴ Our qualitative findings complemented the survey data in this respect, but some also mentioned destruction of property and land, difficulty in meeting basic needs, accessing healthcare and educational facilities, and loss of dignity as caused of their displacement.

| Main Causes of Displacement | Gender | | Total |
|------------------------------------|--------|--------|--------|
| | Female | Male | |
| War and conflict | 41.9% | 36.57% | 78.48% |
| Violence | 5.9% | 5.33% | 11.24% |
| Drought | 2.86% | 2.10% | 4.95% |
| Natural disasters | 2.48% | 0.57% | 3.05% |
| No income-generating opportunities | 1.33% | 0.76% | 2.10% |
| Other | 0.19% | 0% | 0.19% |
| Total | 54.67% | 45.33% | 100% |

Table 2: Main Causes of Displacement for IDPs in Afghanistan (n= 527)

There was a marked difference, however, among the rural and urban respondents in terms of their reasons for displacement: more rural IDPs were displaced due to war and conflict, whereas almost all of those fleeing natural disasters fled to urban areas.³⁵ Our field data further reveal that the main causes of displacement varied by province in Afghanistan: those from Kunduz, Kandahar and Nangarhar provinces were largely displaced due to war, conflict, and violence, and tended to be displaced to more rural areas. However, our data indicate that those IDPs who had migrated from Ghor, Badghis, and Badakhshan provinces were largely displaced due to a lack of livelihood opportunities brought about by drought,

³³ Bruce Pannier, 'Central Asian Nations Embrace Engagement with Taliban' (Yorktime Institute, 13 June 2025) <<https://yorktowninstitute.org/central-asian-nations-embrace-engagement-with-taliban/>> accessed 20 December 2025

³⁴ Note that the IDPs were allowed to interpret these for themselves so there may be some overlap (e.g. in war/conflict and violence may overlap). Also, war/conflict may have caused a loss of income so it may be difficult to tease out the exact meaning but IDPs were asked, for them, what was the cause – it is their interpretation which is therefore important.

³⁵ Kamruzzaman et al (n 2).

famine, and natural disasters and tended to be displaced to urban areas.³⁶ Some of these IDPs had been displaced more than once.

IDPs had experienced violence from different actors such as (former) *ANDSF*, USA-led NATO coalition forces, the Taliban, ISIS-K, and from other armed groups. Their narratives of experience of violence were often harrowing and revealed multiple dimensions: *“We decided to migrate because of the severe security situation, war, murders, unemployment, killings, misery, bullying, and oppression that wounded my son and made us despair of being kidnapped”*. (A199, a male IDP, Mazar)

Moreover, extreme violence by the groups such as ISIS-K and Taliban and pro-government militias were quite common. IDPs described how such violent incidents often took place in the midst of dense rural communities populated by civilians, causing high numbers of casualties. Many recounted distressing stories of losing family members.

“ISIS killed our people with bombs; 7 members of my family including my brother and nephews and 13 of my other relatives. In one day, ISIS killed 120 of us.” (A136, a male IDP, Jalalabad)

“I have lost my husband during the war between the Taliban and the government. My brother was killed by the Taliban as well.” (A108, a female IDP, Herat)

IDPs’ experiences of violence also arose out of repeated raids conducted by the USA/NATO-supported *ANDSF* and USA-led NATO coalition forces. Civilians were often caught up in these operations and felt forced to migrate elsewhere.

“Though we had a difficult time with the armed groups, but our biggest problem was with the government as they used to carry out constant bombings and raids on our homes”. (A227, a male IDP, Nangarhar)

Very importantly, young male IDPs from remote communities described how they were forced by armed groups to join the war against the USA/NATO-supported Afghan government, which led them to leave their homes. Largely consistent with what Drumbl describes as Taliban’s (and potentially other warring parties’) ‘other crimes’, people were coerced to provide shelter and food to the different fighting groups; and there was also pressure from the police to join community based local militias (for example the *Arbakis*, such as the *Khost Protection Force and others*) who were salaried and trained by the CIA.³⁷ People often became IDPs to avoid these situations.

“Both armed groups and the Arbakis police forced us to work for them, for example to feed them or to help them construct their police stations.” (A201, a male IDP, Mazar)

“The Taliban wanted us to join the war and to provide them with weapons, so we

³⁶ *ibid.*

³⁷ Drumbl MA, ‘The Taliban’s “Other” Crimes’ (2002) 23(6) *Third World Quarterly* 1121.

decided to migrate and came with several families to Herat.” (A114, a male IDP, Herat)

“The Taliban and ISIS destroyed our houses and lands, and they also took our livestock. They forced us to give them food and water otherwise they beat our father and brothers.” (A123, a female IDP, Jalalabad)

5. LOCAL AND INTERNATIONAL RESPONSES AND EXPERIENCE OF INDIGNITY BEFORE 2021

As mentioned earlier, in Afghanistan IDPs are difficult to track some are even not recorded at all, and those who come to the attention of authorities are dispersed through much of the country. From over 500 Afghan IDPs who participated, our research indicates that whilst 62% live in rural or semi-rural areas (mainly in Herat, Jalalabad, Kandahar, Kunduz and Mazar), about 38% of them live in urban centres scattered across cities.³⁸ At least 50% of IDPs live in a non-camp environment amongst their host communities; many of these live in shared housing (with extended family and/or friends), or rented accommodation. Those in camps tend to be in tents but some IDPs live in private housing and at least 8% are in unofficial settlements.³⁹ Although some have been IDPs for many years, people were displaced every day (before the end of war in 2021), and therefore the numbers of those in need constantly grew as one respondent put it:

“IDPs don’t receive what they need because there are too many of them, and the number increases day by day. ... International and local NGOs have been helping them and providing them with health services, educational facilities, shelter, clothes and other things. But these aren’t enough and can’t help them overcome the problems they have.” (AS 301, a local male humanitarian worker, Herat)

Indeed, while international and local humanitarian organisations – as well as succeeding Afghan governments – have attempted to respond to internal displacement in Afghanistan, they could not address and provide for the complex needs of the IDPs. This situation has had an important impact on the Afghan IDPs’ sense of (in)dignity.

Qualitative interviews with IDPs revealed that dignity has several different meanings to them. Individual perceptions of dignity varied, and many IDPs ascribed multiple meanings to the concept of dignity. The respondents spoke about dignity in terms of mutual respect and understanding, the religious practice of *pardah* for women (maintaining protection and privacy from unrelated males), access to basic facilities, and protection from harassment. It was clear that the concept of dignity was very important to the Afghan IDPs, with many describing it as fundamental to a person’s life and identity.

³⁸ As mentioned, the data were collected in 2019 from across Afghanistan. They include data from areas which at the time might have been considered as under government control, areas considered as under Taliban control, and areas that were contested between the warring parties.

³⁹ Kamruzzaman et al (n 2).

“Honour and dignity mean that others understand us, and that we respect each other. We should forgive others and not be angry with them. Dignity for women means that no one disturbs them or looks at them. due to the lack of toilets, we have seen many cases of harassment which damages our dignity; lack of facilities is a lack of freedom.” (A101, a male IDP, Herat).

Almost all the IDPs expressed a complex, multidimensional understanding of dignity that mainly involved: i) access to basic and life-saving provisions such as food, water, clothes, and medicine; ii) opportunity to prosper in life and to work to move out of poverty; iii) self-reliance and self-sufficiency; iv) protection of life, home and family; v) peace, safety and security; vi) freedom and rights enjoyed by others living around them and elsewhere in Afghanistan vii) mutual respect and compassion and treating others the way in which they would like to be treated; viii) education for girls and boys; and ix) freedom to practice religious (Islamic) values.

To elaborate, the notion of respect (or lack of it) as a multidimensional feature of dignity is largely in alignment with their experiences. In short, the IDPs’ experiences of indignity began with the violence that led to their displacement (fleeing from their communities, eviction, forced combat), and was exacerbated by their poverty and the ways in which they lived in displacement – crowded camp environment, no provision or inadequate provision of basic necessities, poor treatment by humanitarian staff and/or others during distribution of needed assistance. All this gave rise to a sense of hopelessness and loss of power and control; they could not return to their own property and community, nor could they improve their present situation. Just as their experiences are complex, so are their conceptions of dignity in light of those experiences.

In comparison, the humanitarian actors and senior government staff had a more limited and narrower view of dignity in relation to IDPs; it mainly involved provision of necessities, respect (culture, religion and values during aid distribution), organisational rules and human rights (equal rights; freedom, privacy, protection, nutrition and shelter). Whilst a few humanitarian actors and senior government staff mentioned the importance of self-sufficiency, most had a fairly narrow view of what was necessary in order to respect the dignity of the IDPs.

However, many humanitarian actors and senior government staff agreed on several factors such as the dignified provision of shelter. As noted above once the IDPs left their homes, they lived in many different types of homes and communities: camps, unrecognised groupings, in already existing communities and in other villages or in parts of larger conurbations, living amongst ‘host’ communities. Although the (former) Government of Afghanistan⁴⁰ purported to advocate “upgrading shelter, housing, water, sanitation and other infrastructure in areas inhabited by IDPs to ensure their safety and dignity”, this study reveals that IDPs’ experiences of (in)dignity continued. The places where the IDPs lived

⁴⁰ Government of Afghanistan, *National Policy on Internally Displaced Persons (Ministry of Refugees and Repatriation (2013)* <<https://reliefweb.int/report/afghanistan/afghanistan-national-policy-internally-displaced-persons-25-november-2013>> accessed 12 November 2025.

were often not conducive to their enjoyment of safety, security and respect for their family members, especially women.⁴¹ For example, living in camps they had little safety and no opportunities to provide for their families. Furthermore, they saw no likelihood that their situation will improve soon, nor can they find a place to permanently settle.

Our filed data⁴² further indicate that many IDPs are living in existing local communities rather than camps. During the initial settlement, IDPs had different experiences of living in a host community. Many IDPs insisted that they were satisfied with their host communities and felt welcome as the local people provided them with clothes and food, treated them with respect, and provided help and guidance.

“I have a peaceful relationship with my neighbours. I am sure that my honour and dignity are protected. They do not disturb us. Reputation and dignity are very important for us in order to be safe.” (A06, a male IDP, Badakhshan)

“When we came to Herat, we had no life facilities such as land for living or food for eating. The people of Herat helped us, and we thank them. The Herat people behave very well towards us.” (A107, a female IDP, Herat)

However, others felt they were often badly treated by the members of the host community who did not respect them, or failed to appreciate their culture and thought that IDPs bring insecurity to their area. They were made to feel unwelcome. Many IDPs suffered rejection and discrimination which impacted upon their dignity. “We have no respect here, they call us refugees and even do not give us clean water, but we have no option but to live here”. (A186, a female IDP, Kandahar)

Clearly, many suffer further indignities, which sometimes arise due to their individual circumstances. Much more needs to be done to integrate IDPs into local communities and to explain why they may be living in culturally unconventional ways.

“I am a widow and a care-taker, I am sick and had a nervous breakdown. I was beaten up by my neighbours just because I wanted to collect water. They insulted and humiliated me and told me to go away, because I am an unattended woman. What can I do with my children and where can I go?” (A84, a female IDP, Herat)

Another aspect of dignity on which IDPs agreed with the humanitarian actors and senior government staff was the provision of basic necessities. They also largely agree on what the most important of these necessities are: “The basic problems that IDPs suffer are lack of shelter, sufficient food, education, water, hygiene, work, and hospitals”. (AS 287, a local, male humanitarian worker, Herat).

However, there was a huge disjunction between the perceptions of humanitarian and government staff and IDPs on sufficiency of humanitarian assistance as Figure 4 below illustrates: whilst 85% of humanitarian and government staff believed that the aid and

⁴¹ Kamruzzaman et al (n 2).

⁴² *ibid.*

humanitarian assistance provided either completely or mostly covered IDPs' most important needs, only 17% of IDPs say that the aid they receive completely or mostly covers their most important needs.

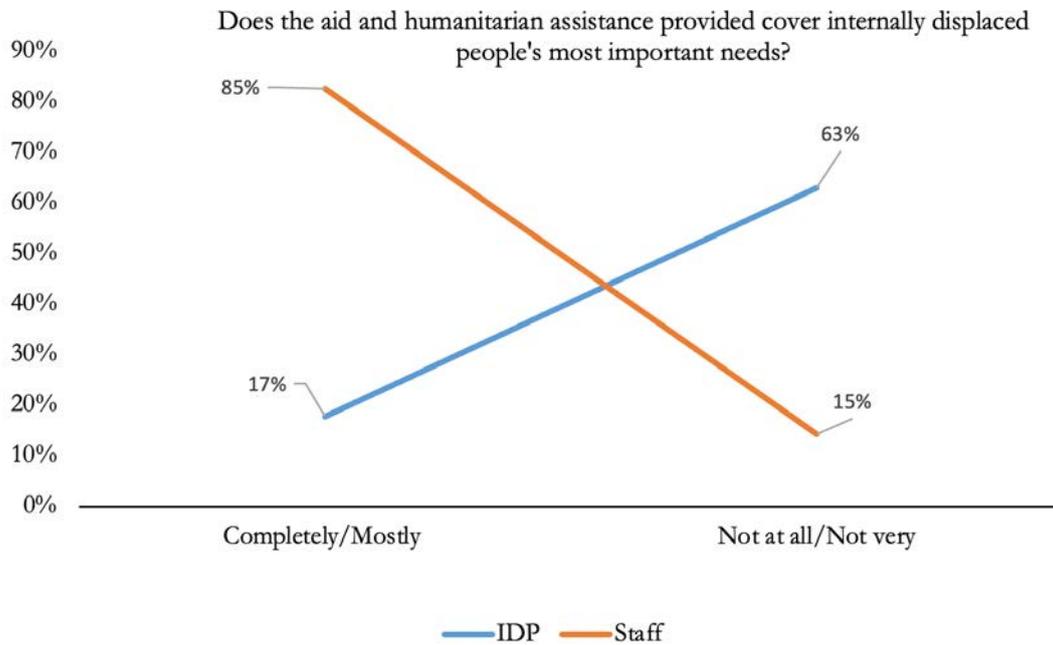


Figure 2: Disparity between the Perceptions of Staff and IDPs Regarding whether Humanitarian Assistance Covers IDPs' Most Important Needs

This disparity clearly indicates that the aid provided is insufficient and many IDPs lack access to the most basic requirements for daily living: clean water, food, adequate shelter, gas, oil, and kitchen equipment/utensils; they also lack adequate clothing, heating for warmth in winter, and electricity. Humanitarian aid providers generally agree, but see insufficient funds and resources as the main problem:

“It is very difficult to respond to all of the needs of IDPs, returnees, or refugees because this requires integrated and multi-sector interventions that need huge funds and we know how much the funds have been shrunk. So, most of the time, the humanitarian needs provided by the aid agencies are driven by the amount of funding they have.”
(AS 09, a male, international staff survey respondent, Badghis)

This situation is not dignified, and the problem is not merely one of insufficient aid and working with limited resources. Our data indicates that it is also related to: poor mismanagement, corruption, lack of effective coordination between government and international aid organisations, and cultural and language differences among them; disruption and interference by local strongmen, warlords, and other stakeholders; failure to correctly identify IDPs and those in need; and insecurity and the politicisation of aid.

“At the start of the project we do a survey to identify the needy people, so we face problems from the warlords and community elders as they want to address their own people. The second main problem is the security concerns. ... For better results, we need better coordination with the government and the local people.” (AS 313, a male

humanitarian worker, Nangarhar).

“The aid does not reach the IDPs who really deserve it, because of poor management.” (AS 283, a female humanitarian worker, Herat).

“The most common challenge is insecurity. Due to the lack of security, organisations cannot cover all of the people in need properly.” (AS 287, a male humanitarian worker, Herat)

“This has been a war-devastated country for 40 years, there are a lot of remote areas that are not accessible due to security reasons These areas are disregarded from assistance, no improvements have been made in the last 16 years - not in education, not in livelihood, not in medicine. No one has thought about these areas, no donors have focused on these areas. ... Donors need to consider these remote areas too” (AS 292, a male humanitarian worker, Kandahar).

Humanitarian staff and IDPs also agreed that the IDPs should be respected. Most humanitarian workers said they made arrangements at the distribution centres that were consistent with IDPs’ cultural and religious values, such as separate queues and distribution times for men and women. Some IDPs accepted that was true, however, many complained that their cultural and religious values were not respected during aid distribution. This suggested that distribution arrangements and processes were inconsistent.

“Some staff or soldiers misbehave during the distribution of aid, by pushing women, touching them, shouting at them, and so on. This all harms the honour and dignity of migrants, especially women.” (A101, a male IDP, Herat)

“..due to the lack of toilets, we have seen many cases of harassment which damages our dignity; lack of facilities is a lack of freedom.” (A101, a male IDP, Mazar)

“After the assessment or once the assistance has been provided, they are phoning again and having irresponsible talk, meaning asking for sexual favours in exchange for rewards.” (A08, a female IDP, Jalalabad)

Furthermore, aid organisations claimed to involve IDPs in aid distribution but the IDPs questioned the extent to which they were listened to in the provision of aid; they were often consulted but ignored.

“Organisation’s employees came here once or twice and surveyed us, but then they left and we didn’t hear back from them. It has been six months and we have never had any help from any aid organisations.” (A108, a female IDP, Herat)

“A while ago they came to consult with us about the construction of a road and a mosque. They asked about our situation, about the value of a concrete road if they were to make one, but then they never came to construct it.” (A06, a male IDP, Badakhshan)

It is important to point out that due to the long Afghan war, many IDP families were female headed. This situation breaks with traditions in Afghanistan but is increasingly the

reality, and many IDPs recognised that these households and all the children – male and female – deserved to be educated; they deserved to become self-sufficient. This was not, however, an indication that they embraced female rights in any Western sense. IDPs argued for these changes whilst still being led by their deeply-held Islamic faith; so, if there is any feminism in the embracing of these changes, it is Islamic feminism – not Western – as argued by Yamani.⁴³ Islamic feminism considers the empowerment of women within a modern interpretation of Islam. There are many facets to Islamic feminism, but they all embrace, Islam, draw attention to the rights of women and girls under *shari'a*.

To overcome these challenges it is necessary for the aid community to de-politicise aid; provide increased budgets; improve assessment processes; improve security; improve access to hard-to-reach areas; improve coordination between humanitarian, development, and government organisations; directly supervise aid distribution and/or direct delivery of aid ensuring it is distributed fairly, systematically and transparently; consider and respect dignity, culture and religion in all the aid work; and work together in more effective partnerships. Clearly, de-politicising aid, ensuring it is properly co-ordinated and distributed as well as possibly increased (especially in remote parts of Afghanistan) would help all of this.

“I request humanitarian organisations to increase their aid and support according to the number of IDPs and returnees.” (AS 284, a local female humanitarian worker, Nangarhar)

“I suggest that the interference from warlords and stakeholders must be stopped and that budgets are increased due to the large number of IDPs. I suggest that the government supervises all of the organisations through their relevant sectors, to keep the process of distribution more transparent.” (AS 293, a local male humanitarian worker, Kunduz)

“I suggest that the government coordinates with every department and supports the local NGOs in Afghanistan.” (AS 302, an international male humanitarian worker, Herat)

“A proper survey is required, and the aid ought to be distributed to those who really deserve it. Also, the aid should be directly delivered to IDPs and returnees.” (AS 305, a local male humanitarian worker, Nangarhar)

More importantly, the IDPs stressed the need for long-term solutions: they wanted mainly high-quality education and employment opportunities leading to self-reliance and self-sufficiency, which they considered as crucial to restore their dignified resettlement.

“When a person becomes self-sufficient, he can regain his dignity.” (9A209, a male IDP, Mazar)

“Providing a working environment can restore a person’s lost dignity. In my opinion, honour and dignity mean being financially self-sufficient.” (A199, a male IDP, Mazar)

⁴³ Yamani M, *Feminism and Islam: Legal and Literary Perspectives* (Berkshire: Ithaca Press 1996).

What has been examined in this and in the previous section indicates that Afghan IDPs face serious problems in protecting themselves and their dignities in displacement. Although immediate, short-term and mid-term humanitarian assistance is essential for dealing with some of these problems, it is inclusive development and sustainable peace that promise lasting solutions to Afghanistan's chronic IDPs crisis.

6. LINKING INCLUSIVE DEVELOPMENT, RESETTLEMENT AND PEACE: TOWARDS LASTING SOLUTIONS

As evidenced above, while humanitarian assistance to IDPs in Afghanistan is very important, the lack of strong elements of long-term and inclusive development has been and is seriously problematic. The United Nations Development Programme (UNDP) for Ukraine defines inclusive development as supporting the economic recovery of war-torn communities, further accelerating decentralization and healthcare reforms in these regions, and strengthening community security and social cohesion in its target communities.⁴⁴ In this paper, we adopt this concept, as scholars have identified that it encompasses multiple dimensions of development, including social, political, relational, well-being, and ecological aspects.⁴⁵ This broader perspective moves beyond a narrow focus on economic development and short-term humanitarian aid; it aligns comprehensively with the findings of this study, as demonstrated above.

Our research reveals that the focus on short-term humanitarian aid was and remains damaging both the future of IDPs and Afghanistan's path to lasting peace: short-termism prevents long-term resettlement and re-integration of the Afghan IDPs; it sustains a dependency culture and diminishes the IDPs' dignity; it prevents Afghanistan from advancing its sustainable development goals and impedes sustainable positive peace in the country. To move away from these limitations, it is vital to focus on provision of dignified, inclusive development and re-settlement opportunities that can illuminate the lived experiences of displaced people in Afghanistan – opportunities that are closely linked to lasting and sustainable peace in the country. Our research findings show that sustainable development in the form of job opportunities, permanent housing within new supportive communities with education and health care has been and is essential for the restoration of IDPs' dignity and lasting peace. In order to enjoy long-term solutions to the Afghan IDPs' complex problems, they recognized that peace and security were essential, but emphasized

⁴⁴ United Nations Development Programme (UNDP) in Ukraine, *Inclusive Development, Recovery and Peacebuilding* (2025) <<https://www.undp.org/ukraine/inclusive-development-recovery-and-peacebuilding>> accessed 5 September 2025

⁴⁵ Rammelt CF and Gupta J, 'Inclusive is Not an Adjective, It Transforms Development: A Post-Growth Interpretation of Inclusive Development' (2021) 124 *Environmental Science & Policy* 144; Gupta J and Vegelin C, 'Sustainable Development Goals and Inclusive Development' (2016) 16 *International Environmental Agreements: Politics, Law and Economics* 433; Pouw N and Gupta J, 'Inclusive Development: A Multi-Disciplinary Approach' (2017) 24 *Current Opinion in Environmental Sustainability* 104.

on the importance of inclusive development support in the areas below:⁴⁶

1. provision of land and sustainable shelter
2. construction of clinics, schools, capacity building centers
3. construction of roads, factories, and power stations
4. restoration of houses, roads, and land
5. large scale agricultural assistance in rural areas
6. education for all children – girls and boys
7. the provision of employment opportunities – men and women
8. capital for business investment (focused on small community/village projects rather than large scale projects)
9. skills development and training/retraining for men and women
10. Peacebuilding

Indeed, the Inter-Agency Standing Committee (IASC) Framework on Durable Solutions for Internally Displaced Persons specifies that lasting solutions for IDPs can be achieved through (1) return to the place of origin; (2) settlement elsewhere; or (3) integration into the host community.⁴⁷ Our research indicates that most conflict-induced IDPs in Afghanistan are interested in returning to their places of origin. Of those IDPs who participated in the survey, over 70% reported that they wanted to return to their homes (see Figure 5)

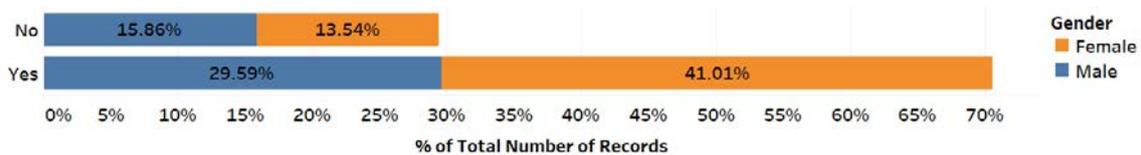


Figure 3: IDPs' Responses to the Question "Do You Want to Return to Your Place of Origin?"

However, these respondents called on the government and aid organisations to assist them in their efforts to return home by providing multidimensional development support in their places of origin, in the 10 areas mentioned above. Very importantly our data also indicate that, in contrast, the majority of disaster-induced IDPs (displaced by natural disasters and drought) wanted sustainable integration into their host communities as they have limited livelihood opportunities in their places of origin.⁴⁸ They emphasised, however, the urgent need for multidimensional support from the government and humanitarian actors in order to achieve this (the ten points above). Many of these IDPs reported that if they had access

⁴⁶ Kamurazzaman et al (n 2).

⁴⁷ Inter-Agency Standing Committee (IASC) Framework on Durable Solutions for Internally Displaced Persons (2010), The Brooking Institution – University of Bern, Washington DC <<https://www.unhcr.org/50f94cd49.pdf>> accessed 12 November 2025.

⁴⁸ Kamurazzaman et al (n 2).

to employment opportunities and basic facilities to improve their lives, then their dignity would be restored.

“They should build schools for our children so they can gain knowledge. We want support, work for our males and females, schools and clinics for our children. If we have these facilities available here, we will not return to our original place” (A191, a female IDP, Kandahar).

“If the government and the institutions decide to build a house for us and provide us with jobs, we would not want to return home. Our request from the government and organisations is to build a school for our children in this camp, a health centre, and shelter us.” (A111, a male IDP, Herat).

“There is a need for sustainable solutions in the field of IDPs’ integration, but there is a lack of budget, lack of good coordination, and a lack of donors in this area, as most donors provide funding for IDPs emergency needs - not for their integration into society. There is no problem with the amount of land; the land is available now but there is still a need for international donors in the field of construction and shelter” (AS 330, a local male senior staff member, Kabul).

While multidimensional inclusive development is central to the dignified resettlement of IDPs, the two are also intractably linked to inclusive and sustainable peace in Afghanistan.⁴⁹ As displacement had been both a consequence of the long Afghan war and contributor to its continuation, IDPs can play an important role in sustainable peace-making and peace-building in Afghanistan. The USA and Taliban peace agreement of 29 February 2020 failed to include IDPs, and they were also absent from the intra-Afghan Doha talks in 2021. As each party to the agreement accuses the other for violating its terms, it seems redundant since the Taliban took over in 2021. The Taliban announced amnesty to all its former adversaries (government soldiers, officials, and all those who collaborated with the USA/NATO occupying forces), formation of an ‘inclusive’ *shari’a*-based government, and promised that women could continue attending their jobs and education.

However, despite strong opposition from key members of the caretaker Taliban administration, religious decrees by the Taliban clerical leader – Mullah Hibatullah Akhundzada – have resulted in the exclusion of women and non-Taliban citizens from participation in politics; they have also resulted in severe restrictions on women’s employment and on girls’ education after primary level.⁵⁰ To pressurise the new regime, the International Monetary Fund (IMF) blocked \$460 million in funds that were scheduled

⁴⁹ Yaseen Ayobi, Kate Williams and Ali Wardak, ‘Afghanistan: Stuttering Peace Process Leaves out Millions Displaced by 40 Years of War’, (*The Conversation*, 28 May 2020) <<https://theconversation.com/afghanistan-stuttering-peace-process-leaves-out-millions-displaced-by-40-years-of-war-135605>> accessed 20 December 2025

⁵⁰ The Diplomat, ‘Advantage Akhundzada in Taliban Factional Fight in Afghanistan?’ (5 March 2025) <<https://thediplomat.com/2025/03/advantage-akhundzada-in-taliban-factional-fight-in-afghanistan/>> accessed 7 September 2025.

to be sent to Afghanistan during August 2021.⁵¹ Similarly, the US froze *Da Afghanistan Bank's* \$9.5 billion assets held in American accounts (\$3.5 billion moved to a Swiss-based trust fund), and the World Bank suspended its crucial development aid to the Taliban-ruled Afghanistan.⁵² Blocking these vital funds to Afghanistan hurts ordinary Afghans, especially the IDPs. Reinstating these funds will require a delicate and complex engagement between the international community and the Taliban.

The dominant, but mistaken presumption is that the victorious Taliban, non-Taliban political elites, faction leaders and former warlords are the only stakeholders who can advance the intra-Afghan peace process. Our research, however, indicates that the experiences of IDPs and other victims of the war – especially women – not only need to guide the peace process, but they are central to sustainable peace-making and peacebuilding in Afghanistan. Including the voices of IDPs could both create an environment conducive for their dignified return and/or their permanent resettlement.⁵³ The voices of ordinary Afghans – including the IDPs – can be influential in forming an inclusive government in Afghanistan that help to both maintain the nation-wide security the Taliban have managed to deliver, and to build sustainable growth for local communities in the country. Without a sustainable future and an inclusive government in Afghanistan, sustainable peace is likely to be fragile as some people may continue to be attracted to, or forced into militancy.

While recognising the value of humanitarian aid to Afghan IDPs, this study also shows the negative opportunities offered by the undignified social and economic environment of displacement that short-termism has created. The traumatised and desperate IDPs who live in this environment continue to be vulnerable to the exploitative agendas of new extremist militant groups and old warring factions; young IDPs are particularly vulnerable to indoctrination with extremist views, and to recruitment as foot-soldiers by these groups.

Although nationwide security has returned to Afghanistan since August 2021, the Taliban's new theocratic dictatorship that bans political participation and oppresses women provides new opportunities for discontent and even militancy. To prevent this happening in post-war Afghanistan, sustainable peace-building efforts will require delicate and sustainable international investment and inclusive development assistance. This would help contribute towards a lasting solution to Afghanistan's IDPs complex issue, and would ensure that Afghanistan is at peace with itself, its neighbours and the world.

7. CONCLUSION

The analysis presented in this paper clearly shows that IDPs in Afghanistan face complex problems in protracted displacement. Although provision of short-term and mid-term humanitarian assistance is very important, it is more important to focus on the provision

⁵¹ Mordock J, 'IMF to Withhold \$460M in Funds from Afghanistan after Taliban Takeover' (Washington Times, 19 August 2021) <<https://www.washingtontimes.com/news/2021/aug/19/imf-withhold-460m-funds-afghanistan-after-taliban-/>> accessed 12 November 2025.

⁵² Politico, 'World Bank Suspends Aid to Taliban-ruled Afghanistan' (2021) <<https://www.politico.eu/article/world-bank-suspends-aid-taliban-afghanistan/>> accessed 17 March 2025.

⁵³ Ayobi et al (n 49).

of long-term inclusive development that would enable sustainable peace in the country. International and local humanitarian organisations as well as the Taliban administration need to focus on inclusive development and on creating income-generating opportunities in rural poverty-stricken areas in order to prevent people from migrating to the increasingly crowded urban centres. This aid would be more effective when shaped by the actual needs of local communities (mainly agricultural villages), where the overwhelming majority of Afghanistan's population live.

Aid needs to begin providing permanent homes and communities for IDPs to live in either rebuilding old ones or constructing new ones. To achieve this, all actors need to ensure that land is given to IDPs to facilitate their successful reintegration and settlement. Sustainable communities will also require reskilling of workers with skills relevant to their environment and their communities, and the building of essential infrastructure – such as small work units or, factories near urban centres; new farms; roads; dams; and markets to provide both employment opportunities and a place to trade goods. Particular attention should be paid to building schools and to overcoming current barriers to ensure education for girls at middle, secondary and higher levels. These sustainable solutions are necessary, in order to provide the robust basis on which positive peace can be built.

This interdependence between inclusive development and sustainable peace means that the latter cannot be delivered without the support of all the people in Afghanistan, especially the IDPs. It cannot be imposed from outside, or by one Afghan group using force to control the rest of society. National and international development actors need to recognise that Afghanistan is a complex society with very different constituencies, each of which needs to be heard and included – men and women; the rural and the urban; the IDPs in camps, in rural communities and cities; those returning from being refugees. Lasting peace in Afghanistan is intricately linked to inclusive development and must have all the population who will live with it at its core.

BIBLIOGRAPHY

- Abfalter D, Mueller-Seeger J and Raich M, 'Translation Decisions in Qualitative Research: A Systematic Framework' (2020) 24 *International Journal of Social Research Methodology* 469
- Aljazeera, 'The Opposite Way of Migration in Afghanistan: From Cities to Rural Villages' (YouTube, 2022) <https://www.youtube.com/watch?v=_YbJk7-KzIA> accessed 12 November 2025
- Aljazeera, 'Who will save Afghans from hunger?' (Aljazeera, 17 December 2025) <<https://www.aljazeera.com/video/inside-story/2025/12/17/who-will-save-afghans-from-hunger>> accessed 20 December 2025
- Ayobi Y, Williams K and Wardak A, 'Afghanistan: Stuttering Peace Process Leaves out Millions Displaced by 40 Years of War', (*The Conversation*, 28 May 2020) <<https://theconversation.com/afghanistan-stuttering-peace-process-leaves-out-millions-displaced-by-40-years-of-war-135605>> accessed 20 December 2025
- Barfield T, *Afghanistan: A Cultural and Political History* (Princeton University Press 2010)
- Bhutta ZA, 'Children of War: The Real Casualties of the Afghan Conflict' (2002) 324(7333) *BMJ* (Clinical Research Edition) 349
- Beath A, Christia F, Enikolopov R and Kabuli SA, *Randomized Impact Evaluation of Phase II of Afghanistan's National Solidarity Programme (NSP): Estimates of Interim Program Impact from First Follow-up Survey* (2010) <http://www.nsp-ie.org/reports/BCEK-Interim_Estimates_of_Program_Impact_2010_07_13.pdf> accessed 12 November 2025
- Braithwaite J and Wardak A, 'Crime and War in Afghanistan: Part I: The Hobbesian Solution' (2013) 53(2) *British Journal of Criminology* 179
- Colville R, *Afghanistan: The Unending Crisis – The Biggest Caseload in the World* (UNHCR 1997) <<https://www.unhcr.org/en-au/publications/refugeemag/3b680fbfc/refugees-magazine-issue-108-afghanistan-unending-crisis-biggest-caseload.html>> accessed 12 November 2025
- Council on Foreign Relations, *The Taliban* (Council on Foreign Relations 1999) <<https://www.cfr.org/taliban/#/>> accessed 15 March 2025
- Crawford N, 'War-related Death, Injury, and Displacement in Afghanistan and Pakistan 2001–2014' (2015) *Watson Institute for International Studies* <<https://reliefweb.int/report/afghanistan/war-related-death-injury-and-displacement-afghanistan-and-pakistan-2001-2014>> accessed 12 November 2025
- Dashti Z, 'Afghan External Migration Movements in the Historical Process' (2022) 6 *Asya Studies* 301.
- The Diplomat, 'Advantage Akhundzada in Taliban Factional Fight in Afghanistan?' (5 March 2025) <<https://thediplomat.com/2025/03/advantage-akhundzada-in-taliban-factional-fight-in-afghanistan/>> accessed 7 September 2025
- Drumbl MA, 'The Taliban's "Other" Crimes' (2002) 23(6) *Third World Quarterly* 1121.
- Dupree L, 'The First Anglo-Afghan War and the British Retreat of 1842: The Functions of History and Folklore' (1976) 26(3/4) *East and West* 503
- Galster S, *Afghanistan: Lessons from the Last War* (The National Security Archive 2001) <<https://nsarchive2.gwu.edu/NSAEBB/NSAEBB57/essay.html>> accessed 12 November 2025.
- Gupta J and Vegelin C, 'Sustainable Development Goals and Inclusive Development' (2016) 16 *International Environmental Agreements: Politics, Law and Economics* 433
- Government of Afghanistan, *National Policy on Internally Displaced Persons (Ministry of Refugees and Repatriation)* (2013) <<https://reliefweb.int/report/afghanistan/afghanistan-national-policy-internally-displaced-persons-25-november-2013>> accessed 12 November 2025.
- Grossman P, 'Truth, Justice and Stability in Afghanistan' in N Roht-Arriaza and J Mariezcurrena (eds), *Transitional Justice in the Twenty-First Century, Beyond Truth Versus Justice* (Cambridge University Press

- 2006) 255–77 <www.restorativejustice.org/articlesdb/articles/7724> accessed 12 November 2025
- Hughes RG and Fergusson J, “‘Graveyard of Empires’: Geopolitics, War and the Tragedy of Afghanistan” (2019) 34(7) *Intelligence and National Security* 1070–1084.
- International Displacement Monitoring Centre, *Country Profile: Afghanistan* (2023) <<https://www.internal-displacement.org/countries/afghanistan>> accessed 15 March 2025
- Inter-Agency Standing Committee (IASC) Framework on Durable Solutions for Internally Displaced Persons (2010), The Brooking Institution – University of Bern, Washington DC <<https://www.unhcr.org/50f94cd49.pdf>> accessed 12 November 2025
- Jackson A, *The Cost of War: Afghan Experiences of Conflict, 1978–2009* (2009) <https://www-cdn.oxfam.org/s3fs-public/file_attachments/afghanistan-the-cost-of-war_14.pdf> accessed 12 November 2025
- Kamaruzzaman P, Williams K, Wardak A, Cowley L, Ayobi Y, Zadran A, Kabir E, *Evidence on internal displacement in Afghanistan: In search of dignified life, durable solutions, and sustainable development for the Afghan internally displaced people, Field Research Report*, the British Academy and University of South Wales <<https://pure.southwales.ac.uk/en/publications/evidence-on-internal-displacement-in-afghanistan-in-search-of-dig>> accessed 20 December 2025
- Kandiwal WM, ‘Dignity among the Displaced in Jalalabad, Afghanistan’ in K Holloway (ed), *Dignity in Displacement – Case Studies from Afghanistan, Colombia, the Philippines and South Sudan*, Humanitarian Policy Group (HPG) Working Paper (ODI 2019) 3.
- Kaura V, *The Durand Line: A British Legacy Plaguening Afghan-Pakistani Relations* (Middle Eastern Institute 2017) <<https://www.mei.edu/publications/durand-line-british-legacy-plaguening-afghan-pakistani-relations>> accessed 12 November 2025
- Lakhani S and Amir R, *Displacement and the Vulnerability to Mobilize for Violence* (USIP 2020) <https://www.usip.org/sites/default/files/2020-01/pw_155-displacement_and_the_vulnerability_to_mobilize_for_violence_evidence_from_afghanistan.pdf> accessed 12 November 2025
- Mordock J, ‘IMF to Withhold \$460M in Funds from Afghanistan after Taliban Takeover’ (Washington Times, 19 August 2021) <<https://www.washingtontimes.com/news/2021/aug/19/imf-withhold-460m-funds-afghanistan-after-taliban-/>> accessed 12 November 2025
- Nichols M (Reuters), ‘U.N. Readies for More Displaced Afghans after Troop Withdrawal’ (14 June 2021) <<https://www.reuters.com/world/asia-pacific/un-readies-more-displaced-afghans-after-troop-withdrawal-2021-06-14/>> accessed 12 November 2025
- Refugee Council, *Press Release, Afghanistan* (22 January 2025) <<https://www.nrc.no/news/2025/january/millions-of-afghans-face-expulsion-under-desperate-conditions#:~:text=In%20September%202024%2C%20Iran%20announced,15%2C%202024>> accessed 12 November 2025
- Pannier B, ‘Central Asian Nations Embrace Engagement with Taliban’ (Yorktime Institute, 13 June 2025) <<https://yorktowninstitute.org/central-asian-nations-embrace-engagement-with-taliban/>> accessed 20 December 2025
- Politico, ‘World Bank Suspends Aid to Taliban-ruled Afghanistan’ (2021) <<https://www.politico.eu/article/world-bank-suspends-aid-taliban-afghanistan/>> accessed 17 March 2025
- Pouw N and Gupta J, ‘Inclusive Development: A Multi-Disciplinary Approach’ (2017) 24 *Current Opinion in Environmental Sustainability* 104.
- Post-War Reconstruction and Development Unit (PRDU), *The Study of NSP’s Impact on IDP/Refugee Returnee Reintegration in Afghanistan* (PRDU, University of York, 2012)
- Rammelt CF and Gupta J, ‘Inclusive is Not an Adjective, It Transforms Development: A Post-Growth Interpretation of Inclusive Development’ (2021) 124 *Environmental Science & Policy* 144.
- Ruiz HA, *Afghan Refugees Shunned and Scorned* (United States Committee for Refugees and Immigrants

- 2001). <<https://www.refworld.org/pdfid/3bc1918810.pdf>> accessed 12 November 2025
- Schmeidl S, *Four Decades of Afghan Displacement* (German Federal Agency for Civic Education (Bundeszentrale für Politische Bildung/bpb) 2019) <<https://www.bpb.de/gesellschaft/migration/laenderprofile/284416/four-decades-of-afghan-displacement>> accessed 3 September 2025
- Sifton J (Human Rights Watch), *Blood-Stained Hands: Past Atrocities in Kabul and Afghanistan's Legacy of Impunity* (Asia: Human Rights Watch 2005) <<https://www.hrw.org/report/2005/07/06/blood-stained-hands/past-atrocities-kabul-and-afghanistans-legacy-of-impunity>> accessed 12 November 2025
- UNAMA, 'Update on the Human Rights Situation in Afghanistan' (May 2025 update) <<https://reliefweb.int/report/afghanistan/unama-update-human-rights-situation-afghanistan-january-march-2025-update>> accessed 5 September 2025.
- UNHCR, *Afghanistan Situation Update #8* (5 September 2025) <UNHCR Afghanistan Situation - Afghan Returns Emergency Update #8.pdf> accessed 7 September 2025.
- UNHCR, *Global Focus: Afghanistan Situation* (2025) <<https://reporting.unhcr.org/operational/situations/afghanistan-situation#:~:text=In%202025%2C%20UNHCR%20will%20deliver,focus%20on%20women%20and%20girls>> accessed 5 September 2025
- UNHCR, *Afghanistan Refugee Crisis Explained* (USA for UNHCR, 19 July 2024) <<https://www.unrefugees.org/news/afghanistan-refugee-crisis-explained/>> accessed 5 September 2025
- United Nations, 'The Situation in Afghanistan and Its Implications for International Peace and Security', Report of the Secretary-General (28 February 2024) <https://unama.unmissions.org/sites/default/files/sg_report_on_afghanistan_march_2024.pdf> accessed 15 March 2025
- United Nations, 'The Situation in Afghanistan and Its Implications for International Peace and Security', Report of the Secretary-General (2023) <https://unama.unmissions.org/sites/default/files/sg_report_on_the_situation_in_afghanstian_december_2023.pdf> accessed 15 March 2025
- United Nations Development Programme (UNDP) in Ukraine, *Inclusive Development, Recovery and Peacebuilding* (2025) <<https://www.undp.org/ukraine/inclusive-development-recovery-and-peacebuilding>> accessed 5 September 2025
- World Peace Foundation, 'Mass Atrocity Endings: Afghanistan: Soviet Invasion and Civil War' (7 August 2015), cited in American Archive of Public Broadcasting, "'Burning with a Deadly Heat: NewsHour Coverage of the Hot Wars of the Cold War'" <https://americanarchive.org/exhibits/newshour-cold-war/notes?utm_source> accessed 13 November 2025
- Yamani M, *Feminism and Islam: Legal and Literary Perspectives* (Berkshire: Ithaca Press 1996)



The Boğaziçi Law Review

ISSN: 3023-4611

Journal homepage: <https://dergipark.org.tr/tr/pub/blr>

Uluslararası İslam Hukuku (Siyer): Bir Giriş *Islamic International Law (Siyar): an Introduction*

Muhammad Munir, Haluk Songur (çev.)

To cite this article: Muhammad Munir, ‘Uluslararası İslam Hukuku (Siyer): Bir Giriş’, Haluk Songur (çev.) (2025) 3(2) The Boğaziçi Law Review 238.

Submission Date: 5 December 2024

Acceptance Date: 16 December 2025

Article Type: Translation

© 2025 Muhammad Munir, Haluk Songur (çev.). Published with license by Boğaziçi University Publishing

Published online: December 2025

Submit your article to this journal [↗](https://dergipark.org.tr/tr/pub/blr)

Full Terms & Conditions of access and use can be found at
<https://dergipark.org.tr/tr/pub/blr>

ULUSLARARASI İSLAM HUKUKU (SİYER): BİR GİRİŞ

ISLAMIC INTERNATIONAL LAW (SIYAR): AN INTRODUCTION

Muhammad Munir^a , Haluk Songur (çev.)^b 

^a Prof. Dr., the International Islamic University, Department of Law, Islamabad, Pakistan.

^b Prof. Dr., Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İslam Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

ÖZET

Bu çalışma, *Hamdard Islamicus*, c.40, Sayı: 4, (Ekim-Aralık 2012), s. 37-60'da yayınlanan, "Islamic International Law (Siyar): An Introduction" adlı makalenin Türkçe çevirisidir. Orijinal çalışma, İslam uluslararası hukukunun (Siyer) kökenini, kaynaklarını ve gelişimini açıklamaktadır. İslam uluslararası hukukunun (Siyer) rolünü ve yerini belirlemeye çalışmaktadır. Siyer'i ayrı bir hukuk bilimi olarak ele alan ve Siyer kurallarını sistematik olarak açıklayan ilk hukukçunun Ebu Hanife olduğunu savunmaktadır. Bu çalışma, Siyer'in Pakistan iç hukukundaki rolünü tartışmaktadır. İslam hukukunun sadece dünyadaki başlıca hukuk sistemlerinden biri olmadığı, aynı zamanda İslam'ın medeniyetlerin ana formlarından biri olduğu; bu nedenle İslam hukukunun uluslararası hukukun kaynaklarından biri olması gerektiği sonucuna varmaktadır. Son olarak, uluslararası kamu hukukunun doğası gereği seküler olmadığını, aksine Müslüman devletlere 'uyum sağlamak' için 'tarafsız' olduğunu savunmaktadır. Siyer sadece Müslüman devletlerin yükümlülüklerini güçlendirir ve Müslüman olmayan devletlere İslam hukukunu empoze etmez.

Anahtar kelimeler: *Siyer*, İslam Uluslararası Hukuku, *Siyer*'in Rolü,

ABSTRACT

This work is the Turkish translation of the article titled "Islamic International Law (Siyar): An Introduction," published in *Hamdard Islamicus*, vol. 40, No. 4, (October–December 2012), pp. 37–60. Original article explains the origin, sources, and evolution of Islamic international law (Siyar). It attempts to locate the role and place of Islamic International law (Siyar). It argues that Abu Hanifa was the first jurist to treat Siyar as a separate legal science and who systematically explained the rules of Siyar. This works discusses the role of Siyar within the domestic law in Pakistan. It concludes that since Islamic law is not only one of the principal legal systems in the world but also that Islam is one of the main forms of civilizations; therefore, Islamic law must be one of the sources of international law. Finally, it argues that since public international law is not secular in nature, but rather 'neutral' so as to 'accommodate' Muslim states. Siyar only strengthens the obligations of Muslim states and does not impose Islamic law on non-Muslim states.

Keywords: siyar, Islamic international law, role of siyar

* Bu çalışma, *Hamdard Islamicus*, c.40, Sayı: 4, (Ekim-Aralık 2012), s. 37-60'da yayınlanan, "Islamic International Law (Siyar): An Introduction" adlı makalenin Türkçe çevirisidir. <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1835823> Makalenin orijinal atıf ve kaynakça usulüne sadık kalınmıştır.

1. GİRİŞ

İslam hukuku, bir İslam devleti ile gayrimüslim devletler arasında hem savaş hem de barış dönemindeki ilişkilere dair kapsamlı kurallar sunmaktadır. Savaşa başvurma (jus ad bellum), antlaşmalar, savaşın yürütülmesi (jus in bello), özellikle savaş sırasında kimlerin öldürülmemesi gerektiği, hangi nesnelere korunması gerektiği, savaş esirlerinin (POWs) hakları, esaretlerinin sona erdirilmesi ve savaşın etkileri ile ilgili ayrıntılı bir dizi kurala sahiptir. Şeriat ayrıca, bir dizi bağlayıcı kuralla İslam devletine rehberlik etmek için isyancılar ve mürtedlerle kapsamlı bir şekilde ilgilenir; Müslüman bir devletin gayrimüslim vatandaşlarıyla ilgilenmek (çünkü bu aynı zamanda İslam'ın ilk dönemlerinde Siyer'in konusuydu); yabancılara, özellikle de Müslüman bir devleti iş için ziyaret eden ya da Müslüman bireylerden veya devletten sığınma veya koruma talep eden gayrimüslim uluslardan iş adamlarına nasıl davranılacağı; elçilerin dokunulmazlığı; bölgesel yargı yetkisi ve uluslararası arenada Müslüman bir devletin işlerini yürütmek için gerekli olan bir dizi başka konuyu kapsar. Bu kuralların Müslüman devlet tarafından tamamen onaylanması ve İslam hukukunun diğer kurallarının? statüsüne sahip olması öngörülmüştür.

Bu çalışmada tartışılan sorular şunlardır: Siyer ile ne kastedilmektedir; Siyer'i ayrı bir hukuk bilimi olarak ele alan ilk hukukçu kimdir; İmam Ebu Hanife ve talebelerinin, özellikle de Şeybani'nin rolü nedir; Siyer üzerine yazan ilk hukukçular kimlerdir; Siyer üzerine müstakil bir kitap yazan ilk hukukçu kimdir; Siyer'in bugün Pakistan gibi Müslüman bir devletin iç hukukundaki rolü nedir? Siyer kurallarının ilk formüle edilmesinden bu yana Siyer'in içeriğinde bir değişiklik oldu mu; Osmanlı Türkiye'sinin uluslararası hukukun, özellikle de uluslararası insancıl hukukun (UİH) gelişimindeki rolü neydi; Müslüman devletlerin uluslararası hukuk yapımına katılımı onların "boyun eğdirilmesi" olarak mı adlandırılmalı; hükümlerinin İslam hukukuna aykırı olduğu durumlarda Müslüman devletlerin uluslararası hukuka karşı tutumu nedir? Bunlar, bu çalışmada açıklanan sorulardan bazılarıdır.

2. SİYER'İN ANLAMI VE TANIMI

Siyer kelimesi, uygulama, tavır, davranış, yaşam biçimi, tutum veya kabul edilebilir davranış anlamına gelen *Siret* kelimesinin çoğuludur. Çoğul halinin alternatif bir anlamı da meğazidir (savaşlar). *Sair*, *sayrura*, *masîr*, *masîra*, *mesâran*, *tesyîr* kelimeleri hareket etmek, yola çıkmak, yola koyulmak, başlamak, ilerlemek; yürümek; seyahat etmek, yolculuk etmek, gitmek, ayrılmak; koşmak anlamlarında kullanılır. Ve iyi davranmak anlamına gelen *Serâ*, *sîratan haseneten* ifadesidir. *Siret* ayrıca (hâle çoğul hâlât) durum, hal; veya (*hai'a* veya çoğul *hai'ât*) biçim, şekil; dış görünüş, kılık, görünüş anlamına gelir. Allah, Musa'nın asası hakkında şöyle buyurmuştur: "Biz onu eski haline döndüreceğiz."¹ Zemahşeri'ye (ö. 538/1144) göre *Siret*, *Siyer*'den gelmektedir... (*serâ fulânen sîratan haseneten*) ve iyi davranan kimse anlamına gelmektedir. Daha sonra davranış ve uygulama anlamına gelecek şekilde genişletilmiş ve değiştirilmiştir. *Siyeru'l-evvelîn* ifadesinde geçmişte insanların davranışlarını

¹ Kur'an, 20; 21.

ifade eder² ve Şeriat'ta *Siyer* savaş hukuku ile ilgili konulara atıfta bulunur.³ Bu nedenle bazı yazarlar savaş hukukunu tanımlamak için *Kitabü's-Siyer* yerine *Kitabü'l-Cihad* başlığını kullanmıştır. *Siret* terimi bazı tarihçiler ve gelenekçiler tarafından *Meğazi* (savaşlar) terimiyle eşanlamlı olarak kullanılmaktadır.

Örneğin İbn Kesir (ö. 775/1373), *Siret-i İbn-i İshak*'a⁴ atıfta bulunurken şöyle demektedir: "İbn-i İshak (ö. 153/770) el-Meğazi adlı eserinde şöyle der."⁵ Peygamber'in (sav) hadislerini derleyenler, savaşın yürütülmesi, sivillerin korunması, savaş esirlerinin korunması, düşmanlığın sona erdirilmesi, barış antlaşmalarının imzalanması ve ihlali, bölgesel yargı yetkisi ve hatta Müslüman ve gayrimüslim devletler arasındaki ticaretin yürütülmesine ilişkin çeşitli kuralları tanımlamak için *Kitabü's-Siyer*, *Kitabü'l-Cihad* ve *Kitabü'l-Meğâzi* başlıklarını kullanmışlardır. Müslüman hukukçular *Siyer*'i tanımlamak için hiçbir zaman Müslüman uluslararası hukuku ifadesini kullanmamış olsalar da, bugün bunlar uluslararası hukuk üzerine standart bir kitabın temel konularını oluşturmaktadır. Tarihçiler, Peygamber'in (sav) veya haleflerinin yukarıda belirtilen konularla ilgili davranışlarını tanımlamak için *Siret* terimini kullanmışlardır. Bu tür kitaplar İslam'ın çok erken dönemlerinde yazılmıştır ve İbn Hişam'ın (ö. 218/833) es-Siretü'n-Nebeviyye'si bunun bir örneğidir.⁶ Bu kitap Peygamber'in (sav) biyografisi olarak adlandırılabilir çünkü çocukluğundan ölümüne kadar her olayı, ashabının hayatını, başarılarını, Medine'ye hicretini, elçilerle olan ilişkilerini, vahyi, İslam'ın yayılmasını ve Peygamber'in (sav) ve haleflerinin tüm savaşlarını en ince ayrıntısına kadar anlatmaktadır. Zaman geçtikçe, *Siret* başka kişilerin biyografisini anlatmak için de kullanılmaya başlandı. Nitekim hicretten sonra üçüncü yüzyılın sonunda 'Abdullah İbn Ahmed el-Balevi, *Siretü Ahmed İbn Tulûn* adlı bir kitap yazmıştır.⁷ Hicretten sonra beşinci ve altıncı yüzyıllarda birçok biyografi yazarı biyografi yazmak için *Siret* terimini kullanmıştır. Örneğin, İbnü'l-Cevzi (ö. 597/1201) *Siretü 'Ömer İbn al-Hattab* ve *Siretü 'Ömer İbn Abdül-'Aziz*'i yazmıştır. İmam Fahrüddin er-Razi (ö. 606/1210), *Siretü'l-İmam eş-Şafi*'i ve benzerlerini yazmıştır.

Daha önce de açıklandığı üzere, *Siret* terimi Müslüman hukukçular tarafından Peygamber'in (sav) savaş hukuku, isyancılar, mürtedler ve Müslüman devletin gayrimüslim vatandaşları ile ilgili davranışlarını belirtmek için kullanılmıştır. Peygamber'in (sav) davranışları ve tutumları manasındaki *siret* kelimesinin anlamı, onun sözlerinden açıkça anlaşılmaktadır. İbn Hişam şöyle rivayet eder: "Sonra Peygamber (sav) Bilal'e sancağı kendisine ('Abdur Rahman İbn 'Avf) teslim etmesini emretti. O da öyle yaptı. Sonra Peygamber (sav) Allah'ı tesbih etti ve kendisi için rahmet diledi, sonra şöyle buyurdu:

Ey Avf'ın oğlu! Onu [sancağı] al. Allah yolunda savaşın ve Allah'a inanmayanlarla da savaşın. Ancak emanete hıyanet etmeyin, hainlik yapmayın, kimseyi

² Abdülkâsım Carullah Zemahşeri, el-Keşşaf an Hakaiki't-Tenzil, Darü'l-Maarif, Beyrut, c. 2, s. 431.

³ Ebu'l-Feth Nasıruddin Mutrazi, *el-Muğrib fi Tertibi'l-Mu'rib*, ed. Mahmud Fahri, Mektebi Üsâme ibn zeyd, Haleb, c.1, s. 227.

⁴ Muhammed İbn İshak, *Siret-i İbn Hişam*, ed. M. Hamidullah, el-Mağrib, h.1401.

⁵ İsmail İbn Kesir, *el-Bidaye ve'n-Nihaye*, Tabatu Esa el-Halebi, h. 1398, c. 3, s. 242.

⁶ Ebu Muhammed İbn Hişam, es-Siretü'n-Nebeviyye, ed. Mustafa es-sak vd., Darü'l-Marife, Beyrut.

⁷ Abdullah Ahmed el-Belevi, *Siret-i Ahmed İbn Tolun*, ed., Mustaf Kurd Ali, *Matbaatu'l-Taraki*, Şam, 1385.

öldürmeyin, küçükleri ve kadınları öldürmeyin. İşte bu, sizin hidayetiniz için Allah'ın emri ve Resul'ünün *sünnetidir*.”⁸

Bu alıntı, Peygamber'in (sav) savaş zamanındaki davranışlarının, özellikle de savaşçıların niyetleri, savaşa gitme amaçları ve savaşta yasaklanan çeşitli eylemlerle ilgili olanlarının, onun *siyeri* olarak anıldığını göstermektedir.

Bununla birlikte, *Siret* teriminin Peygamber'in (sav) ve haleflerinin barış zamanındaki davranışları veya yönetimdeki veya genel olarak davranışları anlamında kullanıldığı başka alıntılar da vardır. İmam Ahmed İbn Hanbel (ö. 241/857) şöyle der: “(Peygamber'den sonra) Ebu Bekir halife oldu ve onun yaptıklarına göre hareket etti ve *davranışlarını ona göre düzenledi*. Sonra 'Ömer Halife oldu ve o da her ikisinin davranışlarını benimsedi.”⁹

İbn Sa'd (ö. 230/845) *Tabakat*'ında Peygamber'in (sav) Ekber İbn 'Abdul Kays'a gönderdiği bir mektuptan alıntı yapar ve bu mektupta diğerlerinin yanı sıra şöyle der: “... Müslüman garnizon onlara ganimetten pay, yönetimde beceri ve davranışlarda ılımlılık vermelidir. Bu, sözleşme taraflarından hiçbirinin değiştiremeyeceği bir karardır.”¹⁰ İbn Cerir et-Taberi (ö. 310/923), ikinci Halife Ömer'in komutanlarından birine gönderdiği bir mektubu aktarır ve şöyle der: “Bundan sonra Allah, bazı durumlarda her şeyde mazeret öngörmüştür, iki şey hariç: *davranışlarda adalet*”¹¹ Benzer şekilde Taberî, üçüncü Halife 'Osman bin 'Affan'ın yardımcılara yazdığı ve diğerlerinin yanı sıra “... [sizin için] en iyi *davranış*, Müslümanların karşılaştığı sorunlara bakmaktır”¹² dediği bir mektubunu da aktarır. Böylece *Siret* terimi hem savaş hem de barış zamanlarında Müslüman bir yöneticinin *davranışları* için kullanılmıştır.¹³

Siyer teriminin Müslüman fukaha (hukukçular) tarafından İslam hukuku risalelerinde nasıl tanımlandığını görelim. Hanefi mezhebinden İmam Serahsi (ö.483/1090) şu tanımlı vermektedir:

Bil ki Siyer kelimesi, *siret* kelimesinin çoğuludur. (İmam Muhammed İbnü'l-Hasan eş-Şeybânî) bu bölümü, Müslümanların savaşan müşriklere ve onlardan (Müslümanlarla) barış antlaşması yapan veya yerleşik yabancılar olarak ya da [Müslüman devletin] gayrimüslim vatandaşları olarak yaşayanlara karşı davranışlarını tanımladığı için onunla tasarlamıştır; kâfirlerin en kötüsü olan mürtetlerle, çünkü onlar kabul ettikten sonra [İslam'dan] vazgeçerler; ve cahil

⁸ *İbn Hişam, Siret, c. 2, s. 632. Bu hadis, Müslim'in Sahih'in Cihad ve Siyer bölümlerinde, babasından işiten Süleyman İbn Bureyd'den nakledilmiştir. Ancak “İşte bu, sizin için Allah'ın emri ve Resulü'nün sünnetidir”, lafzı Müslim tarafından zikredilmemiştir. Bakınız: Muslim İbni'l-Haccac, Sahih-i Müslim ed., M. Fuad Abdülbaki, Matbaatü İsa el- Halebi, h. 1374, c.3, s. 1357, hadis no. 1731.*

⁹ İmam Ahmet Bin Hanbel, *Müsned*, hadis no. 1055.

¹⁰ Muhammed İbn Sa'd, *et-Tabakatül-Kübra*, Dar-ü Beyrut, 1400, c. 1, s. 263, Kitap, Vakidi tarafından rivayet olunmuştur.

¹¹ Muhammed İbn Cerir et-Taberi, *Tarih-i't-Taberi*, ed. M. Abdu'l- Fazl, Darü'l-Marife, 1979, c. 3, s. 585.

¹² *ibid*, c. 4, s, 244-45.

¹³ Bakınız: M. Hamidullah, *The Muslim Conduct of State*, Şeyh Muhammed Eşref, Lahor, 1968, Yeniden Basım, 1996, s. 20.

olmalarına ve yanlış yorumlamalarına rağmen konuları müşriklerinkinden daha az (değersiz) olan isyancılarla ilgilenir.¹⁴

Serahsi de dahil olmak üzere Müslüman hukukçular tarafından *Siyer* bölümleri altında tartışılan ve bu şiirsel tanımın bir parçasını oluşturmayan bazı önemli alanlar arasında gayrimüslim devlet(ler) ile barışçıl ilişkiler, antlaşmalar hukuku (özellikle Müslüman ve gayrimüslim devletler arasındaki barış ve ticaret antlaşmaları, her ne kadar gayrimüslim yabancılar/vatandaşlar ile yapılan antlaşmalardan bahsetse de), bölgesel yargı yetkisi, elçilerin korunması ve birinciler ile ikinciler arasındaki ticari ilişkilerin kuralları yer almaktadır. İleride göreceğimiz gibi, Serahsi yukarıdaki tüm konuları ve tanımında açıklananları her ikisi de kendisi tarafından kaleme alınan *Kitabü'l-Mebusut*'ta ve özellikle *Şerhu Kitabi's-Siyeril-Kebir*'de tartışmaktadır.¹⁵

Necmüddin en-Nesefi'ye (ö. 537/1143) göre *es-Siyer*, savaş hukuku anlamına gelir ve bu kurallar bu terimle adlandırılmıştır çünkü bu durumların çoğu [düşmana karşı] savaşa gitmeyi ve düşmana doğru yolculuğu (sefer) içerir."¹⁶ Kasani (ö. 587/1191) *Bedâiüs-Sanâi'* adlı kitabında *Siyer* bölümüne bu ismin verilmesinin sebebini şöyle açıklar: "Çünkü bu bölümde saldıranların [savaş sırasında] nasıl davranmaları gerektiği ve karşılaşılabilecekleri ya da uymaları gereken farklı durumlar anlatılmaktadır."¹⁷ Nevevi'ye (ö. 776/1278) göre, "*Siyer*, davranış anlamına gelen *Siret*'in çoğuludur ve [çoğu yazar] *Kitabü's-Siyer* başlığını kullanır çünkü bunun hukuku Peygamber'in (sav) seferlerindeki davranışlarından türetilmiştir. Ve [bu yazarlar] savaş kurallarını tartışmaktadır. Diğer [yazarlar] "*Kitabü'l-Cihad*" başlığını kullanırlar, [İmam Ebu İshak İbrahim İbn Ali eş-Şirazi'nin] (ö.576/1083) *et-Tenbih fi'l-Fikh* kitabındaki başlık "*Kitabü kitali'l-müşrikin*" (müşriklerle savaş bölümü) şeklindedir."¹⁸

Hanefi mezhebinden Bedruddin el-'Ayni, (ö. 855/1451) *Siyer* terimini açıklarken bu terimi geniş anlamda kullanmıştır. El-'Ayni "*Siyer*, Peygamber'in (sav) savaş esnasındaki davranışlarına, ashabının davranışlarına ve bu konuda onlardan rivayet edilen şeylere verilen isimdir"¹⁹ der. Ünlü Hanefi kitabı *El-Hidaye*'ye yazdığı şerhte terimin anlamını daha da genişletir ve *Kitabü's-Siyer* başlığını analiz ederken şöyle der: "Çünkü Peygamber'in (sav), ashabının (Allah onlardan razı olsun) ve Müslümanların davranışlarını anlatır. Ve buna şu anlam da verilebilir: [onların] muamelata (sosyal hayatta veya iş hayatında) davranışları."²⁰ Bu gerçekten de '*siyer*' teriminin hiç olmadığı kadar geniş bir anlamıdır. *Siyer*'e el-'Ayni tarafından yüklenen bu anlam, daha sonraki bazı eserlere de yansımıştır.²¹

İlk olarak belirtilmesi gereken husus, *Siyer* birçok yazar tarafından, yukarıda tartışıldığı

¹⁴ M. İbn Ahmed es-Serahsi, *Kitabü'l-Mebusut*, Darü İhyai't-Türasi'l-Arabi, Beyrut, 2002, c. 10, s. 5.

¹⁵ ibid, s. 5-135; ayrıca onun *Şerhu Kitabi's-Siyeril-Kebir*, Darü'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut, 1997, 5 cilt.

¹⁶ Necmüddin en-Nesefi, *Talaba et-Talabe fi'l-Istilahati'l-Fikhi*, ed. Halil el-Meys, Darü'l-Kalem, Beyrut, 1406, s.165.

¹⁷ Alauddin Ebi Bekr el-Kasani, *Bedai' es-Sanai*, Darü İhyai't-Türasi'l-Arabi, Beyrut, 2000, c. 6, s.57.

¹⁸ Muhyiddin İbn Şeref en-Nevevi, *Tehzibü'l-Esma ve el-Luğat*, Darü'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut, c. 3, s. 159.

¹⁹ Bedruddin el-'Ayni, *Umdetü'l-Kari Şerhu Sahibi'l-Buhari*, Darü'l-Fikr, Beyrut, c. 14, s. 78.

²⁰ Bedruddin el-'Ayni, *el-Binaye Şerhu'l-Hidaye*, Darü'l-Fikir, Beyrut, 1400, c. 5, s. 624.

²¹ Bakınız, örneğin M. Ali Faruki, *Keşşaf Istilatü'l-Funun*, ed. Lütfi Abdülbedi, Vezarati Evkaf ve el-İrşad, Kahire, 1382, c. 3, s. 170-171.

üzere, Müslüman uluslararası hukuku olarak tercüme edilmektedir. Siyer'in 20. yüzyılda Nagib Arminazi,²² Muhammed Hamidullah (ö. 1416 H/2002 M), Mecid Hadduri, Ebu Zehra ve benzeri diğer âlimler tarafından nasıl tanımlandığını görelim. Nagib Arminazi muhtemelen iyi bir tanımlama girişiminde bulunan ilk kişidir ve tanımı şu şekildedir: “[Müslüman devletle] savaşsınlar ya da [onlarla] barışçıl ilişkiler içinde olsunlar, ister birey ister devlet olsunlar, ister Müslüman toprakları içinde ister dışında bulunsunlar, gayrimüslimlerle ilişkilerinde Müslümanlar için bağlayıcı olan kurallar bütünüdür. Ve bu kurallar dizisi mürtedlerin, asilerin ve soyguncuların durumunu da içerir.”²³ Arminazi, yukarıda tartışılan ve Serahsi tarafından verilen tanımdan etkilenmiş gibi görünmektedir. Ancak bu tanım kendi döneminin bile gerçekliğiyle örtüşmemektedir. Hamidullah ise *Siyer*'i “ Bir Müslüman bir *de facto* ya da *de jure* Devletin diğer *de facto* ya da *de jure* Devletlerle olan ilişkilerinde uyduğu toprak hukukunun ve örfünün ve antlaşma yükümlülüklerinin bir parçası” olarak tanımlamaktadır.²⁴ Bu, yukarıda verilen Arminazi'nin tanımından daha iyi bir tanım gibi görünmektedir. İmam Ebu Zehra, *Şerh Kitabü's-Siyer'l-Kebir*'e yazdığı girişte *Siyer*'i şöyle tanımlar:

Cihadın ve savaşın kuralları, savaşta nelere izin verilip nelere izin verilmediği, [kalıcı] barış antlaşmalarının ve geçici ateşkeslerin kuralları, kime yabancı statüsü verilip kime verilmeyeceği, savaş ganimeti, fidye ve köleleştirme kuralları ve savaşlar sırasında ve sonrasında ortaya çıkan diğer sorunlar. Kısacası, tartışmaların çoğu savaşla ilgili olsa da, barış ve savaş sırasında Müslümanlar ve diğer [topluluklar] arasındaki uluslararası ilişkilerin kurallarını belirler.²⁵

Siyer ilminin bir başka tanımı da “savaş ve barış sırasında *darü'l-harb* ve *darü'l-İslam*'da gayrimüslimlerle ilişkilere dair kurallardır” diyen bir araştırmacı tarafından yapılmaya çalışılmıştır.²⁶ Ne yazık ki bu tanımlar, genel olarak, Müslüman devletlerin uluslararası hukuk kapsamındaki yükümlülüklerinin, özellikle de savaşın yürütülmesine ilişkin çeşitli sözleşmelerin, savaş sonrasında ve Müslüman devletlerin bu sözleşmeler kapsamındaki yükümlülüklerinin getirdiği değişiklikleri dikkate almamaktadır.

Bu tanımların bazıları günümüzden ziyade geçmişten bahsetmektedir. Ayrıca, Osman Cuma tarafından verilen tanım, sadece Müslüman olmayan devletlerle değil, Müslüman devlet içindeki ve dışındaki Müslüman olmayan bireylerle olan ilişkileri de kapsamaktadır. Uluslararası kamu hukukunu görmezden gelmek, *Siyer*'i layıkıyla tanımlama görevini oldukça külfetli hale getirecektir. Bugün Müslüman devletler gayrimüslim vatandaşlarına *Siyer*'e (uluslararası hukuka) göre değil, anayasalarına göre muamele etmektedir! Bu nedenle

²² Bakınız, onun *L' Islam et le Droit International*, tez, Paris, 1929. Aynı kitap bazı ilavelerle Arapça basıldı. *eş-Şerhu'd-Düveli fi'l-İslam*, Matbaat İbn Zeydun, Damaskus, 1930.

²³ *ibid*, s. 44.

²⁴ Hamidullah, *The Muslim Conduct*, s. 3. Kitabın ilk versiyonu 1941-2 yıllarında *Islamic Culture*, Haydarabad Dekkan'da yayımlanmıştır. Cafer 'Abdul Selam, bu tanımın Müslüman devletin diğer devletlerle ilişkilerinde ne uyguladığına odaklandığını ileri sürer. Bakınız, onun *Kavaid el-Alakat ed-Düveliyye*, Maktaba es-Selam el-Alamiya, Kahire, 1401, s. 31.

²⁵ Ebu Zehra, *Inroduction to Şerhu Siyeri'l-Kebir*, Matbaat Kahire University, s. 33.

²⁶ Osman Cuma Zamiriyye, *Usul el-Alakati'd-Düveliyye*, Dar el-Mali, Amman, 1999, c.1, s. 240.

Siyer'i günümüz koşullarına uymayan ve alakasız soyut bir nesne olarak değil, günümüz koşullarında açıklamamız gerekiyor. Bu nedenle zamanın ihtiyacı, sadece *Siyer*'in bir tanımına ulaşmaya değil, aynı zamanda günümüz koşullarına uygun ve ilgili bir tanıma ulaşmaya yardımcı olacak yeni bir başlangıç yapmaktır.

Macid Hadduri'ye göre uluslararası İslam hukuku, "İslam dünyasının içinde ya da dışında olsun, Müslümanların ilişkilerini yönetmek için tasarlanmış" İslam hukukunun bir uzantısıdır.²⁷ Abdülkerim Zeydan'a göre ise "İslam hukukunun, diğer devletlerle ilişkilerinde Müslüman devlet için bağlayıcı olan norm ve kurallar bütünüdür."²⁸ Bu tanım, günümüz senaryosuyla uyumlu görüldüğü için diğer tüm tanımlardan çok daha iyi görünmektedir. Müslüman devlet ile diğer devletler arasındaki ilişkileri düzenleyen İslam hukuku kuralları ve ilkeleri Müslüman uluslararası hukuku olarak tanımlanmaktadır. Bu kurallar *Şeriat* nedeniyle Müslüman devlet için bağlayıcıdır. Ancak Halifeliğin yokluğu nedeniyle bugün tek bir Müslüman devlet yok aksine 50'den fazla Müslüman devlet bulunmaktadır. Bu nedenle, bu devletlerin İslam hukuku kapsamındaki yükümlülüklerine ve aynı konuları düzenleyen uluslararası antlaşmalara odaklanılmalıdır. Bu nedenle, Serahsi'nin tanımı mevcut ortama uygun hale getirilmek için değiştirilmelidir. Bugün uluslararası hukukun konusu değişmiştir. Devletler bazı ortaçağ kavramlarını yenileriyle değiştirmiştir. Örneğin, her ne kadar bireyler uluslararası hukukun öznesi olmaya devam etse de gayrimüslim vatandaşların hakları Müslüman uluslararası hukuku tarafından değil; her devletin en üstün iç hukuku olan anayasa hukuku tarafından düzenlenmektedir.²⁹

3. AYRI BİR HUKUK BİLİMİ OLARAK SİYER

Siyer alanındaki uzmanlıklarıyla bilinen ilk Müslüman hukukçuları olarak İmam eş-Şa'bi (ö. 103/719), İmam Ebu Hanife Nu'man bin Sabit (ö. 150/767), İmam Abdurrahman el-Evzai (ö. 163/774), İmam Ebu Yusuf (ö. 182/798), İmam M. İbn el-Hasan eş-Şeybani (ö.189/805), İmam Süfyan es-Sevri (ö.161/769), İmam el-Fezari ve diğer birçokları sayılabilir. İmam Şa'bi, Kufe'nin önde gelen otoritelerinden biriydi³⁰ ve Abdülmelik İbn Mervan (Emevi Halifesi) tarafından Roma İmparatorluğu'ndaki mevkidaşına elçi olarak gönderilmişti. Peygamber'in (sav) seferlerinin³¹ tarihini çok iyi biliyordu. Hatib el-Bağdadi'ye (ö. 463/1071) göre, 'Abdullah İbn 'Ömer, Şa'bi'nin bu seferler hakkında konuştuğunu duydu ve o kadar etkilendi ki, "Sanki bizimle birlikte [bu seferlere] katılmış gibi" dedi.³²

²⁷ Mecid Hadduri, *War and Peace in the Law of Islam*, The John Hopkins Press, Baltimore, 1955, s. 46, ayrıca bakınız, Hadduri, *el Harb ve's-Silm fi Şirati'l-İslam*, ed-Darü'l-Mütehede, Beyrut, 1973, s. 17.

²⁸ Abdülkerim Zeydan, *Memau Buhus*, Müesseser-Risale, Beyrut, 1402, s. 16.

²⁹ Pakistan örneğinde, azınlıkların korunmasına ilişkin Anayasal hükümler şunlardır: Anayasa'nın Başlangıç bölümünün altı ve dokuzuncu paragrafları ve 1973 tarihli Pakistan İslam Cumhuriyeti Anayasası'nın 20. ve 36. maddeleri.

³⁰ Bakınız, İbn Sad, *Tabakat*, c. 6, s. 246-257; Ebu Bekir el-Hatip el-Bağdadi, *Tarik Bağdad*, Darü'l-Kitabi'l-Arabi, h.1401, c. 12, s. 227-233.

³¹ Yukarıda açıklandığı gibi siyer aynı zamanda savaş seferleri anlamına da gelmektedir.

³² El-Bağdadi, *Tarik*, cilt 12, s. 230. Aynı şey başka kaynaklardan da aktarılmıştır. Örneğin bakınız, Molla 'Ali Kari, *Şerhu Musnad Ebi Hanife*, Darü'l-Kütübi'l-İlmiye, Beyrut, 1405, s. 1411-1412. Ebu Hanife bu hadisin zincirinde yer almaktadır. Ayrıca bakınız, Nureddin el-Heysemi, *Mecm'au'z-Zevaid*, 3. baskı, 1402, c. 10, s. 23.

Aşağıda alıntılanan bu rivayetlerden açıkça anlaşılan şey, Şa'bi'nin Peygamber (sav) ve ashabı zamanındaki seferleri anlatmada çok başarılı olduğudur. Her ne kadar tarihçiler onu *Siyer* konusunda uzman olarak tanımlamış olsalar da, bu sadece Peygamber'in (sav) seferleri hakkındaki bilgisiyle sınırlıdır ve bu kaynaklardan *Siyer* ile ilgili karmaşık kurallar hakkında bilgi sahibi olduğuna dair bir işaret yoktur. *Siyer*'i ayrı bir hukuk bilimi olarak ele alan, Müslümanların uluslararası hukukunda bir otorite olarak kabul edilen, *siyerin* tüm kurallarında uzmanlığa sahip olan ve bunu akademik olarak öğreten Müslüman hukukçu, muhtemelen tüm zamanların önde gelen *müçtehidî* olan İmam Ebu Hanife'dir.

Sahih araştırmalara göre, *siyer* terimini Müslüman bir devlet ile gayrimüslim devletler arasında savaş ve barış sırasında ilişkileri düzenleyen kurallar bütünü için kullanan ilk *fakih* odur. *Kitabü's-Siyer* adlı en eski kitap Ebu Hanife tarafından yazılmış, o da bunu öğrencilerine, özellikle de Ebu Yusuf, M. İbn el-Hasan El-Şeybani, Züfer İbn Huzayl, Esad İbn 'Amr, İbrahim El-Fezari, Hasan İbn Ziyad el-Lu'li, Hafs İbn Ğays en-Nehai, Afiya bin Yezid, Hammad (Ebu Hanife'nin oğlu) ve diğerlerine imla ettirmiştir. Bu öğrencilerden bazıları bu ders notlarını düzenlediler ve onlara eklemeler yaptılar. Bu ders notları bazı durumlarda Ebu Hanife'den ziyade bu öğrencilere atfedilmiştir. Örneğin; Hasan İbn Ziyad'ın *es-Siyer*'i, İbrahim el-Fezari'nin *Kitabü's-Siyer*'i³³ ve Şeybani'nin *es-Siyerü's-Sağir*'i.³⁴

Suriyeli İmam Evza'i (ö. 157), İmam Ebu Hanife'nin *Kitabu's-Siyer*'ine ya da Şeybani'nin tahkik ettiği *es-Siyerü's-Sağir*'ine rastladıktan sonra onun birçok konudaki görüşlerini eleştirmiştir.³⁵ İmam Ebu Yusuf ise buna *er-Redd 'Ala Siyeri'l-Evza'i* adlı bir kitapla karşılık vermiş ve hocasının (İmam Ebu Hanife) görüşlerini savunmuştur. İmam Şeybani, *Kitab es-Siyerü'l-Kebir* ile cevap vermiştir. Bu, *Siyer*'in *magnum opus* çalışmasıdır ve tek kelimeyle eşsizdir.³⁶ Bu son kitabın birçok baskısı vardır.³⁷ İmam Şafi'i (ö.204 /820) her iki kitabı da, yani *Siyer-i Evza'i* ve *er-Redd 'Ale Siyer'il-Evza'i*'yi *el-Umm* adlı risalesinde kaydetmiştir. Kitapta Evza'i'nin ve Ebu Yusuf'un kitaplarından alıntılar yapıldıktan sonra "*İmam Şafi'i şöyle demiştir*" denilmekte ve her ikisine yönelik eleştiriler ile Şafi'i'nin aynı konudaki görüşü yer almaktadır.³⁸ Hamidullah, "bundan böyle [*siyer*] kelimesinin tüm zamanların

³³ İbrahim el-Fezari, *Kitabü's-Siyer*, ed. Faruk Hamide, Müesseser-Risale, Beyrut, 1408.

³⁴ Bakınız, Ebulvefa el-Afgani, Introduction to Ebu Yusuf *er-Reddu ale Siyeri'l-Evzai*, İdare el-Kuran ve el-Ulumu'l-İslamiyye Karaçi, ty., s.1, M. Zahid el-Keveseri, *Buluğ el-Emani fi Sireti'l-İmam Muhammed İbni'l-Hasan eş-Şeybani*, Mektebe Darü'l-hidaye, Kahire, ty., s. 18.

³⁵ Hayatı, eserleri ve *jus in bello* (savaş hukuku) ile ilgili detaylı bilgi için bakınız, "el-İmam el-Evzai ve Badu Erauhu el-İnsaniyye", "*Makalat fi'l-Kanun ed-Düveli el-İnsani ve'l-İslam*", (Arapça) içinde, ed. Amir Zamalli, ICRC, 2. Baskı, 2007, s. 57-63. Rivayete göre İmam Evza'i'ye Ebu Hanife'nin veya Şeybani'nin kitabı verildiğinde "Bu kitabı kim yazdı?" diye sormuş ve Iraklı Şeybani'ye ait olduğu söylenmiştir. Bunun üzerine "Iraklılar *Siyer*'i bilmedikleri halde bu ilim hakkında nasıl yazabilirler" dediği rivayet edilir. Peygamber'in (s.a.v.) seferlerinin Suriye ve Hicaz'a yönelik olduğunu, daha yeni fethedilen Irak'a yönelik olmadığını da eklemiştir. *ibid*, s. 59.

³⁶ Kitap sadece İmam Serhasi'nin şerhiyle birlikte mevcuttur ve birçok farklı yayıncı tarafından birçok kez basılmıştır. İlk olarak 1971 yılında Haydarabad'da (Hindistan) basılmış ancak başka yerlerde de birçok kez basılmıştır.

³⁷ İmam Ebu Yusuf, *er-Reddu ala Siyeri'l-Evzai*, ed. Ebulvefa el-Afgani, Lecne İhya el-Marif en-Numaniyye, Haydarabad, 1537 ve İdaretü'l-Kuran ve el-Ulumi'l-İslamiyye, Karaçi, ty.

³⁸ M. İbn İdris eş-Şafii, *el-Umm, Tabatü'l-Bulak*, yeniden basım, Darüş-Şab, Kahire, s. 7, 3030-335. Aynı kitabın yeni baskısı vardır. Yukarıdaki tartışma için bakınız, M. İdris eş-Şafii, *Kitabü'l-Umm: Mevsuatü'l-İmam eş-Şafii*, ed. Bedruddin, Hasun, Darü'l-Küteybe, Beyrut, 2003, c. 15, s. 219-351.

fakihleri tarafından yaygın olarak kullanılan teknik bir terim haline gelmiş olduğunu” ileri sürmektedir.³⁹

Bazı âlimler⁴⁰ İmam Zeyd İbn ‘Ali’ye⁴¹ (ö. 122/740) *el-Mecmu‘ el-Kebir* adlı bir kitap atfetmektedir. Bu kitap, öğrencisi Ebu Halid el-Vasiti tarafından derlenen *Mecmu‘l-Hadis* ve *Mecmu‘l-Fıkh* adlı iki kitabın birleşimidir. *Mecmu‘ el-Kebir*’in bölümlendirilmesi tıpkı fıkıh (İslam Hukuku) kitapları gibidir.⁴² Örneğin, ‘*Taharet*’ (arınma), ‘*İbadat*’, ‘*Satış*’, ‘*Ortaklık*’, ‘*Nikah*’ (evlilik), ‘*Talak*’ (boşanma), ‘*Hudud*’ (sabit cezalı suçlar) bölümleri vardır ve bunu ‘*Siyer*’ bölümü takip eder. Bu bölümün ayrımı da ilginçtir: *el-Gazve ve’s-Siyer* başlıklı ilk bölümü *cihadın* önemi, şehitlik, ganimet, barış, ... mürtedlerle, asilerle savaşmak ve İmam’a (devlet başkanı) itaat konusu takip etmektedir.⁴³

Bu eserde iki sorun göze çarpmaktadır: Birincisi, Ebu Halid *Mecmu‘* ‘un ravisi olarak kabul edilemez çünkü Sünni âlimler tarafından *hadis* uydurmakla suçlanırken Zeydiye (İmam Zeyd İbn ‘Ali’ nin takipçileri) için güvenilirdir; ve ikincisi, bu kitabın derlenme şekli de şüphelidir. İmam Zeyd tarafından derlenmiş ve Ebu Halid sadece onu kaydedip ondan mı derlemiştir? Yoksa o (İmam Zeyd) bunu öğrencilerine yazdırdı ve onlardan biri daha sonra bunu derleyip düzenledi mi? Bununla birlikte, son araştırmalar Ebu Halid’in yalan söylediği ve *hadis* uydurduğu bilindiği için rivayetinin kabul edilemeyeceğini göstermektedir.⁴⁴ Dahası, kitap o dönemin *Şii* fakihlerine özel bir yer vermekte, ancak çağdaş büyük Sünni fakihlerden bahsetmemektedir ve bu yüzden sadece bir rivayettir. Kitabın konusuna baktıktan ve İmam Malik’in *Muvatta’sı* ve Şeybani’nin *Asar’ı* ile karşılaştırdıktan sonra, *Muvatta’dan* daha iyi bir içeriğe sahip olduğu ve Şeybani ve Ebu Yusuf’un kitapları gibi olduğu görülmektedir. Ayrıca kitap Irak *fikh*ından (Ebu Hanife, Ebu Yusuf ve özellikle Şeybani’nin) etkilenmiştir. Bu nedenle bir araştırmacı şu sonuca varmıştır:

El-Mecmu‘ yeterince yetenekli olmayan bir *Şii* âlimin eseridir; onu Sünni kaynaklardan derlemiştir; onun özel eğitimi kitapta garip şeyler ortaya çıkarmaktadır. Böylece o, zikretmediği halde kendi zamanının Sünni *fikh*ını

³⁹ Muhammed Hamidullah, *The Muslim Conduct of the State*, Şeyh Muhammed Eşref, Lahor, 1968, yeniden basım, 1996, s. 11.

⁴⁰ Biraz şüpheci olmasına rağmen Hamidullah da bunlardan biridir. Bakınız, *The Muslim Conduct*, s. 26 ve f. n. 20.

⁴¹ Tam ismi Zeyd İbn Ali İbn el-Huseyn İbn Ali İbn Ali Talip.

⁴² Bakınız, İmam Ebu Zehra, *Tariki’l-Mezahibi’l-Fıkhıyye*, s. 274, 675.

⁴³ Bakınız, İmam Zeyd, *el-Müsned*, Mektebü’l-Hayat, Beyrut, s.349-363 ve Gazi Şerifuddin, *Şerhu Memâ’ül-Fıkhî’l-Kebir*, Mektebe el-Muayd, Taif, 1388, c. 4, 608, c. 5, 7-35.

⁴⁴ İmam Ahmed İbn Hanbel onu güvenilir bulmaz. İmam Efram, Ebu Haşim ve Vaki’i İbn el-Cerrah, Ebu Halid’in *hadis* uydurduğunu iddia eder. İmam Buhari onu “Münkirü’l-Hadis” olarak adlandırmıştır. İbn Habban, İmam en-Nesei, İmam -Dari Kutni ve daha birçokları tarafından bu tür şeylerle suçlanmıştır. Bakınız, ‘Abdur Rahman İbn Ebi Haşim, el-Cerh ve’t-Tadil, Maclis Dairat el-Ma’rif el-Osmani, Haydarabad, 1271 h., c. 6, s. 230; ve İmam Buhari, *et-Tarik es-Sâğir*, ed., Mahmud İbrahim Za id, Darü’l-Vai, Haleb, s. 139; İmam en-Nesai, *ed-Duafe ve’l-Metrukîn*, ed, M. İbrahim Zaid, Darü’l-Vai, Haleb, s. 300; İbn Hibban, *el-Mecruhin min el-Muhaddisîn ve ed-Duafe ve’l-Metrukîn*, Dar El-Va’i, Haleb, c. 2, s. 76; İmam El-Zehabi, *Mizan el-İtidal*, nşr, Ali Ae-Bacevi, Darü’l-Marifa, Beyrut, cilt 3, s. 257-258; İbn Hacer, *Tehzibü’t- Tehzib*, Darü’l-Fikir, Beyrut, cilt 8, s. 24-5. İmam Ebu Zehra’ya göre [Zeydiler] *Ulema*, Ebu Halid’in İmam Zeyd’den rivayet ettiğini kabul eder. Ebu Halid’e yönelik tüm itirazları bertaraf eder ve onu güvenilir kabul eder.

önüne koymaktadır. Onun için en erken zaman ancak *hicri* ikinci asrın ortaları olabilir ki bu da Ebu Hanife, Ebu Yusuf, Şeybani, Sevri ve diğerleri sayesinde Irak'ta fikhin patladığı zamandır.⁴⁵

Yukarıdaki tartışmadan açıkça anlaşılan şey, *Siyer* kelimesinin kullanımının İmam Zeyd'e atfedilmesinin hatadan arınmış olmadığıdır; ancak çok doğru olan şey, İmam Ebu Hanife'nin aynı terimi uluslararası hukuku belirtmek için kullandığıdır.

4. ŞEYBANİ VE SİYER

Ebu Hanife'nin orijinal kitabının bize ulaşmadığını akılda tutmak önemlidir, bu nedenle yukarıda tartışılan Şeybani'nin "*es-Siyerü's-Sağir*" ve onun "*es-Siyerü'l-Kebir*"ine çok dikkat verilmektedir. Bu son kitap sadece Hanefi hukukçu M. İbn Ahmed İbn Ebi Sehl es-Serahsi (ö. 1090/483) tarafından yapılan şerhiyle birlikte bulunmaktadır. İslam hukuk literatüründe şüphesiz tüm zamanların en önemli *Siyer* eseridir. Bu son kitabın Türkçe tercümesi 1825 yılında İstanbul'da basılmıştır.⁴⁶ Arapça baskısı ise ilk olarak 1917 yılında Haydarabad, Dekkan'da basılmıştır. Hans Kruse, Şeybani'yi *Siyer*'in hukuki formasyonunun babası olarak görmektedir.⁴⁷ 1827 yılında *Şerhu Kitabi's-Siyerü'l-Kebir*'in Türkçe tercümesini inceleyen Alman bilim adamı Joseph Hammer von Purgstall, Şeybani'yi Müslümanların Hugo Grotius'u olarak adlandırmıştır (oldukça hafif kaçan bir ifade).⁴⁸ Elbette büyük Şeybani'yi Hugo ile bir tutmak haksızlıktır. Öte yandan, tarihsel olarak Hugo Avrupa uluslararası hukukunun babası olarak kabul edilemezken, Vitoria ve özellikle Gentili uluslararası hukuku teolojiden ayıran ilk Avrupalılar olarak ondan daha fazla övgüyü hak etmektedir.⁴⁹ Vitoria *Siyer*'e aşina görünmektedir: Müslüman çocukları (masum olan) ve kadınları (masum oldukları varsayılan) öldürmenin yasadışı olduğunu öne sürmüştür.⁵⁰ Yargıç Weeramantry, Hugo'nun

⁴⁵ Bakınız, Ali Abdülkadir Hasan, *Nazrat Amme fi Tariki'l-Fıkhi'l-İslami*, Darü'l-Kütübü'l-hadise, 1965, s. 182 ve M. Yusuf Musa, *Asar Nüshatü'l-Mezahib*, s. 72-73

⁴⁶ Bakınız, Hans Kruse, *The Foundation of Islamic International Jurisprudence*, Journal of Pakistan Historical Society, III, Kasım, 1955, s. 237.

⁴⁷ İbid., s. 238.

⁴⁸ Bakınız, onun *Jahrbuecher der Literatur*, 40, Viyana, 1827, s. 48.

⁴⁹ Avrupada uluslararası hukuk üzerine belki de en erken yazarlar, savaş sırasındaki etik sorunlar hakkında yazan on beşinci ve on altıncı yüzyıl İspanyol kilise adamlarıydı. 1526-1546 yılları arasında Salamanka'da İlahiyat Profesörü olan Francisco de Vitoria'nın ölümünden sonra yayınlanan *Relectiones theologicae* adlı eseri, uluslararası hukukun Yeni Dünya'ya (Amerika'daki İspanyol kolonileri) yayılmasından bahsetmektedir. Weeramantry, bu İspanyol yazarlardan bazılarının İslam hukukundan çok etkilendiğini ileri sürmektedir. Bakınız: C. G. Weeramantry, *Islamic Jurisprudence*, Macmillan, London, & St. Martin Press, New York, 1988, yeniden basım Sarvodaya Vishva Lekha, 1999, s. 158. Baskıdan kurtulmak için İngiltere'ye kaçan ve Oxford'da Medeni Hukuk profesörü olan İtalyan Protestan ve Gentilis olarak bilinen Alberico Gentili, uluslararası hukuku teoloji ve etikten ayıran ve hukukun bir dalı olarak ele alan belki de ilk Avrupalı yazardır. En önemli eseri 1598 yılında yayınlanan *De jure belli*'dir. Hugo'nun kendisi de bu kitaba büyük ölçüde borçluydu. Bakınız, J. L. Brierly, *The Law of Nations*, ed., Sir Humphrey Waldock, Clarendon Press, Oxford, 1963, yeniden basım, 1981, s. 25-27. Ayrıca bakınız, Lord McNair, *The Practitioners' Contribution to International Law* III, Ind JIL, 1963, s. 272-273. Özetle, Hugo'nun 1625'te yayınlanan *De jure belli ac pacis*'i yazdığından zaten o kadar seçkin olduğunu ve kaleminden çıkan her şeyin dikkat çekeceğini savunmaktadır. İbid, s. 28. Dolayısıyla Hugo, Şeybani ile bir tutulamaz.

⁵⁰ Francisco De Vitoria, "*The Second Relection on the Indians, on the Law of War Made by Spaniards on the Barbarians*", A, Carnegie (ed) "*De Indis et de iure belli relectiones*", içinde, çeviri, J. P. Bate, new York, 1917, s.179.

muhtemelen *Siyer*'den (Müslüman uluslararası hukuku) etkilendiğini kanıtlamak için 16 neden sunmaktadır.⁵¹ Hugo'nun literatüründe buna dair daha fazla kanıt bulunmaktadır. Örneğin, "Düşmanlar arasında doğanın emrettiği ya da ulusların rızasının tesis ettiği yasalar bağlayıcıdır" diyerek,⁵² bir antlaşmaya uyulmasını gerektiren ya da başka bir deyişle *pacta sunt servanda* (ahde vefa) olarak bilinen ilkeyi vurgulamaktadır.⁵³ Bir antlaşmanın şartlarına bağlı kalmak, başka bir yerde açıklandığı üzere, Peygamber (sav) zamanından beri İslam uluslararası hukukunun temel bir ilkesidir.⁵⁴ Dahası, Hugo'ya göre savaşın yasallığı için devlette üstün gücü elinde bulunduran kişinin otoritesi altında yürütülmesi gereklidir. Bu ilke, ünlü Hanefi hukukçu İmam Ebu Yusuf (ilk Müslüman Başyargı) tarafından "Devlet başkanının veya vekilinin izni olmadan hiçbir sefer gönderilemez" şeklinde ifade edilmiştir.⁵⁵ Hugo "ya göre bir devlet meşru müdafaa için savaş açabilir. İslam uluslararası hukukuna göre bu kaçınılmaz bir sonuçtur.⁵⁶ Hugo savaşı daha insancıl hale getirmeye çalışmıştır. Yine bu, tam olarak İslami *jus in bello* "nın temel alanıdır.⁵⁷ Önerdiği savaş, mevcut uluslararası hukuka dahil edilmiştir.⁵⁸ Devletlerarası ilişkiler hukukunun Avrupalı yazarlar tarafından uluslararası hukuk olarak adlandırılmadığını, 'Avrupa kamu hukuku' (*ius publicum europaeum; droit public de l'Europe*)⁵⁹ olarak bilindiğini ve sadece Avrupalıların bundan yararlanmasına izin verildiğini belirtmek ilginç olacaktır. 1856'da Paris Barış Antlaşması Türkiye'yi (Hıristiyan olmayan ilk millet olarak) Avrupa Uyumu'na kabul etti.⁶⁰

Şeybani'nin anısına, akademisyenler Almanya'nın Göttingen kentinde Şeybani Uluslararası Hukuk Derneği'ni kurdular. İlk başkanı, Profesör Abdul Hamid Bedevi olmuş ve Profesör Salahuddin al-Müncid ise Başkan Yardımcısı olmuştur. Paris Üniversitesi 1970 yılında Şeybani'nin 1200. ölüm yıldönümünü anmak için bir kutlama düzenledi.⁶¹

1966 yılında John Hopkins Üniversitesi'nden Mecid Hadduri, Şeybani'nin *es-Siyerü's-Sağır*'ini ararken, *Kitabü'l-Asl* veya *Kitabü'l-Mebsut* olarak bilinen Şeybani'nin başka bir kitabından *siyer* ile ilgili bölümleri tercüme etti; ona uzun bir giriş yazdı ve adını *The*

⁵¹ Bakınız Weeramantry, *Islamic Jurisprudence*, s. 132, ve s., 150-158.

⁵² Bakınız Hugo Grotius, *Prolegomena*, s. 25-26.

⁵³ Bakınız Hugo Grotius, *Prolegomena*, s. 25-26.

⁵⁴ Bakınız, benim "The Law of Treaties in Islam", yakında.

⁵⁵ Ebu Yusuf, *Kitabü'l-Haraç*, s. 285.

⁵⁶ Bakınız benim "Islamic jus ad bellum and jus in bello", *Research Paper* içinde, c. VI, 2006, s. 779-784.

⁵⁷ Bakınız benim "Abkamü'l-Medinin fi'l-Harb: Dirase Mukarene beynel-Fıkhi'l-İslami ve'l-Kanuni'd-Düveli (Arabic) basılmamış yüksek lisans tezi, International Islamic University, Faculty of Shariah and Law, 1997. Bu çalışma yakında yayınlanacak olan kitabım "The Law of War and Peace in Islam" içinde "Non-Combat Immunity in Islamic Law" adıyla basılacaktır.

⁵⁸ Hugo'nun ifade ettikleri ile İslami uluslararası hukukun emirleri arasındaki benzerliklerin detaylı ve nokta atışı bir şekilde incelenmesi gerekmektedir.

⁵⁹ Bakınız Peter Malanczuk, *Akehurst Modern to International Law*, Routledge, London, 1997, s. 11.

⁶⁰ Paris antlaşması özellikle Avrupa Kamu Hukukuna referans verir. Bakınız, 114 CTS 409'daki metin. Ayrıca bakınız, T. Schieder, *Paris Peace Treaty*, EPIL 7, 1984, s. 376-378. Hamidullah onu 'public law of Christian nations' (Hristiyan Milletlerin Kamu Hukuku) olarak isimlendirir. Bakınız Hamidullah, *The Conduct*, s. vii.

⁶¹ Bakınız, Suphi Mahmasani, "el-Kanun ve'l-Alakati'd-Düveliyeye fi'l-İslam", Darü'l-İlim li'l-Malin, Beyrut, 1972, s. 42, dn. 2.

Islamic Law of Nations olarak değiştirdi.⁶² Bu asıl kitap değildi. Asıl kitabın metni, Hanefi bir alim olan Hakimü's-Şehid el-Mervezi tarafından *el-Kafi fi Furui'l-Hanefi* adlı kitabında korunmuş ve bu metin, merhum Profesör Mahmud Ahmed Gazi tarafından 1998 yılında “*Müslüman Uluslararası Hukukunun Kısa Kitabı*” başlığı altında tercüme edilip düzenlenene ve şerh edilene kadar hiç yayınlanmamıştır.⁶³

Şeybani'nin ilk kitabı, belki de ikinci kitabı *Kitabü's-Siyerü'l-Kebir* nedeniyle çok fazla ilgi görmüştür. Bu ilimde bugüne kadar yazılmış en iyi kitap olma özelliğini taşıyan ikinci kitabının, akademisyenlerin ilk kitabına bu denli ilgi göstermesine neden olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Durum ne olursa olsun, *Siyer*'in (uluslararası hukuk) babası hiç şüphesiz Hanefi mezhebine mensup bu büyük Iraklı hukukçudur.

5. SİYER'İN KAYNAKLARI

Siyer, İslam hukuk külliyyatının ayrılmaz bir parçası olduğu için kaynakları da İslam hukuku ile aynıdır. İslam hukukunun *Kur'an*, *Sünnet*, *İcma'* (görüş birliği) olmak üzere üç asli kaynağı ve analogi (*kıyas*), kamu yararı (*maslahat*), örf (örf) ve diğerleri olmak üzere ikincil kaynakları vardır. Bunlar aynı zamanda *Siyer*'in de kaynaklarıdır. Ancak, Şeybani, Ebu Yusuf ve diğer fakihlerin kitapları incelendiğinde, bir hükme varırken kullandıkları birçok başka kaynak bulunur. Bunlar arasında (yukarıda zikredilenlerin dışında)

1. İlk Halifelerin uygulamaları;
2. Hakem kararları;
3. Antlaşmalar;
4. Gelenekler.

Hamidullah, (1) fakihler tarafından reddedilmeyen diğer Müslüman yöneticilerin uygulamaları⁶⁴, (2) komutanlara, amirallere, elçilere ve diğer devlet görevlilerine verilen resmi talimatlar; (3) müteakabiliyet ve (4) uluslararası nitelikteki iç mevzuat ve tek taraflı beyanlar gibi başka kaynaklardan da bahsetmiştir.⁶⁵ Bununla birlikte, son dördü Halifelerin davranışlarında zaten ima edilirken, ilki Halifelerin davranışlarından da farklı bir şey olamaz.

6. HUKUKUN KAYNAĞI OLARAK SİYER

6.1. BİR İÇ HUKUK KAYNAĞI OLARAK SİYER

⁶² Bakınız, Mecid Hadduri, *The Islamic law of Nations: Şeybani's Siyer*, The John Hopkins Press, Baltimore, 1966, s. 70.

⁶³ Bakınız, Muhammed İbn el-Hasan eş-Şeybani, *The Shorter Book of Muslim International Law*, çeviri, M. A. Gazi, Islamic Research Institute, Islamabad, 1998.

⁶⁴ Bu kategoride, Emeviler, Abbasiler ve Hindistan'daki Evrengizib Alemir gibi Müslüman hükümdarların geride bıraktığı örneklerden bahseder. Bakınız, Hamidullah, *The Conduct*, s. 23.

⁶⁵ Hamidullah, *The Conduct*, s. 18. Belki de kitapta bir hata var çünkü 18. sayfada yabancılar ve dış ilişkilerle ilgili davranışlar için iç mevzuattan bahsediyor ama 33. sayfada uluslararası mevzuattan ve tek taraflı bildirimlerden bahsediyor. Ayrıca, orijinal olarak *Siyer*'in on kaynağını vermiş, ancak açıklamasında bir tane daha ekleyerek toplam 11 kaynak yapmıştır.

Siyer'in bir hukuk kaynağı olarak, özellikle devletlerarası ilişkileri içeren yerel davalarda ve uluslararası düzeyde hukuk formülasyonundaki statüsünü sorgulamak ilginç olacaktır. Ulusal düzeyde, Pakistan Yüksek Mahkemesi'nin Yargıç Afzalullah'ın İslami uluslararası hukuktan özellikle bahsettiği bir kararı bulunmaktadır. *A. M. Qureshi v. Union of Soviet Socialist Republics*,⁶⁶ davasında, bir sözleşmenin Pakistanlı tarafı, eski Sovyetler Birliği ve ticari temsilcisine karşı sözleşmenin ihlali nedeniyle tazminat talebinde bulunmuştur. Sözleşme, eski SSCB'den Pakistan'a askeri teçhizat satışını içeriyordu. SSCB, genel uluslararası hukukun yanı sıra Pakistan Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu hükümleri uyarınca devlet dokunulmazlığı iddiasında bulunmuştur.⁶⁷ Dava, eski SSCB'nin Pakistan'da borçlar hukuku kapsamında dava edilebileceğini belirten dört ayrı karar verilmiş olmasıyla pek çok yönüyle ilginçtir. Karam Elahee Chuhan ve Nasim Hasan Shah, JJ, (o zamanki adıyla) SSCB'ye dava açmak için zımni bir engel bulunmadığını belirtmiştir. Her iki yargıç da "Batılı" içtihat ve içtihat hukukuna dayanırken, Yargıç Afzalullah İslami uluslararası hukuka dayanarak aynı sonuca varmıştır.⁶⁸ "Batı" uluslararası hukuku uyarınca Sovyetler Birliği'nin egemen dokunulmazlığa sahip olduğuna ve bu nedenle Pakistan'da dava edilemeyeceğine hükmedilseydi, Yargıç Afzalullah İslam uluslararası hukukunu uygulardı:

Davalıların avukatlığını üstlenen saygın hukukçu Bay Khalid Farooq Qureshi, Uluslararası Teamül Hukukundan zımni bir engel çıkarmaya çalışmış, ancak JJ Karam Elahee Chuhan ve Nasim Hasan Shah'ın konuyu ayrıntılı bir şekilde ele alarak gösterdikleri üzere, bu çaba başarılı olmamıştır. Benim açımdan, Uluslararası teamül hukuku olarak adlandırılan hukukta böyle bir zımni engel keşfedilebilseydi bile ve bu da "adalet" dışında bir temele dayansaydı bile, *Hacı Nizam Han*'in davasında alınan görüşle tutarlı olarak (özellikle de bu görüşe muhalefet edildiğinde, şimdiye kadar daha ziyade bu görüş onaylanmakta ve buna dayanılmaktadır), İslam Uluslararası Hukukunu uygulardım.⁶⁹

Ancak Yargıç Afzalullah, egemen bir devletin İslam uluslararası hukuku kapsamında nasıl sorumlu olacağına dair ayrıntı vermemiştir. Daha önce, Lahor Yüksek Mahkemesi hakimi olarak, *Siyer* tartışmamızla da ilgili olan başka bir karar kaleme almıştır. *State*

⁶⁶ PLD 1981 SC 377.

⁶⁷ VII. Düzenin 11 (d) kuralı ve 1908 tarihli Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 86 ve 87. bölümleri, devletler ve bu devletlerin makam sahipleri gibi yabancı egemen kuruluşların Pakistan'da dava açabileceği ve dava edilebileceği durumları düzenlemektedir.

⁶⁸ Daha önce verdiği *Hacı Nizam Khan v. Additional District Judge, Lyallpur*, PLD 1976 Lah 930 kararına atıfta bulunmuş ve bu kararda "adalet, hakkaniyet ve vicdan" formülünün İslam hukuku anlamına geldiğini ve diğerlerinin dışlandığını belirtmiştir. Dolayısıyla, tüzük ya da bağlayıcı içtihat tarafından işgal edilmeyen tüm hukuk alanları İslam hukukuna uygun olarak karara bağlanmalıdır. "Adalet, hakkaniyet ve vicdan" formülü İngiltere'den ithal edilmiş ve Anglo-Hintli yargıçlar tarafından, herhangi bir yasal boşluğu doldurmak için İngiliz hukukunu artık hukuk olarak uygulamak için etkili bir şekilde kullanılmıştır. Bakınız, J. D. M. Derret, *Justice, Equity, and Good Conscience*, J. N. D. Anderson, *Changing Law in Developing Countries* içinde, Londra, 1963, s. 114-154. Ayrıca bakınız, Martin Lau, *The Role of Islam in the Legal System of Pakistan*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2006, s. 40.

⁶⁹ s. 432.

*Bank of India v. Custodian of Evacuee Property*⁷⁰ kararı, 1965 yılında Hindistan ve Pakistan arasında savaşın patlak vermesinin ardından State Bank of India'nın Custodian of Evacuee Property'e karşı hukuk davası açabilmesi ile ilgilidir. 1965 Pakistan Savunma Yönetmeliği ve 1965 Pakistan Savunma Kuralları, düşman yabancıların Pakistan vatandaşlarına karşı hukuk davası açmasını yasaklamıştı. Yargıç Afzalullah yukarıda bahsi geçen kanunları ABD içtihatları ve Anglo-Saxon hukuku ilkeleri ışığında yorumlamıştır. Bununla birlikte, İslam savaş hukukunu da uzun uzadıya tartışmış ve düşmanın hukuk davası açma hakkının sadece düşmanlık döneminde askıya alındığına ancak tamamen ortadan kaldırılmadığına karar vermiştir.

Yukarıdaki iki dava İslam uluslararası hukuku yazarları tarafından kayda değer görülmemiştir. İlk kararın General Ziya-ül Hak döneminde Pakistan'daki İslamlaşma sürecinin zirvesinde, ikincisinin ise çok daha önce verildiğine dikkat edilmelidir.

Pakistan'ın başka bir konudaki devlet uygulamasına bakalım. Pakistan Delegasyonu, 20 Kasım 1989 tarihinde Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin kabul edilmesine aktif olarak katılmıştır. Ancak, "Evlat Edinme" ile ilgili hükümler, evlat edinmeyi bir evlatlık modeli olarak tanımayan İslam hukukuna aykırı bulunmuştur. Sonuç olarak Pakistan, onayına bir çekince eklemiştir: "Sözleşme hükümleri, İslam hukuku ve değerleri ilkeleri ışığında yorumlanacaktır."

6.2. OLASI BİR ULUSLARARASI HUKUK KAYNAĞI OLARAK *SIYER*

Bazı yazarlar, İslami *jus in bello*'nun (savaşın yürütülmesini düzenleyen kurallar) Haçlı Seferleri zamanından beri Avrupa yasalarını ve geleneklerini etkilediği görüşündedir.⁷¹ Baron de Taube'ye göre, savaş ilanlarına ilişkin modern uluslararası kamu hukuku, İslami doktrinden uyarlanmış, Haçlı Seferleri sırasında şövalyelik kurallarına, buradan Hıristiyan kilisesine ve daha sonra da modern savaş hukukuna geçmiştir.⁷²

Müslüman ulusların genel olarak uluslararası hukukun şekillenmesinde büyük bir rol oynamadıkları doğrudur. Ancak bunun nedenleri açıktır: Genel olarak Sünni Müslümanların temsilcisi olan Türkiye, Avrupa kamu hukukuna (o zamanki adıyla uluslararası hukuka) ancak 1856 yılında kabul edilmiştir. Türkiye o tarihten bu yana uluslararası insancıl hukukun gelişiminde oldukça önemli bir rol oynamıştır. Kızılhaç Komitesi'nin doğmasına neden olan 1863 konferansına katılmamış, ancak daha sonra 1865 yılında 1864 Cenevre Sözleşmesi'ni onaylamıştır.⁷³ Bunu 1874 yılında ikinci Müslüman devlet olan İran izlemiştir.⁷⁴ O zamandan beri Türkiye her uluslararası konferansa katılmış ve 1924 yılında

⁷⁰ PLD 1969 Lah 1050.

⁷¹ Bakınız, örneğin Marcel Boisard, "On the possible influence of Islam on western public and international law", *International Law Journal of Middle East Studies*, c. 11, 1980, s. 429-50

⁷² Baron Michel de Taube, "*Etudes sur le developpement historique du droit international dans l'Europe orientale*", *Recueil des Cours*, 1926, s. 393-4.

⁷³ Türkiye Sözleşmeyi 5 Temmuz 1865 tarihinde onaylamıştır.

⁷⁴ 5 Aralık 1874'te.

Hilafet yıkılıp Türkiye laik bir cumhuriyet olana kadar bir fark yaratmıştır.⁷⁵ Bugün bağımsız olan diğer Müslüman ulusların büyük çoğunluğu o dönemde sömürgeleştirilmiş ve uluslararası hukukun oluşturulmasında hiçbir rol oynamamışlardır. Ancak 20. yüzyılın ikinci yarısında Müslüman devletler uluslararası hukukun şekillenmesinde rol oynamaya başlamıştır. Örneğin, BM Evlatlık Verme ve Evlat Edinmeye İlişkin Ulusal ve Uluslararası Sosyal ve Hukuki İlkeler Bildirgesi müzakere edilirken, Pakistan da dahil olmak üzere Müslüman devletlerin çoğu “evlat edinme” ile ilgili hükümleri kabul etmeyi reddetmiş ve bunların İslam hukuku ilkelerine aykırı olduğunu düşünmüştür. Sonuç olarak BM Genel Kurulu, İslam hukukunun “*Kefalet*” ilkesini, İslam hukukunu uygulayan devletler tarafından uygulanabilecek eşdeğer bir insani ilke olarak kabul etmiştir.⁷⁶ Ayrıca, aralarında Pakistan’ın da bulunduğu BM üyesi bazı Müslüman devletler, 1966 tarihli Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi⁷⁷ ile 1979 tarihli Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi’ni onaylama/katılma belgelerine çekince koymuşlardır. Buna ek olarak, Müslüman devletler 1980 tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Lahey Sözleşmesi’ni de bazı İslami hukuk normlarıyla çatışması nedeniyle büyük ölçüde görmezden gelmiştir.

Bazı akademisyenler, İslam Devletlerinin modern uluslar topluluğuna entegrasyonunu bir tür “boyun eğdirme”, yani “İslam *ümme*tinin farklı ulus-devlet birimlerinde yeniden oluşturulmasına dayanan bir tür Avrupalılaştırma” olarak değerlendirmektedir;⁷⁸ gerçekte ise bu, ‘boyun eğdirme’ ‘den ziyade ‘uyum sağlama’dır ve birincisi, ikincisine kıyasla durumu tanımlamak için daha uygun bir terimdir. Boyun eğdirme argümanı, uluslararası kamu hukukunun seküler bir hukuk olduğu, Müslüman Devletlerin bu hukukun yasallığından şüphe duyduğu⁷⁹ ve *Siyer*’in gayrimüslim uluslara İslam hukukunu empoze etme amacı taşıdığı varsayımlarına dayanmaktadır. Başka bir yerde de belirttiğim gibi⁸⁰, tüm bu varsayımlar hatalıdır çünkü uluslararası kamu hukuku tüm büyük medeniyetleri ve sistemleri barındırdığı için doğası gereği laik değildir. Uluslararası Daimi Adalet Divanı Statüsü’nün 9. Maddesi şu hükmü getirmiştir: “Seçiciler her seçimde, sadece Divan üyesi

⁷⁵ Genel olarak Müslüman ulusların ve özel olarak Osmanlı Türkiye’si ve İran’ın rolü için bakınız James Cockayne, “*Islam and International Humanitarian Law: From a Clash to a Conversation between Civilizations*” 84 IRRC, Eylül 2002, 597-626.

⁷⁶ Jamshed A. Hamid, *International Law and Pakistan’s Domestic Legal Order*, 4 *Asian Yearbook of International Law*, (1994), 137; ve onun *The Status of Treaties in Islam: A Comparison with Contemporary Practice*, (İslamabad: Shariah Academy, 2001), 130-131. Yukarıdaki bildiri 20 Kasım 1986 tarihinde Genel Kurulun 41. oturumunda kabul edilmiştir (Belge No. A/41/896). Özellikle 6. ve 7. paragraflar ile 22. ve 23. maddelere bakınız.

⁷⁷ Yazar Muhammed Münir burada 1966 tarihli “Covenant on Civil and Political Rights” (Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi) ni muhtemelen sehven “Covenant on Social and Political Rights” (Sosyal ve Siyasal Haklar Sözleşmesi) olarak yazmıştır. Metinde tarafımızdan bu düzeltme yapılmıştır. (ÇN.)

⁷⁸ Cockayne, 2002, 611’de; Mecit Hadduri, “Islam and modern law of nations”, 50, *American Journal of International Law*, 1956, 353-372, 358’de.

⁷⁹ Bakınız David Westbrook, “Islamic International Law and Public International Law: Separate Expressions of World Order”, 33 *Virginia Journal of International Law*, 1993, s. 821 ve ‘Ali Ibn Nufa’i el-Ulyani, *Ahmiyyat el-Fihad*, 1985, Dar al-Tayyba, Riyad, 1985, s. 459. Bu kitap Suudi Arabistan’da İslami militanlığın başlamasından bu yana yasaklanmıştır.

⁸⁰ Bakınız benim, *Public International Law and Islamic International Law: Identical Expression of World Order*, 1 *Islamabad Book Review*, No. 3&4, s. 425-429.

olarak atanan kişilerin gerekli niteliklere sahip olmasını değil, aynı zamanda tüm organın dünyanın başlıca medeniyet biçimlerini ve başlıca hukuk sistemlerini temsil etmesini de göz önünde bulundururlar.”

Statü'nün 38(3) maddesi ise Divan'ın, diğerlerinin yanı sıra, “medenî uluslar tarafından tanınan hukukun genel ilkelerini” uygulaması gerektiğini öngörmektedir. Birincisi, İslam tam olarak Statü'nün atıfta bulunduğu ana medeniyet biçimlerinden birini oluşturmaktadır ve ikincisi, İslam hukuku dünyanın başlıca hukuk sistemlerinden biridir. İslam hukuku daha sonra uluslararası hukukun kaynaklarından biridir.⁸¹ Uluslararası kamu hukukunun doğası gereği seküler olduğunu iddia etmek yanlıştır, bunun yerine “tarafsız” olduğu sonucuna varmak daha uygun olacaktır. Müslüman Devletler, İslam'ın temellerine aykırı olmadığı, kendileri için faydalı olduğu, İslami olmayan hüküm(ler)e karşı çekince koyabildikleri ve antlaşma yükümlülüklerine bağlı oldukları sürece antlaşmaları imzalarlar. Son olarak *Siyer*, Müslüman olmayan devletlere uluslara İslam hukukunu dayatmaz; bunun yerine sadece Müslüman Devletler için savaşın yürütülmesi, savaşa başvurulması, diplomatların dokunulmazlığı, ticaretin düzenlenmesi ve benzeri konularda yükümlülükler getirir.

1945'ten bu yana Müslüman Devletlerin çoğu antlaşma yükümlülükleriyle ilgilenmiş, ancak birçok kez taslaklarda değişiklik yapılmasını zorlamış ve itirazlarını genel olarak İslam

⁸¹ UAD Statüsü, UAD'nin Madde 38(1) (C)'de belirtildiği üzere İslami hukuk normlarına başvurma ihtimalini açık bırakmaktadır. İkinci olarak, uluslararası antlaşmalar İslami hukuk geleneklerinden türetilen normları içerebilir. Üçüncü olarak, itiraz eden devletler tarafından UAD'den İslam hukukuna dayalı çekincelerine bakması istenebilir. Dördüncü olarak, Mahkeme, İslam hukuku değerlendirmelerinin hukuki uygulamayı tanımlamaya yardımcı olabileceği ölçüde uluslararası hukuk normlarına bakabilir. Son olarak, hâkimler mevcut bir uluslararası hukuk normunun nasıl uygulanacağını belirlemek için İslam hukukuna bakabilirler. UAD'nin İslam hukukunu nasıl kullanabileceğine dair detaylı bir tartışma için bakınız, Clark B. Lombardi, *Islamic Law in the Jurisprudence of International Court of Justice: An Analysis*, 8 Chicago Journal of International Law 85 (2007), özellikle s. 91-93 (yazar, UAD'nin bazı yargıçlarının çoğunlukla muhalefet şerhlerinde yaptıkları atıfları çok eleştirmektedir çünkü bu yargıçlar İslam hukuk geleneği konusunda eğitim almamışlardır ve katkıları marjinaldir). Şimdiye kadar bazı yargıçlar İslam hukuk geleneğine çok az atıfta bulunmuş ve tartışmalarında çoğunlukla İslam hukukunun ikincil eserlerine atıfta bulunmuşlardır. İslam hukukuna atıfta bulunulan davalara örnek olarak şunlar verilebilir: *Kuzey Denizi Kıta Sahaneliği*, 1969 UAD 3, Lübnanlı Yargıç Fouad Ammon ayrı bir görüş yazmış ve İslam hukuku kapsamında “hakkaniyete” atıfta bulunmuştur; Batı Sahra, 1975 UAD 12, Fas tarafından atanan geçici Yargıç Alphonse Boni ve Yargıç Ammon ayrı görüşler yazmış ve İslam hukukuna başvurmuştur; *Ege Denizi Kıta Sahaneliği (Yunanistan v. Türkiye)*, 1978 UAD 3, Suriye Yargıç Salah El Dine Tarazi'nin İslam hukuku hakkında yorum yaptığı karar; *Tahran'daki Birleşik Devletler Konsolosluk ve Diplomatik Personeli (ABD v. İran)*, 1980 UAD 3, burada Yargıç Tarazi bir kez daha İslam hukukuna atıfta bulunmuştur; *Lockerbie'deki Hava Olayından Kaynaklanan 1971 Montreal Sözleşmesinin Yorumlanması ve Uygulanması Sorunları (Libya Arap Cemahiriyesi v. ABD)*, 1992 UAD 114, burada Yargıç Ahmed Sadek El-Kosheri ve Yargıç Weeramantry İslam hukukuna başvurmuştur; *Grönland ve Jan Mayen Arasındaki Bölgede Deniz Sınırlandırması (Den v. Nor)*, 1993 ICJ 38, bu davada Yargıç Weeramantry bir kez daha İslam hukukuna başvurmuştur; *Toprak Anlaşmazlığı (Libya v. Çad)*, 1994 UAD 6, bu davada Libya İslam hukukuna dayanarak başarısız bir savunma yapmıştır; *Nükleer Silah Tehdidinin veya Kuvvet Kullanımının Yasallığı Hakkında Danışma Görüşü*, 1996 UAD 226; bu davada Yargıç Mohamed Shahabuddeen ve Yargıç Weeramantry İslam hukukuna başvurmuştur; *Gabcikovo-Nagymaros Projesi ile İlgili Dava (Hung v. Slov)*, 1997 ICJ 7, Yargıç Weeramantry'nin İslam hukukuna başvurduğu dava; *10 Ağustos 1999 tarihli Hava Olayı (Pakistan/Hindistan)*, 2000 ICJ 12; ve *Katar ve Bahreyn arasındaki Deniz Alanlarının Sınırlandırması ve Bölgesel Sorunlar Davası, 2001 ICJ 40*, Yargıç Pieter Kooijmans, UAD'nin hakkaniyet ilkelerini uygulamaya ve Müslüman devletlerin eylemlerini yorumlamaya çalıştığı davalarda, UAD'nin Müslümanların uluslararası kamu hukuku kavramlarını araştırması gerektiğini savunmuştur. Bakınız, *Qatar v. Bahrain, 2001 ICJ 12, p. 228*.

hukukuna dayandırmışlardır. Son zamanlarda bu yaklaşımları Uluslararası Ceza Mahkemesi tüzüğünde “toplumsal cinsiyet” teriminin kullanımını etkilemiştir⁸². Müslüman devletler zaman zaman uluslararası hukukun oluşturulmasında büyük rol oynamışlardır. Bu durum özellikle Cenevre Sözleşmelerine Ek Protokol 1’in 1. maddesinin formüle edilmesinde açıkça görülmektedir.⁸³ Bu madde, Uluslararası İnsancıl Hukuk’un (UİH) korumalarını sömürge hakimiyeti, yabancı işgali veya ırkçı rejimlere karşı savaşılanları kapsayacak şekilde genişletmiştir. Devlet dışı aktörlerin varlığı ilk kez UİH tarafından tanınmış olup bu durum, uzun süredir iddia edilen statik modelin ötesine geçen bir şeydi.

7. SONUÇ

Özetle, klasik Müslüman hukukçulara göre *Siyer*, Peygamber’in (sav) ve haleflerinin gayrimüslim devletlerle ilişkilerinde savaş ve barış sırasındaki davranışları, asiler, mürtedler, yabancılar ve Müslüman bir devletin gayrimüslim vatandaşları ile ilgili kuralları anlamına gelir. Bununla birlikte, *Siyer*’in bazı içerikleri devletlerin iç hukuka kaymış ve artık Müslüman bir devlet ile diğer devletler arasındaki ilişkilerle sınırlı olan *Siyer* veya Müslüman uluslararası hukuku kapsamında ele alınmamaktadır. *Siyer*’in uygun bir tanımı, Müslüman bir devletin diğer devletlerle ilişkilerini düzenleyen ve *Şeriat* uyarınca Müslüman devlet için bağlayıcı olan İslam hukuku kuralları olacaktır; bunun Müslüman veya İslami uluslararası hukuku olduğu uygun bir şekilde ifade edilebilir. Bunun Müslüman uluslararası hukuku olduğu söylenebilir. Ebu Hanife, *Siyer*’i ayrı bir hukuk bilimi olarak öğreten ilk Müslüman hukukçudur. Öğrencisi Şeybani ise, eseri *el-Siyerü’s-Sağir* ile *Siyer* üzerine yazılan ilk özgün kitap olarak geniş çapta tanınan belki de ilk hukukçuydu. Ebu Hanife’nin Şeybani’nin eserlerinde yer alan görüşleri, bu disiplinde iyi ve anlamlı bir literatürün oluşmasına neden olmuş ve kısa bir süre içinde bu konuda ikisi Şeybani tarafından olmak üzere dört kitap yazılmıştır. Şeybani’nin ikinci kitabı (*Kitabü’s-Siyerü’l-Kebir*) şu an tüm zamanların en büyük kitabı olarak kabul edilmektedir. Bu yüzden ona haklı olarak *Siyer*’in babası denilebilir. *Siyer* üzerine bir bölümü olan bir kitabın İmam Zeyd’e atfedilmesi doğru değildir.

Vitoria ve Hugo gibi erken dönem Avrupalı uluslararası hukuk yazarları *Siyer*’den haberdardılar, zira kitaplarının *Siyer*’den etkilenmiş olmaları muhtemeldir. Halifelik sistemi nedeniyle Türk Osmanlı İmparatorluğu, UİH’nin şekillenmesinde oldukça önemli bir rol oynamıştır. Müslüman devletler, hükümleri İslam hukukuna aykırı olduğunda uluslararası sözleşmeleri onaylamayı/katılmayı reddetmektedir. Müslüman devletlerin uluslararası kamu hukukuna katılımı boyun eğme olarak tanımlanamaz, aksine uluslararası hukukun doğası gereği İslam hukuk sistemi ve İslam medeniyeti arasında bir tür uyum sağlama olarak tanımlanabilir.

⁸² Roma Statüsü Madde 7(3)’e göre “Bu Statü’nün amacı doğrultusunda, ‘toplumsal cinsiyet’ teriminin toplum bağlamında erkek ve kadın olmak üzere iki cinsiyeti ifade ettiği anlaşılmaktadır. “Toplumsal cinsiyet” terimi yukarıdakinden farklı bir anlama işaret etmez.”

⁸³ Uluslararası Silahlı Çatışmaların Mağdurlarının Korunmasına ilişkin 12 Ağustos 1949 tarihli Cenevre Sözleşmelerine Ek Protokol (Protokol 1), Cenevre, 8 Haziran 1977.