ADALET DERGİSİ

Adalet Dergisi, 1873 yılında Cerîde-i Mehâkim adıyla yayın hayatına başlamıştır. Cerîde-i Mehâkim-i Adliye, Cerîde-i Adliye, Adliye Cerîdesi ve Adliye Dergisi isimleri ile yayımını sürdürmüştür. Dergi, 1946 yılından itibaren Adalet Dergisi adıyla yayımlanmaya başlamıştır. Dergiye ait dönemlendirme bu duruma göre yapılmıştır. Adalet Dergisi 62-63. sayılarından itibaren hakemli olarak yayımlanmaktadır.

66

ADALET DERGİSİ
Journal Of Justice

Sayı: 66 2021/1
ISSN: 1011-730X
Adalet Bakanlığı tarafından yayımlanmaktadır.

SAHİBİ
Adalet Bakanlığı Adına
Abdulhamit GÜL
(Adalet Bakanı)

Yayın Danışma Kurulu Başkanı
Hasan YILMAZ
(Bakan Yardımcısı)

Genel Yayın Yönetmeni
Murat EROL

Yayın Koordinatörü
Anıl İbrahim BAKIRCI

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü
Ahmet Kemal PEKACAR

Dijital Koordinatör: Mahmut CESUR
Tasarım: Burcu OYAR/Merve TÜRKOĞLU
Web Tasarım: Kaan KORKMAZ / Enes ŞERBET
Yayın İşleri Büro: Hasan KELEŞ/Barış KÖKSAL/Özlem İNALKAÇ

Eğitim Dairesi Başkanlığı
Emniyet Mahallesi, Mevlana Bulvarı No:36 Kat: 13 - 14 - 15
Yenimahalle / ANKARA
Tel: (0312) 204 11 29 - (0312) 204 13 07, Belge Geçer: (0312) 219 64 17
e-posta: adaletdergisi@adalet.gov.tr www.adaletdergisi.adalet.gov.tr

Yazıların hukuki sorumluluğu yazarlara aittir. Yazılarda öne sürülen görüş ve tezler sadece yazarları için bağlayıcıdır. Dergide yayımlanan yazılar, kaynak belirtilmek suretiyle alıntılanabilir.

Yayın Türü: Altı Aylık, Ulusal Süreli Yayın, Yayın Dili: Türkçe
Adalet Dergisi yılda iki defa yayımlanır. Adalet Dergisi AD kısaltmasını kullanır.

Baskı – Cilt:
Mayıs 2021 ANKARA

BİLİM KURULU

Prof. Dr. Feridun YENİSEY
İstanbul Bahçeşehir Üniversitesi

Prof.Dr. Mehmet Âkif AYDIN
İstanbul Medipol Üniversitesi

Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ
İstanbul Üniversitesi

Prof. Dr. Ali Cem BUDAK
Istanbul Ticaret Üniversitesi

Prof Dr. Cumhur ŞAHİN
Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi

Prof.Dr. Süha TANRIVER
Çankaya Üniversitesi

Prof.Dr. Kemal ŞENOCAK
Ankara Üniversitesi

Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK
Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi

YAYIN DANIŞMA KURULU

İbrahim ŞAHİN
Eğitim Dairesi Başkanı

Cengiz ÖZEL
Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü
Daire Başkanı

Murat EROL
Eğitim Dairesi Başkanlığı
Daire Başkanı

Ahmet ÜSTÜNBAŞ
Mevzuat Genel Müdürlüğü
Daire Başkanı

Dr. Berat DUMAN
Personel Genel Müdürlüğü
Tetkik Hâkimi

Prof.Dr. M. Fatih UŞAN
Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi
Hukuk Fakültesi

Prof.Dr. Muharrem ÖZEN
Ankara Üniversitesi
Hukuk Fakültesi

Prof.Dr. Olgun DEĞİRMENCİ
TOBB ETÜ
Hukuk Fakültesi

Doç. Dr. Ahmet KILINÇ
Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi
Hukuk Fakültesi

Dr.Öğretim Üyesi Cem Duran UZUN
Çankaya Üniversitesi
Hukuk Fakültesi

66. SAYI HAKEM KURULU

Prof. Dr. Abdurrahman SAYGILI	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Bihterin Vural DİNÇKOL	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Burak H. GEMALMAZ	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Bülent KENT	Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ender Ethem ATAY	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Feyzan Hayal ŞEHİRALİ ÇELİK	Ankara Üniversitesi SBF
Prof. Dr. Oğuz Sadık AYDOS	Ankara HBVÜ Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Olgun DEĞİRMENCİ	TOBB ETÜ Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Yücel ACER	Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Alper Çağrı YILMAZ	Ankara HBVÜ Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Fahri Gökçen TANER	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Hamdi Gökçe ZABUNOĞLU	Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. İsmail DEMİR	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Süleyman YILMAZ	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Ş. Barış ÖZÇELİK	Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Taylan BARIN	AYBU Hukuk Fakültesi
Dr. Hakan A. YAVUZ	Yargıtay Cumhuriyet Savcısı
Dr. Süleyman ÖZAR	Londra Adalet Müşaviri
Dr. Öğr. Üyesi Burak DOĞAN	Ankara HBVU Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Çiğdem Yatağan ÖZKAN	TOBB ETU Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Mehmet ÇATLI	ASBÜ Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Ferhat USLU	Gaziantep Hasan Kalyoncu Üniversistesi Hukuk Fakültesi
Dr.Öğr. Üyesi Hasan Sayim VURAL	Ankara Üniversitesi SBF

Dr.Öğr.Üyesi Muhterem DİLBİRLİĞİ	Polis Akademesi Güvenlik Birimleri Enstitüsü
Dr.Öğr.Üyesi Ömer ÇELEN	AYBU Hukuk Fakültesi
Dr.Öğr.Üyesi Sezercan BEKTAŞ	Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr.Öğr.Üyesi ÜNSAL DÖNMEZ	AYBU Hukuk Fakültesi
Arş.Gör.Dr.. Ali Şahin KILIÇ	Ankara HBVU Hukuk Fakültesi
Arş.Gör.Dr. Aybike TUNÇ	Ankara HBVU Hukuk Fakültesi
Arş.Gör.Dr. Gökhan ÖLMEZ	Ankara HBVU Hukuk Fakültesi

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER/ CONTENTS

DOSYA: YAPAY ZEKA VE HUKUK

15-54 • **Prof. Dr. Muharrem KILIÇ**/ Hukuksal Aklın Transhümanistik Temsilleri ve Onto-robotik Varoluş Formları

Transhumanistic Representations of the Legal Reason and Onto-robotic Existence Forms

55-85 • **Doç. Dr. Leyla KESER BERBER - Uzman Araştırmacı Ayça ATABEY**/ Yapay Zeka Sistemlerinin Çocuk Haklarına Etkilerinin Değerlendirilme Yöntemi: Çocuk Hakları Etki Analizi

The Method of Assessing the Effects of Artificial Intelligence Systems on Children's Rights: Child Rights Impact Assessment

87-116 • **Doç. Dr. Ş. Barış ÖZÇELİK**/ Yapay Zekanın Veri Koruma, Sorumluluk ve Fikri Mülkiyet Açısından Ortaya Çıkardığı Hukuki Gereksinimler

Legal Necessities Arising from Artificial Intelligence as Regerds Data Protection, Civil Liability and Intellectual Property

117-192 • **Gökhan ERDOĞAN**/ Yapay Zekâ ve Hukukuna Genel Bir Bakış

An Overview Of Artificial Intelligence And Its Law

193-225 • **Dr. Fevzi Fırat GÖZÜYEŞİL**/ Denizde Çatışmanın Önlenmesine Dair Uluslararası Kurallar Bağlamında İnsansız ve Otonom Gemilerde İyi Gemicilik İlkesi ve Gözcülük Görevi

Good Seamanship Principle and Look-Out Duty on Unmanned And Autonomous Ships in the Context of the Convention on the International Regulations for Preventing Collisions at Sea, 1972 (COLREGs)

227-292 • **Dr. Tamer SOYSAL**/ Crispr Genom Düzenleme Teknolojileri: Patentlenebilirlikleri ve Covid-19 Salgınında Kullanımı

Crispr Genom Editing Technologies:Patentability and Its Application to the Covid-19 Outbreak

293-314 • **Dr. Öğr. Üyesi Ayşe Almıla TANRIVERDİ**/ Yapay Zekânın Kamu Hizmetinin Sunumuna Etkileri

Effects of Artificial Intelligence on Public Service Delivery

315-332 • **Arş. Gör. Hüseyin ATEŞ - Av. Mustafa TIRTIR**/ An Evaluation of the Uber's Autonomous Car Crash in the Scope of Turkish Criminal Law

UBER'in Sürücüsüz Aracının Neden Olduğu Ölümlü Kazanın Türk Ceza Kanunu Kapsamında Değerlendirilmesi

333-377 • **Dr. Batu KINIKOĞLU - Av. Yücel HAMZAOĞLU - Araştırmacı Melike HAMZAOĞLU** / Otonom Araçların Neden Olduğu Kazalardaki Hukuki Sorumluluk Rejimi

Legal Responsibility Regime in Accidents Caused by Automated Vehicles

379-415 • **Oğuz Gökhan YILMAZ**/ Yargı Uygulamasinda Yapay Zekâ Kullanımı - Yapay Zekâ Hâkim Cübbesini Giyebilecek mi?

Using AI in Judicial Proceedings – Will AI Be Able to Wear the Judge Robe

417-443 • **Av. Mustafa Burak NALBANT**/ Uluslararası Taşımacılık Sözleşmeleri Açısından İnsansız Gemilerde Denize Elverişliliğe Genel Bir Bakış

A General Outlook of the Seaworthiness in Unmanned Ships in terms of International Transportation Conventions

445-469 • **Av. İlay YILMAZ - Av. Can SÖZER - Av. Ecem ELVER**/ Yapay Zeka İle İlgili Güncel Düzenlemeler: Avrupa Birliği Ve Amerika Birleşik Devletlerinde Alınan Aksiyonlar Işığında Bir Değerlendirme

Current Developments on Artificial Intelligence: An Analysis In The Ligh Of Actions Taken in the European Union and the United States

MAKALELER

473-495 • **Dr. Öğretim Görevlisi Ayşe Yaşar ÜMÜTLÜ**/ Hukukçu Kimliği Üzerine Felsefi Bir Analiz: "Hukukçunun Hukuku" ve "Hukuk Aristokrasisinin Gerçek Hayattan Kopukluğu"

A Philosophical Analysis On The Identity of Legist : The Law Of The Legist And The Legal Aristocracy's Distance From Real Life

497-542 • **Dr. Hakan A. YAVUZ**/ Türk Ceza Hukukunda Dava Zamanaşımı Ve Olağanüstü Kanun Yolları ile İlişkisi

The Statute of Limitations and the Relationship With Extraordinary Remedies in Turkish Criminal Law

543-567 • **Dr. Berat DUMAN**/ Whatsapp Veri Paylaşım Politikasının Kişisel Verilerin Korunması Hukuku Kapsamında Değerlendirilmesi (AB Hukuku ile Mukayeseli)

Assessment of Whatsapp Data Sharing Policy Under the Law on Protection of Personal Data (Comparison With Eu Law)

569-593 • **Dr. Süleyman ÖZAR - Türkan HALICI**/ Organ Veya Doku Naklinde "Hukuken Geçerli Rıza"

"Legally Eligible Consent" in Transplantation of Organs or Tissues

595-624 • **Yaşar Fatih MENGÜÇ** Galleye Müstehak Vakıf Evlatlığının Tespiti Davası

The Case of Determination Foundation Revenue Entitled Descendant

KİTAP DEĞERLENDİRME

627-638 • **Arş. Gör. Görkem KAYACIK**/ Türkiye'nin İlk Kriminoloji Kitabı: Sulhi Dönmezer'in Kriminoloji Eserinin İncelenmesi-

First Study On Criminology In Turkey: A Review On Sulhi Dönmezer's Criminology Book

ARAŞTIRMA-İNCELEME

641-665 • **Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK**/ Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Aleniyet İlkesine İlişkin 28 İnci Maddesi İle Ses Ve Görüntü Nakledilmesi Yoluyla Veya Başka Yerde Duruşma İcrasına İlişkin 149 Uncu Maddesinde 7251 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler Hakkında Bazı Düşünceler

667-700 • **Dr. Öğr. Üyesi Muhterem DİLBİRLİĞİ**/ İnsan Hakkı Olarak, Din Ve Vicdan Özgürlüğü'nün Sosyolojik Ve Felsefi Gelişimi: Tarihi Süreçte Din Ve Vicdan Özgürlüğüne İlişkin Ortaya Çıkan Modeller

701-726 • **Mücahit CEYLAN**/ Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'nin Hazırlanışı, Uygulanması Ve Kapsamı

727-732 • **Yayın İlkeleri ve Yazım Kuralları**

DOSYA:
“YAPAY ZEKA VE HUKUK”

HUKUKSAL AKLIN TRANSHÜMANİSTİK TEMSİLLERİ VE ONTO-ROBOTİK VAROLUŞ FORMLARI

Transhumanistic Representations of the Legal Reason and Onto-robotic Existence Forms

Prof. Dr. Muharrem KILIÇ*

Özet: Tarihsel izlekte insanlık, avcı-toplayıcı toplumdan tarım toplumuna; tarım toplumundan sanayi toplumuna; sanayi toplumundan bilgi toplumuna, bilgi toplumundan süper akıllı topluma doğru evrimsel bir gelişim süreci izlemiştir. İnsanın doğa ve nesneler dünyasına hükmetme arzusuyla harekete geçen ve geliştirilen bu ilerlemeci tekno-bilişsel zihin, modern teknolojinin doğmasına yol açmıştır. Yenilikçi modernizme egemen olan insanı aşma dürtüsü, 'trans-human, gelişmiş insan ve cyborg' gibi biçimlerde kendisini göstermektedir. Bu anlayış doğrultusunda üst-insan inşa etmeyi kendisine ilke edinen transhümanist anlayışın geleneksel sistemleri derinden etkileyecek bir potansiyelinin varlığından söz edebiliriz. Transhümanistik anlayış çerçevesinde geliştirilen insan tasavvuru üzerinden "insan haklarının" nasıl uygulanabileceğinin ve hukukun temel ilkelerinin *trans-human* çağına nasıl adapte edileceği belirsizliğini sürdürmektedir. Bu anlayışın egemen olduğu toplumsal yapıda hukukun sistemsel dönüşümüne ilişkin farklı gelecek öngörüleri bulunmaktadır.
Teknolojik tekilliğe doğru evrilen dijital evrenin dönüştürücü etki alanlarından birisini de hukukun sistemsel işleyişinden

Abstract: In the historical path, humanity has followed an evolutionary process of development from hunter-gatherer society to agricultural society; agricultural society to industrial society; industrial society to information society, information society to super smart society. With the desire of man to rule over the world of nature and objects, the techno-cognitive mind, which is activated and developed, has led to the birth of modern technology. The drive to transcend the human that dominates innovative modernism manifests itself in forms such as 'trans-human, advanced human and cyborg'. In line with this understanding, we can talk about the potential of the transhumanist understanding, which adopts the principle of building superhuman, has a potential to deeply affect traditional systems. It remains uncertain how 'human rights' can be implemented through the human imagination developed within the framework of transhumanistic understanding and how the basic principles of law will be adapted to the trans-human age. There are different future predictions regarding the systemic transformation of law in the social structure dominated by this understanding.

* Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, muharremkilic@ybu.edu.tr, ORCID : 0000-0002-7937-3998;
Makale Geliş Tarihi: 10.03.2021, Makale Kabul Tarihi: 15.04.2021

yargısal edim süreçlerine kadar bütün hukuksal alanı kapsayan hukuk sektörü oluşturmaktadır. Nitekim bazı hukuk fütüristlerine göre, öngörüye dayalı hukuki analitik yakın bir zamanda 'hukuki tekillik' ile sonuçlanacaktır. Bu 'hukuki tekilliği' esas alan hukuk sisteminin 'hukuki belirsizlik' sorununu bertaraf edeceği öngörülmektedir. Ancak hukuk sisteminde yapısal bir dönüşümle 'tek tipleştirme, uyumlaştırma ve bütünleştirme' amacını güden 'hukuki tekillik' ideali, hukuk kurallarının ulusal karakterini göz ardı etmektedir. Toplumsal yapının sosyo-ekonomik ve sosyo-kültürel dinamiklerini ve derinlikli sosyolojisini dikkate almayan tekillik ideali, apolitik bir sosyal mekanizme yol açacaktır. Tekillik idealinin öngördüğü temsili onto-robotik aygıtlar, 'adalet', 'hakkaniyet' ve 'vicdan' yetilerine sahip olamayacaktır. Özellikle ceza adaleti açısından vicdani kanaatine göre karar veren yargıcın yapay bir akıl ile ikamesi mümkün gözükmemektedir. Bundan ötürü, hukukun temel ilkeleri dikkate alındığında yapay zeka üzerinden ceza adaletinin tahakkuku birtakım temel etik-jüridik kaygıları beraberinde getirmektedir.
Anahtar kelimeler: Yapay zeka, dijitalleşme, transhümanizm, onto-epistemik devrim, onto-robotik temsil, yargısal edim, algoritmik vicdan, hukuki tekillik

One of the transformative domains of the digital universe, which has evolved towards a technological singularity, is the legal sector, which covers the entire legal field, from the systematic functioning of the law to the processes of judicial action. Indeed, according to some legal futurists, predictive legal analytics will soon result in a 'legal singularity'. It is predicted that the legal system based on this 'legal singularity' will eliminate the 'legal uncertainty' problem. However, the ideal of 'legal singularity', which seeks 'uniformity, harmonization and integration' through a structural transformation in the legal system, ignores the national character of legal rules. The singularity ideal, which does not take into account the socio-economic and socio-cultural dynamics and deep sociology of the social structure, will lead to an apolitical social mechanism. Representative onto-robotic devices envisaged by the singularity ideal will not be capable of 'justice', 'fairness' and 'conscience'. Especially in terms of criminal justice, it does not seem possible to substitute a judge who decides according to his personal conviction with an artificial reason. Therefore, when the basic principles of law are taken into consideration, the realization of criminal justice through artificial intelligence brings some basic ethical-juridic concerns.
Keywords: Artificial intelligence, digitization, transhumanism, onto-epistemic revolution, onto-robotic representation, judicial act, algorithmic conscience, legal singularity

Giriş

İnsanı evrenin merkezine alan modern felsefenin hümanizması, ilerlemeci ve aydınlanmacı dünya görüşüyle aşkınlaştırılmış bir insan tasavvuru var etmiştir. Bu tasavvur, *homo sapiens*'in bilişsel, duyuşsal ve fiziksel yetilerinin ilerlemeci bir vizyonla sürekli biçimde gelişimini öngörmüştür. Bütün bu yetileri açısından *homo sapiens*'i geliştirmeye matuf teknolojileri devreye sokan bu anlayış, 'üst-insan' (*hyper-anthropos*) ya da 'süper-özne' kurgusuyla insanın doğa ve diğer tüm canlılar üzerindeki hegemonisini tahkim etmiştir. Tanrıya, evrene, doğaya ve diğer tüm canlılara yönelik varoluşsal bir meydan okumaya dönüşen bu hümanistik iktidar, bugün için insan yaşamının olanaklı olduğu tek gezegen olan dünyayı yaşanabilir olmaktan çıkaran ekosistemsel bir tahribata yol açmıştır. Bu hümanistik ontoloji kendinden menkul iktidarını, her geçen gün giderek daha da mutlaklaştırmakta, totalleştirmekte ve derinleştirmektedir. Hümanizmin 'insanı' ve 'insaniliği' boğan bu sabitesiz, geçirimsiz ve mutlaklaşan iktidarı (*omnipotance*) farklı gelişim teknolojileriyle 'transhümanistik ontoloji' olarak kavramsallaştırabileceğimiz yeni bir varoluşsallık durumu üretmektedir. 'Algoritmik yaratımlar, yapay zeka (*artificial intelligence*) teknolojileri, robot teknolojisi ve android cihazlar' üzerinden üretilen bu yeni varoluşsallık durumu, bir yanda gelişim dinamiği açısından coşkun bir hüsnü kabule mazhar olurken; diğer yanda etik temelde 'insan onuru' açısından ortaya çıkardığı varoluşsal tehditlerle kaygı uyandırmaktadır.

Modern felsefenin 'ruh-beden' ve/ya 'zihin-beden' düalizmine dayandırılabilecek olan bu transhümanistik ontoloji, yeni varoluş formları, ikame türleri ve temsil biçimleri ortaya çıkarmaktadır. Çeşitlenen gelişim teknolojileri yordamıyla üretilen bu tür formlar ve biçimlerin, farklı gelecek projeksiyonları dikkate alındığında bir yanda kavram dünyamız ile kurumsal yapılarımızı; diğer yanda bireysel ve toplumsal yaşamımızı köklü bir dönüşüme uğratacağı anlaşılmaktadır. Kuşkusuz modernitenin öngördüğü 'onto-epistemik devrimin' yeni bir fazı olarak nitelendirebileceğimiz bu yeni varoluş formlarının, radikal dönüştürücü etkisini öngörebilmek bir kehanet değildir. Dijital evrene gömülü olan bu 'sanallık, gerçek dışılık, gerçeküstülük ve yapaylık' düzlemi, 'onto-robotik temsil' olarak kavramsallaştırabileceğimiz yeni yaşam formlarını büyük bir hızla çeşitlendirerek üretmektedir. Hiç kuşku yok ki bu seri üretim, her bir insani alan üzerinde giderek yoğunlaşan dönüştürücü etkisini sürdürmektedir. Çalışmamıza konu edinmiş olduğumuz hukuksal akıl, hukuki muhakeme süreci ve hukuk pratiği de bu dönüşüm çarkının dişlileri arasında yeniden biçimlenmektedir. Bu biçimlenme sürecinde, hukuksal aklın tüm kavramsal şebekesi ve kurumsal yapısının yakın bir gelecekte yepyeni bir hukuk evrenine dönüşümüne tanıklık edeceğimiz anlaşılmaktadır.

Bugün insanlık, tüm sektörleriyle bireysel ve toplumsal yaşam ile kamusal alanı birbirine entegre eden ve geçirimsiz biçimde yaşamı sarmalayan bir 'ağ toplumunu' idrak etmektedir. İçinde bulunduğumuz bu modern ağ toplumu, küreselleşme olgusuyla birlikte tüm küreyi zorunlu bir iç-bağımlılık ilişkisine mecbur bırakmaktadır. Dijital evrende varlık bulan bu totalleştirici ağ, tüm insani öznellikleri, bireysellikleri ve tekillikleri buharlaştırma yönünde üstenci rolünü icra etmeyi sürdürmektedir. Meta-anlatılar üzerinden kendisini kuran modern akılsallığın her şeyi 'tek tipleştirici ve biçimlendirici' insan tasavvuru, ağ toplumunun dijital evreninde yeni bir form kazanmış bulunmaktadır.

Max Weber'in (1864-1920) modern toplum kuramında rasyonalizm ve mekanizm temelinde soyutlanmış insanın ideal bilişsel ve fiziksel yetkinliğe erişmesi, 'eski' ya da 'modern öncesi' dünyaya egemen olan 'büyünün çözülmesiyle' olanaklı hale gelmiştir. Büyüsel güçlerin yerini alan 'hesaplayıcı, planlayıcı ve öngörücü' akıl, ilerlemeci felsefi zemin üzerinden kendisini üretmeye devam etmiştir.[1] Hatta öyle ki bilim ve teknolojinin ilerlemesi, ünlü Sosyoloğun '*dünyanın büyüsünün bozulması*' olarak adlandırdığı durumun arkasındaki ana itici güç olarak kabul edilmiştir.[2] Ancak içinde bulunduğumuz bu modern 'yeni dünyanın' en derin paradoksu, 'ilerlemeci' ideolojiye olan inançla atılan her bir ilerici adımın veya atılımın bir ric'at haline dönüşmesi durumu olmuştur.[3] Öyle ki modern 'yeni dünyanın' 'ruh-beden' veya 'zihin-beden' düalizmine dayalı biçimde dijital evrende ürettiği yeni onto-robotik varoluş formlarının insanı geliştirme teknolojileri, etik-politik değer üreten varlık olarak insanın ontolojik özgüllüğünü hedef almaktadır.

Modern felsefenin doğuşundan hümanizma fikrine, teknoloji devriminden transhümanizme varıncaya kadar antroposentrik iktidarı tahkim etmek adına insanın bilişsel ve fiziksel yetilerini geliştirme ideali doğrultusunda ortaya çıkan yeni ontolojilere ve ikame edici varoluş formlarına dikkat çeken bu çalışma, özellikle yapay zeka teknolojisinin hukuki muhakeme süreçleri, yargısal edim ve genel olarak hukuk pratiği üzerindeki dönüştürücü etkisini konu edinmektedir. Bu çerçevede çalışma, öncelikle dijital evrenin gelişimiyle birlikte varlık gösteren yeni robotik yaşam formlarına dikkat çekmektedir. Teknolojik gelişim dinamizmine koşutluk arz eder biçimde şekillenen 'insan ötesine' (*post-human*) ulaşma ideali olarak ifade edebileceğimiz transhümanist anlayışın mevcut hukuk sistemi üzerindeki etkisi değerlendirilecektir.

---

1 Weber, Max, *Sosyoloji Yazıları*, (çev. Talha Parla), İletişim Yayınları, 1. Baskı, İstanbul 1996, s. 212-213.

2 Aupers, Stef, "The Revenge of the Machines: On Modernity, Digital Technology and Animism", *Asian Journal of Social Science,* Vol. 30, Nu. 2, 2002, p. 202.

3 Kılıç, Muharrem, *Pandemi Döneminde Sosyal Haklar Sosyal Hakların Sosyo-Legal Dinamiği*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 69.

Transhümanist anlayışı yansıtan onto-robotik temsilin bir bileşeni olarak nitelendirebileceğimiz yapay zeka tabanlı karar verme süjelerinin hukukun temel ilkeleri üzerindeki etkisi analiz edilecektir. Bu onto-robotik temsil aygıtının 'pratik bilgelik, adalet, hakkaniyet ve merhamet' gibi erdemlere sahip olup olmamasının adil karar verme mekanizması üzerindeki etkisi değerlendirme konusu yapılacaktır. Son olarak hukuki kesinliğe ve kesintisiz hukuk sistemine ulaşma ideali olarak kavramsallaştırılan 'hukuki tekillik' (*legal singularity*) felsefesi ele alınacaktır.

1. Dijital Evrenin Gelişimi: Onto-robotik Varoluş Formları

İnsanlık tarihi, avcı-toplayıcı toplumdan tarım toplumuna; tarım toplumundan sanayi toplumuna; sanayi toplumundan bilgi toplumuna; bilgi toplumundan süper akıllı topluma doğru evrimsel bir gelişim süreci izlemiştir. Bu evrimsel ve tarihsel izlekte toplumların farklı gelişim evreleri ya da aşamaları '*Toplum 1.0, 2.0, 3.0, 4.0 ve 5.0*' olarak nitelendirilebilir. Bu gelişim evrelerinden Toplum 1.0, doğa ile uyumlu biçimde bir arada yaşayan ve avlanan insan gruplarına; Toplum 2.0, tarımsal üretime, artan organizasyon ve ulus inşasına dayalı topluluklara; Toplum 3.0, sanayi devrimiyle birlikte fordist üretim tarzını olanaklı kılan toplumsal yapılara; Toplum 4.0, bilgi ağlarını birleştirerek katma değer sağlayan bilgi temelli sosyal yapılara; son olarak Toplum 5.0 ise, refah içinde yaşamın idamesini esas alan insan merkezli bir toplumu hedefleyen 'süper akıllı topluma' tekabül etmektedir. Günümüz insanlığı, 'nesnelerin interneti (*internet of things*), yapay zeka ve robotik' gibi dijital teknolojilerin küreselleşmesinin ve hızlı evriminin önemli değişiklikler getirdiği yeni bir dijital çağ içerisinde yaşamını sürdürmektedir. Bilgi ve iletişim teknolojisinin hızlı gelişimi, toplum düzeninden iş hayatına varıncaya kadar dramatik değişimlere yol açmaktadır. Bu minvalde dijital dönüşüm, yeni değerler oluşturarak dünya genelinde sanayi politikasının 'temel direği' haline gelmektedir. Bu küresel dijital dönüşümün etkisiyle "Toplum 5.0" (*Society 5.0*), Ocak 2016 tarihinde Japon Hükümeti tarafından kabul edilen '5. Bilim ve Teknoloji Temel Planında' kavramsallaştırılarak benimsenmiştir.[4]

'Süper akıllı toplum'[5] yaratma ideali çerçevesinde Japonya, 'Toplum 5.0' felsefesini yaşama geçirme amacını taşımaktadır. Bu ideal, siber alan ile fiziksel alanı bütünleştiren bir sistem üzerinden sosyal sorunların çözümüyle ekonomik ilerlemeyi dengeleyen 'insan merkezli bir toplum yaratmayı' hedeflemektedir. Bu çerçevede 'Toplum 5.0'

---

[4] Fukuyama, Mayumi, "Society 5.0: Aiming for a New Human-Centered Society", *Japan Spotlight*, August 2018, p. 47-48.

[5] Saracel, Nüket; Aksoy, Irmak, "Toplum 5.0: Süper Akıllı Toplum", *Social Sciences Research Journal*, c. 9, sy. 2, 2020, s. 26-34.

ideali, yapay zeka ve çeşitlenen dijital teknolojileri kullanarak insanların fiziksel ve bilişsel yetilerini aşan gündelik işleri ve diğer sosyal-organizasyonel sistemleri optimize etmeyi amaçlamaktadır. Tekno-çözümcülük (*techno-solutionism*) olarak nitelendirilebilecek olan bu optimizasyon, İngiliz medya kuramcıları Richard Barbrook (1956-) ve Andy Cameron'ın (1940-) '*Kaliforniya İdeolojisi*'[6] olarak adlandırdıkları '*dotcom neoliberalizminin*' bir parçası olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu ideoloji, günümüzde hukuk sistemlerine egemen olan LegalTech (*hukuk teknolojisi*) uygulamalarını geliştiren girişimcilerin retoriğinde de yer bulmaktadır. LegalTech, yapay zeka ve büyük veri (*big data*) üzerine inşa edilen yeni bir 'akıllı hukuk' (*smartlaw*) çağını başlatmış bulunmaktadır.[7]

Modern bilgisayar teknolojisinin tarihsel geçmişine eş bir zamanlamayla yirminci yüzyılın ortalarında ortaya çıktığı düşünülen yapay zeka, sanayi devriminin açtığı yoğun makineleşme çağının yeni teknik hamlesinin erişim ufkunu göstermektedir. Bu ufuk; 'otonom yapay zeka veya düşünme, konuşma, öğrenme, iletişim kurma, kavramsallaştırma ve hatta algılama' gibi insana özgü varoluşsal niteliklere sahip işletim sistemlerinin kurulmasını öngörmektedir. Bu öngörü, insanları tüm bilişsel ve duyuşsal işlevleriyle değiştirecek robotik bir varoluşun ikame edilmesi fikrine dayanmaktadır.[8] Bu fikir üzerinden geliştirilen yapay zeka teknolojisi, ekonomik ve toplumsal yapı açısından nihai 'oyun değiştirici' olarak kabul edilmektedir. Büyük bir hızla teknolojik gelişimini sürdüren bu milyar dolarlık endüstri, bir yanda 'inanılmaz mucize' olarak görülürken diğer yanda 'inanılmaz bir korku' kaynağı olarak değerlendirilmektedir.[9]

Bu dijital teknoloji, her bir insan tekini özerk biçimde yönlendirme kapasitesine sahip 'akıllı bir aygıt' olarak nitelendirilmektedir. Yapay zeka teknolojisinin en temel hedeflerinden birisi insan zihnine benzer bir 'düşünme makinesi' üretmektir. Söz konusu hedef, insanın bilişsel kapasite ve zeka seviyesine ulaşarak onun entelektüel performansıyla eşleşebilecek düzeyde yapay zeka tabanlı uygulamalar geliştirmektir.[10] Bu hedef doğrultusunda giderek daha fazla insani görev ve sorumluluklar üstlenen bu dijital yapılar; ekonomik,

---

6 Ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz., Cameron, Andy; Barbrook, Richard, "The Californian Ideology", *Science as Culture*, Vol. 6, Nu. 1, 1996.

7 Markou, Christopher; Deakin, Simon, "Is Law Computable? From Rule of Law to Legal Singularity", *University of Cambridge Faculty of Law Research Paper*, 2020, p. 4.

8 Bkz., Kılıç, Muharrem, "Ethico-Juridical Dimension of Artificial Intelligence Application in the Fight Against Covid-19 Pandemics", *The Impact of Artificial Intelligence on Governance, Economics and Finance*, Vol. I, (ed. S. Bozkuş Kahyaoğlu), Springer 2021, pp. 299-317.

9 Schwarz, Elke, "Günther Anders in Silicon Valley: Artificial Intelligence and Moral Atrophy", *Thesis Eleven*, Vol. 153, Nu. 1, 2019, p. 1.

10 Schwarz, Elke, "Günther Anders in Silicon Valley: Artificial Intelligence and Moral Atrophy", p. 3.

sosyal ve politik davranışlarımızı ve bireysel tercihlerimizi etkilemektedir. Hatta bu etkileme düzeyi, varoluşsal anlamda 'insani olanın' bir bütün olarak yadsınmasına kadar varabilmektedir. Nitekim teknolojik ekolojilerin geliştiği yerlerde 'insanlık durumu' ya da 'insan olma hali', dijital sistemler açısından bir 'kusur' olarak kabul edilmektedir.[11]

'İnsanlık durumunu' yadsıyan bu yapay zeka teknolojileri, yalnızca insani yaşamı kolaylaştıran bir teknik-robotik aygıt değil, aynı zamanda üstün bir '*Promethean aktörü*'[12] olarak da işlev görmektedir.[13] Pek çok teknoloji uzmanı, yapay zekanın 'insanı ikame etmesi değil, iyileştirmesi' gerektiğini öne sürse de insan ile makine arasındaki hiyerarşik değişim, yapay zekadaki son gelişmelerde açıkça kendini göstermektedir. Nitekim yapay zeka teknolojisi, birçok alanda insanlarla kıyaslandığında çok daha yetkin karar verme kabiliyetine sahip bulunmaktadır. Öyle ki, Alman düşünür Günther Anders'in (1902-1992) 1960'lı yıllarda ifade etmiş olduğu üzere makineler bugün, 'sözde/sahte kişiler' (*pseudo persons*) haline gelmiş bulunmaktadır.[14]

Düşünüre göre modern insan ile makineler arasındaki ilişki, makinelerin üreticileri ve kullanıcıları olarak makinenin gücüne, mantığına ve kusursuzluğuna giderek daha fazla tabi olduğumuz rollerin tersine çevrilmesiyle karakterize edilmektedir. Bu rolün tersine çevrilmesi neticesinde insanın değeri ve işlevselliği, teknolojik yaratımlar karşısında her geçen gün giderek önemini kaybetmektedir. Böylesi bir yapay makine ekolojisi, yoğun biçimde 'ruhumuzu yapılandırmaktadır'. İnsanın fizyolojik yapısında, bilişsel yetisinde ve hesaplama kapasitesindeki içsel sınırlamalar; makineler karşısında insan tekini 'aşağılık' duygusuna sevk etmekte ve rekabet edemeyecek hale getirmektedir. Bu durumu Anders, insan teki açısından 'makine olmama' ve dolayısıyla bir makine ekolojisi içerisinde işlevsel unsur olarak 'yetersiz' kalma noktasında bir 'utanç kaynağı' olarak nitelendirmektedir.[15]

---

[11] Schwarz, Elke, "Günther Anders in Silicon Valley: Artificial Intelligence and Moral Atrophy", p. 15.

[12] Yunan mitolojisine göre ateşin sırrını Tanrılardan çalarak insanlara veren ve böylece teknolojinin ve medeniyetin gelişmesini sağlayan mitoloji kahramanı Prometheus'tur. Prometheus, insanlığın dünyasını özgür biçimde kendileri adına yaratmasını mümkün kılmıştır. Bkz., Tester, Keith, Review of *Prometheanism: Technology, Digital Culture and Human Obsolescence, Thesis Eleven,* Vol. 148, Nu. 1, 2018, p. 103-105.

[13] Schwarz, Elke, "Günther Anders in Silicon Valley: Artificial Intelligence and Moral Atrophy", p. 3.

[14] Schwarz, Elke, "Günther Anders in Silicon Valley: Artificial Intelligence and Moral Atrophy", p. 6.

[15] Schwarz, Elke, "Günther Anders in Silicon Valley: Artificial Intelligence and Moral Atrophy", p. 7.

"*Makine sistemi bizim dünyamızdır*!" diyen Anders'e göre, modern toplum bir makineler sisteminden oluşmaktadır. Bu modern mekanik evrende '*Promethean boşluğu*' ortaya çıkmaktadır. '*Promethean boşluğu*', insan ile onun emeğinin ürünleri arasındaki eşzamansızlığı (*asynchronicity*) ifade etmektedir. Bu boşluk, 'üretim ve ideoloji ilişkileri'; 'üretim ve hayal gücü'; 'yapmak ve hissetmek'; 'bilgi ve vicdan'; 'makine ve beden'; 'üretim ve ihtiyaçlar' arasındaki açığı deyimlemektedir. Ortaya koymuş olduğu çözümlemesinde düşünür, Karl Marx'ın (1818-1883) 'yabancılaşma' ve Georg Lukács'ın (1885-1971) 'şeyleştirme' (*reification*) kavramlarını dikkate almaktadır. Bu doğrultuda Anders; 'şeyleştirmenin', 'üretim araçlarında insan kontrolünün kaybedilmesi'; insanın 'hiçlik duygusuyla utanç duyması' ve insanların makineler karşısında aşağılık hissine kapılmaları sonucunda 'makine üretimi karşısında kendi yetilerini küçümsemesi' olmak üzere üç aşamasının bulunduğunu öne sürmektedir.[16] Bu çözümleme çerçevesinde kavramsallaştırılan '*promethean boşluğunu*' doğuran teknolojik fetişizm; bugün dijital pozitivizm, büyük veri fetişizmi (*big data fetishism*) veya post-hümanist ideoloji gibi yeni biçimler almaktadır.[17]

Nitekim bu teknolojik fetişizm neticesinde global dünyada bugün ulusal hükümetler, şirketler, araştırmacılar ve yurttaşlar, verilerin her zamankinden 'daha büyük, daha hızlı ve daha ayrıntılı' hale geldiği yeni bir 'veri dünyasına' uyum sağlama çabası içerisindedirler. Bu durum bir anlamda 'veri devrimi' (*data revolution*) olarak nitelendirilebilir.[18] Sözü edilen veri devrimi neticesinde *Big Brother*'ın yerini *Big Data*'nın aldığı görülmektedir. Böylelikle gündelik yaşamın her bir ayrıntısını boşluksuz biçimde kayıt altına alan bir 'şeffaflık toplumu' ortaya çıkmaktadır. Bu 'şeffaflık toplumu' yeni bir gözetim teknolojisi üreten '*dijital panoptikonu*' yaratmaktadır.[19]

Yeni bir gözetim teknolojisine yol açan dijital distopya tehdidini kavrayabilmek adına, refah devletinde dijital teknolojilerin nasıl kullanıldığı ve bu kullanımların insan hakları üzerindeki etkilerinin sistematik açıdan ele alınması ve sorunların belirlenmesi önem arz etmektedir.[20] 'Aşırı Yoksulluk ve İnsan Hakları' özel raportörü Philip Alston 2019 yılının sonlarında yayınlamış olduğu raporda, 'dijital refah

---

16 Fuchs, Christian, "Günther Anders' Undiscovered Critical Theory of Technology in the Age of Big Data Capitalism", *TripleC*, Vol. 15, Nu. 2, 2017, p. 583.

17 Fuchs, Christian, "Günther Anders' Undiscovered Critical Theory of Technology in the Age of Big Data Capitalism", p. 610.

18 The United Nations Secretary-General's Independent Expert Advisory Group on a Data Revolution for Sustainable Development, A World that Counts Mobilising the Data Revolution for Sustainable Development, 2014, p. 5-6.

19 Han Chul, Byung, *Kapitalizm ve Ölüm Dürtüsü*, (çev. Çağlar Tanyeri), İnka Kitap, 1. Baskı, İstanbul 2021, s. 39.

20 Alston, Philip, Report of the Special Rapporteur on Extreme Poverty and Human Rights, A/74/48037, October 2019, p. 4.

devletinin halen bir gerçeklik' olarak var olduğunu ve/ya dünyanın birçok ülkesinde egemen bir yönetsel gerçekliğe dönüştüğünü' öne sürmektedir. İlgili rapor, insanlığın zombi benzeri bir 'dijital refah distopyasına' (*digital welfare dystopia*) doğru sürüklenme konusunda ciddi bir kaygının varlığından söz etmektedir.[21]

Sonuç olarak 'avcı-toplayıcı' toplumdan 'süper akıllı' topluma doğru evrilen dünyada insanlık, dijital teknolojilerin küreselleşmesinin ve hızlı evriminin toplumsal dönüşümlere yol açtığı yeni bir 'dijital çağa' tanıklık etmektedir. Ancak yeni düşünümsel deneyimlere doğru evrilen küresel dünyada insanın bu köklü değişim ve dönüşüm çarkında nasıl konumlandırılacağı ve anlamlandırılacağı belirsizliğini korumaktadır. Teknolojik fetişizmin hükümranlığını sürdürdüğü günümüz dünyasında, temel hak ve özgürlüklerin korunması ile özgürlük-güvenlik dengesinin sağlanması noktasında birtakım kırılganlıkların varlığı ciddi bir kaygı konusu olarak karşımıza çıkmaktadır. Mevcut kırılganlıklara ilişkin global kaygının, post-hümanist dönemde giderek daha da derinleşeceği öngörülmektedir. Bundan ötürü, bireysel ve kamusal yaşamı yoğun biçimde domine eden onto-robotik temsil aygıtlarının etki analizinin gerçekleştirilmesi bir zorunluluk arz etmektedir.

2. Transhümanizm: Onto-robotik Temsil

Modern toplum, felsefi anlamda bilişsel yeniliği gerçeklik düzleminde bir gelişme olarak görme eğilimi ile karakterize edilebilir. 'Yeni' olarak nitelendirilen bu gerçekliği daha iyi tanımlama eğilimi; özgürlüğe, eşitliğe, kolektif ekonomik ve sosyal refaha giden ilerici bir gelişme yolu anlamına gelmektedir. Bu düşünceye göre insan, bilimin neo-pozitivist yüceltilmesi aracılığıyla doğanın egemenliği ve gerçekliğin efendisi olarak kabul edilmektedir.[22] Yenilikçi modernizme egemen olan insanı aşma dürtüsü, belirsiz, üst-belirlenimci bir güdü olarak nitelendirilebilir. Nitekim insanlığın deneyimsel sınırlarından kopma arzusu, egemen olan *temsili habitus*'a dair önemli bir motif olarak ortaya çıkabilmektedir.[23]

İnsanı aşma dürtüsüne koşutluk arz eder biçimde transhümanizm ideali, insan ırkının entelektüel yetenekleri, fiziksel ve psikolojik performansını artırabilecek teknik-bilimsel çözümler üretmeyi ve yenilikçi uygulamalar geliştirmeyi amaçlamaktadır. Bu noktada

---

[21] Alston, Philip, Report of the Special Rapporteur on Extreme Poverty and Human Rights, p. 1.

[22] Toraldo, Marta; Toraldo, Domenico M., "Trans-Human and Post-Human: A Challenge for the Human and Philosophical Sciences", *Open Journal of Philosophy*, Vol. 9, 2019, p. 55.

[23] Toscano, Alberto, "The Promethean Gap: Modernism, Machines, and the Obsolescence of Man", *Johns Hopkins University Press*, Vol. 23, Nu. 3, 2016, p. 593.

transhümanizm, insanların fiziksel ve bilişsel yeteneklerini geliştirmeyi amaçlayan en gelişmiş bilimsel ve teknolojik icatların kullanımını teşvik eden bir akım olarak ortaya çıkmaktadır. Nihai olarak bu akım, insanlık durumunun 'istenmeyen' marazları olarak kabul edilen hastalık ve yaşlanmanın sağaltımını amaçlamaktadır.[24] Oxford Üniversitesi İnsanlığın Geleceği Enstitüsü'nden (*Future of Humanity Institute*) transhümanist Nick Bostrom'a (1973-) göre transhümanizm, son yirmi yılda kademeli olarak seküler hümanizme ve aydınlanmacı felsefeye referansla gelişen bir düşünce hareketidir.[25]

Transhümanizm, Aydınlanmacı hümanizmin kökenlerini kendisine referans alarak hümanizmacı akımı bir üst seviyeye çıkarmayı amaçlamaktadır. Bu noktada '*trans-human*' kavramı hem anlam hem de amaç noktasında hümanizmin ötesine geçme biçimini ifade etmektedir. Hümanizm, insan doğasını eğitsel ve kültürel düzeyde geliştirme hedefini güderken; transhümanizm, varoluşsal anlamda insanın biyolojik ve genetik mirasının dayattığı kısıtları, bilim ve teknoloji yoluyla aşmayı hedeflemektedir.[26] Bu kapsamda transhümanist anlayışın temel ilkeleri; 'insani geliştirme teknolojilerinin geniş çapta erişilebilir olması; bireylerin kendi bedenlerini diledikleri gibi dönüştürme hakkına sahip olması (morfolojik özgürlük); ve ebeveynlerin hangi üreme teknolojilerini kullanarak çocuk sahibi olacaklarına karar verme hakkına sahip olması (üreme özgürlüğü)' şeklinde sıralanmaktadır.[27]

Tam da bu noktada 'insanlık durumunun' sınırlılıklarını aşmak anlamına gelen post-human idealine değinmek icap etmektedir. Post-human varlıkların, hasta olmaktan, yaşlanmaktan ve Martin Heidegger'in (1889-1976) deyişiyle '*ölüme doğru bir varlık*'[28] olmaktan azat olacağı öngörülmektedir.[29] Dünya teknolojik tekilliğe (*technological singularity*) doğru evrilirken gelişmiş insanlar (*enhanced human*), trans-humanlar, robotlar ve siborglar (*cyborg*)[30] da dahil olmak üzere bir dizi

---

24 Toraldo, Marta; Toraldo, Domenico M., "Trans-Human and Post-Human: A Challenge for the Human and Philosophical Sciences", p. 55-56.

25 Jotterand, Fabrice, "Human Dignity and Transhumanism: Do Anthro-Technological Devices Have Moral Status?", *The American Journal of Bioethics*, Vol. 10, Nu. 7, 2010, p. 47.

26 More, Max, "The Philosophy of Transhumanism", *The Transhumanist Reader,* (eds. Max More; Natasha Vita), John Wiley & Sons, 2013, p. 4.

27 Jotterand, Fabrice, "Human Dignity and Transhumanism: Do Anthro-Technological Devices Have Moral Status?", p. 47.

28 Bkz., Heidegger, Martin, *Varlık ve Zaman*, (çev. Kaan H. Ökten), Agora Kitaplığı, 2. Basım, İstanbul 2011, s. 250 vd.

29 More, Max, "The Philosophy of Transhumanism", p. 5-6.

30 Siborg, sibernetik bir organizma, bir makine ve organizma melezi, bir sosyal gerçeklik ve bir kurgu yaratığıdır. Siborg hem hayal gücünün hem de maddi gerçekliğin yoğunlaştırılmış bir görüntüsüdür. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz., Haraway, Donna, "A Cyborg Manifesto: Science, Technology, and Socialist-Feminism in the Late 20th

post-human enkarnasyonuyla desteklenen, gezegendeki tek gelişmiş duyarlı yaşam formu olarak nitelendirilen insanlığın tekeli sona erme riskiyle karşı karşıya bulunmaktadır. Zira *homo sapiens* türüne, '*robo sapiens*'[31] olarak kavramsallaştırılan yapay dijital yaratımlar eşlik etmektedir. Teknolojinin baş döndürücü etkisi, insanların 'biyolojik sınırlarının' yanı sıra, insan olmanın 'ne anlama' geldiği noktasındaki sınırlamaları aşarak radikal bir dönüşüme yol açmaktadır. Bu tür radikal dönüşümler neticesinde insan olmanın ne anlam ifade ettiğine dair derin felsefi sorular sökün etmektedir. Öyle ki transhümanist anlayış açısından 'doğal olan' ile 'doğal olmayan' yeni bir anlam düzlemine kavuşmaktadır. Bu 'yeni' anlam düzleminde her şey, yalnızca biyolojik olarak değil, teknolojik olarak da değişim ve gelişim göstermektedir.[32]

Teknolojik olarak değişen ve gelişen bu yeni anlam düzleminde insan haysiyeti ile post-human onuru arasındaki ilişkinin nasıl bir düzlemde yer alacağı sorgulanmaktadır. Transhümanistlere göre, insan haysiyeti ile post-humanın onuru birbirleriyle uyumlu ve tamamlayıcı bir nitelik arz etmektedir. Onlara göre modern anlamda insan onuru, kişinin aile soyağacında veya varoluşsal kökeninde değil; var olma potansiyelindedir. Nick Bostrom'a göre onur kavramı, insan türüne ait olma meselesi değil, daha ziyade bir olumsal statü ve potansiyel meselesidir. Bu kapsamda Bostrom, 'ahlaki statü olarak onur' ve 'şerefli olma niteliği olarak onur' olmak üzere iki anlam düzleminde 'onur' tanımına yer vermektedir. Ona göre nitelik olarak onur, "hem insan türü için hem de onun dışındaki varlıklar için söz edilebilen bir tür mükemmellik" halidir. Bu onur anlayışı insanlık dışı unsurları, yani teknolojik veya antropo-teknolojik araçları içerdiğinden, insan onurunun transhümanist tanımı açısından önemli bir husus olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu kapsamda insan onurunun antropo-teknolojik cihazlar açısından mevcudiyeti değerlendirmeye konu edilmelidir. Kişinin kendi öz değerini tanımlayan 'onurun' onto-robotik aygıtlarda mevcut olamayacağını öne süren yaklaşıma karşıt biçimde Bostrom, 'insanlığa özgü alanda ve bunun dışında' post-human onuru (*post-human dignity*) fikrini ortaya atmaktadır. Düşünür, 'cansız nesnelerin insan onuruna sahip olamayacağını' kabul etse de cansız nesnelere 'nitelik olarak bir tür onur kazandırılabileceğini' öne sürmektedir.[33]

Century", *The International Handbook of Virtual Learning Environments*, (eds. Joel Weiss; Jason Nolan; Jeremy Hunsinger and Peter Trifonas), Springer 2006, p. 117-118.

[31] Bloom, Peter, *Identity, Institutions and Governance in an AI World: Transhuman Relations,* Palgrave Macmillan, Switzerland 2020, p. 218.

[32] Cordeiro, José, "The Boundaries of the Human", *World Futures Review,* Vol. 6, Nu. 3, 2014, p. 231.

[33] Jotterand, Fabrice, "Human Dignity and Transhumanism: Do Anthro-Technological Devices Have Moral Status?", p. 49.

Transhümanist idealin geleneksel 'insan onuru' anlayışı üzerindeki dönüştürücü etkilerine dair literatürde farklı görüşler bulunmaktadır. Bu çerçevede insan doğasının geliştirilebilir nitelikte olduğunu öne süren Bostrom'a göre, insanın biyolojik doğasını aşması insan onurunu artırıcı bir işlev görecektir.[34] Ancak dijital teknolojilerin 'insan onurunu artırma' amacıyla araçsallaştırılması, her bir insan tekinin biyolojik ve kişilik olarak benzersizliği yani 'yerinin doldurulamazlığı' fikrini ortadan kaldırırken, insan bedeninin ve benliğinin bazı özelliklerinin değiştirilebileceği düşüncesini ortaya çıkarmaktadır. Bundan ötürü, insanlara özgü bir özellik olan onur kavramı, antropo-teknolojik araçlara atfedilebilecek bir nitelik olarak değerlendirilemez. Nitekim her bir insan teki biyolojik evrendeki ontolojik statüsünden ötürü saygıyı hak etmektedir. Ayrıca bireyin, toplumsallık düzleminde tanınmasını olanaklı kılan ve sosyal olarak oluşturulmuş bir kimliği bulunmaktadır. Bu iki onur düzeyinin kombinasyonu, her bireye benzersizlik veya 'idiyografik olarak tanımlanmış bir kimlik' imkânı sunmaktadır.[35] Onur kavramı, zorunlu biçimde ontolojik ve işlevsel olmayan bir tanımlamayı gerekli kılmaktadır. Dijital teknolojik aygıtlar, varoluşsal anlamda insanların sahip olduğu kişisel kimliğe erişemezler ve herhangi bir anlatı üretemezler. Zira kimlik ve anlatı, benzersiz bir insani '*Ben*'i gerekli kılan kavramsal oluşuklardır. Dolayısıyla, 'bedensel uzuvlar, entelektüel yetiler ve ahlaki sezgiler' gibi değişim yasasına tabi olan şeyler değerini ve nihayetinde itibarını kaybetmeye mahkumdurlar.[36]

Transhümanizmin kavramsal çerçevesini ve gerçekleştirmeyi hedeflediği idealleri ifade ettikten sonra transhümanist anlayışın hukuk sistemleri üzerinde nasıl bir etki yaratacağının sorgulanması icap etmektedir. Bu bağlamda tartışmaların odak noktası, insan genetiğinin değiştirilmesine yönelik hangi iyileştirmelere yasal olarak izin verileceği, hangi müdahalelerin insanlık dışı kabul edileceği ve insan bedenine yönelik yasal müdahalelerin neler olduğu üzerine yoğunlaşmaktadır. Aynı zamanda transhümanistik anlayış çerçevesinde geliştirilen insan tasavvuru üzerinden 'insan haklarının' nasıl uygulanabileceğinin ve hukukun temel ilkelerinin *trans-human* çağına nasıl adapte edileceği ve değiştirilebileceğinin analizi de önemli bir husus olarak karşımıza çıkmaktadır.[37] Nitekim yapay zeka ve transhümanizmin gelişimi, insan olmanın ne anlama geldiğine ve insan haklarında kimin veya neyin 'insan' olduğuna ilişkin bir sorgulamaya yol açmaktadır. Mevcut insan

---

[34] Jotterand, Fabrice, "Human Dignity and Transhumanism: Do Anthro-Technological Devices Have Moral Status?", p. 47.

[35] Jotterand, Fabrice, "Human Dignity and Transhumanism: Do Anthro-Technological Devices Have Moral Status?", p. 50.

[36] Jotterand, Fabrice, "Human Dignity and Transhumanism: Do Anthro-Technological Devices Have Moral Status?", p. 51.

[37] Bloom, Peter, *Identity, Institutions and Governance in an AI World: Transhuman Relations*, p. 223-224.

hakları doktrini, 'insanı' insan haklarının güvence sistematiğinde ayrıcalıklı özne olarak kabul etmektedir.[38] Transhümanist insan hakları söyleminde, mevcut insan hakları doktrininde ayrıcalıklı özne olan 'insanın' nasıl ve ne biçimde konumlandırılacağına ilişkin bir belirsizlik durumu söz konusudur. Bu durum, transhümanist hukuk sisteminde 'insan haklarının' varlığına ve mahiyetine ilişkin sorgulamaları da beraberinde getirmektedir.

Bu kapsamda transhümanist anlayışa dayalı hukuk sistemleri açısından tehlike arz eden durum, bu anlayışın hukuki kontrol mekanizmalarını ve sosyal disiplin sistemlerini yeniden üretmesi olarak karşımıza çıkmaktadır. Karşılaşılan bu durum, insan ile robotik aygıtlar arasındaki ilişkilere dair protokollerin düzenlenmesine gerek olmadığı anlamına gelmemektedir. Bu durum, güçlü bir sosyo-ekonomik sistem inşa etmek adına hukuku hem felsefi hem de pratik hukuk uygulaması açısından yeniden yapılandırmak anlamına gelmektedir. Sözü edilen perspektif açısından değerlendirildiğinde transhümanizm, yeni bir toplum türü ve buna uygun bir hukuk sistemi yaratmanın aracı olarak değerlendirilmektedir. Bu yeni toplum türü, 'robotlar ile insanların' 'iyi yaşamın' var edilebilmesi adına nasıl bir iş birliği yapacaklarına ilişkin öngörüye dayanmaktadır.[39]

Transhümanist anlayışın egemen olduğu toplumsal yapıda hukukun sistemsel dönüşümüne ilişkin farklı gelecek öngörüleri bulunmaktadır. Bu türden öngörüleri dillendiren fütüristlerden İngiliz yazar Richard Susskind'e (1961-) göre, zaman içerisinde tüm hukuksal yapılar, iş uygulamalarına, beynimize ya da uzaktan erişilebilecek çiplere veya ağlara gömülü olacaktır. Fütürist Susskind'e göre bugün insanlık, matbuat temelli sanayi toplumu (*print-based industrial society*) ile teknoloji tabanlı internet toplumu arasındaki geçiş aşamasının son evresine gelmiş bulunmaktadır.[40]

Bu noktada yapay zeka temelinde otomatlaşan hukuk mekanizmaları, insanın bireysel özerkliği üzerinde de olumsuz bir etki yaratacaktır. Öyle ki etik kararların 'kusurlu' insanların yetki alanından çıkarılarak 'kusursuz' makinelerin zekasına havale edilmesi, insan özerkliğini her geçen gün daha fazla kısıtlanabilme tehlikesine maruz bırakmaktadır. Maruz kalınan bu kısıtlılık durumunun 'moral atrofi' olarak nitelendirilmesi mümkündür. Bu süreçte yalnızca hukuki normlara ve kurallara bağlılık gösteren tekil yurttaşlar, bireysel

---

[38] Kayum, Ahmed, "Delinking The "Human" From Human Rights: Artificial Intelligence and Transhumanism", https://www.openglobalrights.org/delinking-the-human-from-human-rights-artificial-intelligence-and-transhumanism/, Erişim tarihi: 18.03.2021.

[39] Bloom, Peter, *Identity, Institutions and Governance in an AI World: Transhuman Relations,* p. 235.

[40] Susskind, Richard, *Tomorrow's Lawyers: An Introduction to Your Future*, Oxford University Press, Second Edition, United Kingdom 2017, p. 192.

eylemlerinin altında yatan etik seçimleri takdir edemeyen robotik ve otomatlaşan bir varlık haline gelebilirler.[41]

Sonuç olarak, yapay zeka ve robotların artan yaygınlığının yanı sıra insanüstü bir toplumun eşzamanlı yükselişi de mevcut hukuk sistemlerinin dramatik biçimde revizyonunu gerekli kılmaktadır. Ancak bu durumun, hukuk felsefesi ve hukuk pratiği açısından benzersiz bir güçlük oluşturduğu ve tartışma alanı açtığı görülmektedir. Zira mevcut teknolojik gelişmeler doğrudan veya dolaylı biçimde hukuk düşüncesini ve haklar sistematiğini 'dönüşüme' uğratmaktadır. Transhümanizmin hem teorik anlamda gelişimi hem de uygulamada artış gösteren yükselişi, hukukun kapsamına ve uygulamasına dair derin analizleri zorunlu kılmaktadır.[42]

3. Yargısal Edim ve Yapay Zeka

Yapay zeka modellerinin yargı kararlarına uygulanmasına dair bir değerlendirme yapmak adına öncelikle yargısal karar verme süreçlerine ve bu süreçte yargıçlar tarafından geliştirilen gerekçelere ilişkin teorik bir çerçevenin sunulması zorunluluk arz etmektedir. Zira yargısal karar verme süreçleri son derece karmaşık ve problematik bir alan olarak karşımıza çıkmaktadır. Farklı yargı sistemlerinin çeşitlenen yargısal edim türleri, yargısal karar verme süreçlerinin neredeyse sonsuz bir çeşitlilik yelpazesi içerdiğini göstermektedir. Yargısal karar verme süreçlerini etkileyen faktörler, mahkemelerin kurumsal yapısından usul kurallarına; davaların fiili koşullarından maddi kuralların içeriğine varıncaya kadar büyük bir çeşitlilik arz etmektedir.[43]

Tipolojik açıdan yargılama ediminde bulunan özne, karar verme sürecinde hem 'öngörü' hem de 'muhakeme' yeteneklerini kullanmaktadır. Yapay zeka sistemleri, karar verme sürecinin 'öngörü' ile 'muhakeme' aşamalarını ya da adımlarını birbirinden ayrıştırabilme yetisine sahiptir. Ancak bu yapay sistem, karar verme süreçlerinin yalnızca 'öngörü' adımını gerçekleştirebilmektedir. Yapay zeka sistemlerinin yalnızca 'öngörü' adımını gerçekleştirebilmesi, insan bilinci tarafından üretilen yargısal kararların niteliksel değerini yükseltmektedir. Yargısal edim, 'deneyim, empati ve yaratıcılık' gibi bir dizi insan becerisini kullanarak hem yasal referansları hem de mevzuat dışındaki birtakım girdileri birleştirmektedir. Bu insani edim, yurttaşlar açısından sonuçların değerlendirilmesini olanaklı kılmasından ötürü etik

---

41 Casey, Anthony, "Self-Driving Laws", *University of Toronto Law Journal,* Vol.429, 2016, p. 438.

42 Bloom, Peter, *Identity, Institutions and Governance in an AI World: Transhuman Relations,* p. 212-215.

43 Taruffo, Michele, "Judicial Decisions and Artificial Intelligence", *Judicial Applications of Artificial Intelligence,* (eds. Giovanni Sartor; Karl Branting), First Edition, Springer 1998, p. 207.

bir bileşene (ahlaki yargı) de sahip bulunmaktadır.[44] Bu noktada "yargılama ediminin, yalnızca hukuksal ve prosedürel bir akıl yürütme veya karar alma sürecini değil; aynı zamanda adalet, hakkaniyet ve özgürlük gibi pratik erdemlerin tikel eylemlere ve durumlara uygulanmasını" da kapsamına aldığı ifade edilebilir.[45]

Tasarımcısı tarafından ilgili 'girdilerin' yapay zekaya yüklenmesi sonrasında yapay zeka uygulamasının otonom biçimde etik yargılarda bulunmasının mümkün olduğunu savunan birtakım görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre, farklı değer yargılarına sahip yazılımcıların üretmiş oldukları algoritmaları kendi değer yargıları çerçevesinde tasarlamalarının 'rasyonel' bir gerekçesinin bulunması durumunda bunun etik bir tutum olacağı kabul edilmektedir. Bu görüşe karşıt biçimde, değer yargılarının her zaman etik olmadığı, dolayısıyla belirli değer yargıları temelinde üretilen algoritmaların onlara etik nitelik kazandırmadığı öne sürülmektedir.[46]

Yargılama pratiği açısından etik değer yargılarının toplumsal dönüşüm dinamiği doğrultusunda değişmesinden ötürü, bu durumun işlevsel olmayacağına dair birtakım kuşkular dillendirilmektedir. Nitekim sosyal değişime bağlı biçimde varlık gösteren yeni toplumsal durumlar, yeni etik değer yargılarını gerekli kılabilmektedir. Öyle ki bazı durumlarda yeni toplumsal gerçeklikler, mevcut etik çerçevelere yerleştirilmek için yeni değer yargılarına ihtiyaç duyabilmektedir. Bundan ötürü, toplumsal koşulların değişimine bağlı biçimde yapay zekanın, sözü edilen yeni durumlara uyum sağlayabilmesi adına yenilenen insani yargılara gereksinimi bulunacaktır. Etik değerlerin değişimi, yapay zeka uygulamalarına içkin ahlaki yargılar açısından yeni insani girdileri gerekli kılacaktır. Burada yapay zekanın, insanların sahip olduğu 'pratik bilgelik' (*practical wisdom*) karşısında yapay bir bilgeliğe (*artificial wisdom*) sahip olamayacağını da ifade etmemiz gerekmektedir. Bu noktada etik yargıyı içeren bilgeliğe duyulan gereksinim, yargısal karar verme süreçlerinde insani bilincin ontolojik konumunu muhafaza eden bir işlev görmektedir.[47]

Toplumun demokratik çoğunluğunun iradesini temsil eden bir dizi değer ve etik rehbere sahip olan bir yapay zeka uygulamasını

---

[44] Bell, Felicity; Legg, Michael, "Artificial Intelligence and The Legal Profession: Becoming The AI-Enhanced Lawyer", *University of Tasmania Law Review*, Vol. 38, Nu. 2, 2019, p. 37.

[45] Satıcı, Murat, "Adalet, Yasallık ve Demokrasi Uğraklarında Yargı Meselesi", *Yargıya Felsefeyle Bakmak*, Yapı Kredi Yayınları, (haz. Kurtul Gülenç; Özlem Duva), 1. Baskı, İstanbul 2016, s. 215.

[46] Iphofen, Ron; Kritikos, Mihalis, "Regulating Artificial Intelligence and Robotics: Ethics By Design In A Digital Society", *Contemporary Social Science*, 2019, p. 7.

[47] Davis, Joshua P., "Artificial Wisdom? A Potential Limit on AI in Law (and Elsewhere)", *Oklahoma Law Review*, Vol. 72, Nu. 1, 2019, p. 67.

programlamanın zorlukları aşılabilirse, yapay zekanın hala doğru olanı yapacak yargısal yetiye ve bilgeliğin mevcudiyetine dair kuşkular devam edecektir. Başka bir deyişle 'pratik bilgeliği', duyguları bulunmayan ve bir karara dayanak teşkil edecek herhangi bir deneyime sahip olmayan algoritmik bir aygıta programlamanın imkanına ilişkin sorgulamalar sürecektir.[48] Zira Filozof Aristoteles'e (m.ö. 384-322) göre kardinal etik erdemlerden birisini teşkil eden '*phronesis*', yargısal edimin 'pratik bilgelik' temelinde icrasını olanaklı kılmaktadır.[49] Bu noktada bilgeliğin yalnızca, yeni bir durumla başa çıkabilmek adına analitik becerilere sahip olma meselesi olmadığını ifade etmemiz gerekmektedir. Nitekim pratik bilgelik (*phronesis*),[50] kişinin kararlarına rehberlik edecek bir dizi deneyime sahip olmayı da gerekli kılmaktadır. Bu kapsamda bir yapay zeka uygulamasının algoritmik bir program üzerinden yargısal edimi deneyimleme biçiminin analizi önem arz etmektedir.[51]

Bu noktada hukuk kuramcısı Eugene Volokh (1968-), yargısal karar verme süreçleri açısından bir 'yapay zeka yargıcı' tarafından verilen kararların geçerliliğine dair 'hukuki Turing testi' deneyimini önermektedir. Volokh'a göre, yargısal edim açısından önem arz eden nokta, algoritmik çıktının 'ikna edici' nitelikte olmasıdır. Ona göre bir yapay zeka uygulamasının karar mekanizması, adli kararları yeterli düzeyde bir yetkinlikle yazabiliyorsa, iyi bir yapay zeka yargıcı olmak için yeterince zekidir. Öyle ki Volokh'a göre bir yapay zeka sisteminin, güvenilir ve yetkin biçimde kararlar verebilmesi durumunda, bu kararların nasıl üretildiğine dair sorgulamaların bir anlam ifade etmemesinden ötürü bu kararların doğrudan kabulü icap etmektedir.[52]

Bütün bunlara rağmen yapay zeka sistemlerinin yargısal karar mekanizmalarının mekanik performansı, 'insan hakları, özgürlük, eşitlik ve demokrasi' gibi temel değerlerin gerçeklik kazanması açısından genel bir kaygı durumu yaratmaktadır. Öyle ki bir bilgisayar yargıcının (*computer judge*) bu değerlere sahip olma olasılığı, uzun vadede makine öğrenimi açısından daha üst düzeyde bir yetkinliği gerekli kılmaktadır. Ancak Volokh, böyle bir durumda önemli olanın süreç değil, sonuç olduğunu öne sürmektedir. Ona göre bir yapay zeka yargıcının daha adil kararlar verebiliyor olması durumunda, 'bilgelik', 'hakkaniyet' ve 'merhamet' gibi birtakım erdemlerin mevcudiyetinin herhangi bir

---

48 Braga, Adriana; Logan, Robert K., "The Emperor of Strong AI Has No Clothes: Limits to Artificial Intelligence", *Information*, Vol. 8, 2017, p. 18.

49 Bkz., Aristoteles, *Nikomakos'a Etik,* (çev. Saffet Babür), BilgeSu Yayıncılık, 2. Baskı, İstanbul 2009, s. 117-118.

50 Bkz., Michelon, Claudio, "Practical Wisdom in Legal Decision-Making", *Edinburgh School of Law Working Paper Series*, 2010, p. 12.

51 Braga, Adriana; Logan, Robert K., "The Emperor of Strong AI Has No Clothes: Limits to Artificial Intelligence", p. 18.

52 Markou, Christopher; Deakin, Simon, "Is Law Computable? From Rule of Law to Legal Singularity", p. 5.

önemi bulunmamaktadır. Yapay zeka yargıcının 'kamu vicdanını tatmin eden kararlar' verebilmesi yeterli görülmektedir.[53]

Yargısal edimi ve yargıçlık mesleğini mekanik bir iş koluna indirgeyen bu yaklaşıma katılmak mümkün gözükmemektedir. Zira yargısal edimin temel değerlerini oluşturan 'adalet, hakkaniyet ve bilgelik' erdemlerinin robotik teknolojinin mekanik dili dolayımıyla temsili veya ikamesi olanaksızdır. Algoritmik yargıçların verili mekanik hafızası ve dili üzerinden maddi 'adaletin' tesisine ilişkin naif beklentinin yersizliği, adalet idesine yönelmiş yargısal edimin kurucu değerleri/erdemleri dikkate alındığında açıklığa kavuşmaktadır. Yargısal edimin adalet idealitesine yöneliminin maddi unsurunu oluşturan yargısal erdemlerin çok boyutlu anlamsal içerimi, bu noktada bize açıklayıcı bir çerçeve sunmaktadır.

Öyle ki yargısal erdemler, 'yargısal akıl' (*judicial intelligence*), 'yargısal dürüstlük' (*judicial integrity*) ve 'yargısal bilgelik' (*judicial wisdom*) olmak üzere üç temel edimsel değer üzerinden açımlanabilmektedir. Yargısal edime yön tayin edici nitelikteki bu erdemlerden ilkini oluşturan 'yargısal akıl', hukuku anlama ve kuramsallaştırmada bir yetkinliği hedeflemektedir. İkinci temel erdemi oluşturan 'yargısal dürüstlük' ilkesi, yargısal edimin öznesi ('iyi yargıç') açısından 'hukukun üstünlüğüne' sadakat ve 'hukukun tutarlılığı' noktasında kişisel bir kaygıyı gerekli kılmaktadır. Üçüncü temel erdemi oluşturan 'yargısal bilgelik' ilkesine göre ise 'iyi yargıç', hukukun amaçlarını ve uygun araçlarını seçebilme noktasında 'pratik bilgeliğe' sahip olmak durumundadır.[54]

Yargı kararlarının 'karmaşıklığı, değişkenliği ve takdir yetkisini' gerekli kılan doğası, hukuki muhakemenin salt mantıksal kurallar çerçevesinde ve yapay zeka modelleri üzerinden uygulanmasını zorlaştırmaktadır. Nitekim hukuki muhakemeyi formalleştirme veya yargıcın muhakemesini 'bilgisayarlaştırmaya' (*computerize*) yönelik girişimlerin yargısal karar verme süreçlerinin karmaşık doğasını yorumlayamadığı ve yargıcın muhakeme modellerini üretme noktasında başarılı olamadığı kaydedilmektedir. Öte yandan, karar verme prosedürünün mantıksal modellere indirgenemeyecek kadar 'karmaşık, değişken, belirsiz, bulanık ve değer yüklü' olduğu ifade edilmelidir.[55]

Bu kapsamda yargıçların takdir yetkisine sahip olması, yapay zeka tabanlı karar mekanizmalarının tasarlanmasındaki en büyük

---

[53] Volokh, Eugene, "Chief Justice Robots", *Duke Law Journal*, Vol. 68, 2019, p. 1189.

[54] Solum, Lawrence B., "The Virtues and Vices of a Judge: An Aristotelian Guide to Judicial Selection", *Southern California Law Review*, Vol. 61, 1988, p. 1140.

[55] Taruffo, Michele, "Judicial Decisions and Artificial Intelligence", p. 216.

zorluklardan birisi olarak karşımıza çıkmaktadır.[56] Burada özellikle 'takdir yetkisinin'[57] kullanıldığı durumlar açısından bir değerlendirme yapılması icap etmektedir. Öyle ki mahkemelerin takdire bağlı kararlarını rasyonelleştirme girişimi birkaç önemli sorunu ortaya çıkarmaktadır. Ayrıca 'güçlü takdir yetkisi' ile 'zayıf takdir yetkisi' arasında da bir ayrım yapılmak durumundadır. Zira özellikle 'zor davalarda' yargıç, teorik olarak sınırsız bir alternatifler yelpazesi içerisinde kendi kararını seçmekte ve münferit davanın yalnızca kendine özgü niteliklerini hesaba katmaktadır. Yargısal edimi ifa eden yargıcın tümüyle özgür ve otonom olması durumunda 'güçlü takdir yetkisinin' varlığından söz edilebilir. Diğer yanda yargıcın otonom biçimde kendi kararını vermekte nispeten özgür olması durumunda ise, 'zayıf takdir yetkisinden' söz edilmektedir.[58] Bu nedenle kaçınılmaz biçimde, yargısal karar verme süreçlerinin otomatizasyonuna ilişkin girişimler, konuya ilişkin aykırı kuramsal yaklaşımları paranteze alarak ifade edecek olursak, hukuki muhakemenin özgül doğasının bir gereği olarak kabul edilen 'takdir yetkisini' dikkate almak durumundadır.[59]

Parantez açarak işaret ettiğimiz 'takdir yetkisine' ilişkin birbiriyle çatışık kuramsal yaklaşımlar, hukuk uygulamasına dair ilgi çekici bir tartışma zemini yaratan Hart-Dworkin diyalektiğinde ortaya çıkmıştır. Hart'ın 'gölgeli davalar' (*penumbral cases*); Dworkin'in ise 'zor davalar' (*hard cases*) olarak adlandırdığı uyuşmazlıklarda yargıcın mevcut hukuk kuralları içerisinde bir çözüm bulamadığı durumlarda Hart, yargısal süreçte 'takdir yetkisinin' devreye girmesini öngörmüştür. Bu tür davalarda Hart, yargıcın kuralı aşacak biçimde 'takdir yetkisini' kullanabileceğini öne sürmüştür.[60] Hart'a göre kuralların 'açık dokusu' ya da 'açık metin' (*open texture*) niteliğinde oluşu, mahkemelerin ilgili davalarda tarafların 'yarışan menfaatlerini' dengelemek suretiyle geliştirebilmeleri adına oluşturulan yargısal edim alanına tekabül etmektedir. Her hukuk sisteminde 'belirsizlik taşıyan standartların anlaşılır kılınması, yasalardaki belirsizliklerin giderilmesi ve bağlayıcı içtihatlara ilişkin kuralların geliştirilmesi' gibi konularda geniş bir muhakeme alanı mahkemelerin takdir yetkisine bırakılmaktadır.[61]

---

[56] Leith, Philip, "The Judge and the Computer: How Best 'Decision Support'?", *Judicial Applications of Artificial Intelligence*, (eds. Giovanni Sartor; Karl Branting), First Edition, Springer 1998, p. 191.

[57] Yargılama sürecinde 'takdir yetkisinin' kullanımına ilişkin tartışmanın ayrıntıları için bkz., Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1977. Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, (eds. Penelope A. Bulloch and Joseph Raz), Oxford University Press, Second Edition 1994, p. 272.

[58] Taruffo, Michele, "Judicial Decisions and Artificial Intelligence", p. 216.

[59] Leith, Philip, "The Judge and the Computer: How Best 'Decision Support'?", p. 191.

[60] Türkbağ, Ahmet Ulvi, "Hart-Dworkin Tartışmasının Ana Hatları", *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi*, (ed. Hayrettin Ökçesiz), 2007, sy. 16, s. 325.

[61] Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, p. 132, 136.

Öte yandan Dworkin'e göre sistemsel olarak hukuk, 'takdir yetkisini' gerekli kılacak biçimde salt kurallar manzumesinden oluşmamaktadır. Ona göre hukuk uygulaması, kuralların yanı sıra ilkelerin de yorumsal işlev icra ettiği sistemsel bir bütünlük oluşturmaktadır. Bu noktada ilkeler, hukuk kurallarının 'temeli, meşruiyet kaynağı ve yanı sıra gerekçesi' olarak da işlev görmektedir. Bundan ötürü özellikle 'zor davalarda' ilgili uyuşmazlığa uygulanacak olan hukuk kuralını yetersiz bulması durumunda yargıç, hukuk ilkelerine bağlı biçimde hukuk uygulamasını gerçekleştirmek durumunda kalmaktadır.[62]

Ancak yapay bir bilince sahip olan robotik aygıtların insanın bilişsel yetilerinin yanı sıra özellikle duyuşsal becerilerini gerekli kılan 'takdir yetkisini' ikame edebilmesi olanaklı değildir. Nitekim yargıçların, adalet idealitesi doğrultusunda ve pratik bir bilgelikle biçimlendirdikleri tercihleri ile birikimsel olarak edindikleri mesleki deneyimlerinin saf biçimde formelleştirilmiş mekanik bir muhakeme üzerinden üretilmesi mümkün görülmemektedir. Hukuk kuramsal açıdan kabul edildiği takdirde, 'yasal boşlukların' doldurulmasına yönelik olarak başvurulan 'takdir yetkisinin' salt biçimde bir 'bilinç' ürünü olduğunu öne sürmek isabetli değildir. Zira hukuki muhakeme sürecinde vicdan ve sezgi gibi başkaca insani yetiler bilince eşlik etmektedir.

Bu noktada özellikle kişilerin ya da yurttaşların temel hak ve özgürlük alanlarına kısıtlayıcı müdahaleler doğurabilecek olan ceza adaleti alanına dikkat çekmemiz icap etmektedir. Zira yapay bilincin ceza muhakemesi alanında yargısal edimi ifa etmesi, özellikle insan haklarına ilişkin birtakım olumsuz etkiler doğuracağı öngörülmektedir. Nitekim algoritmik kararlar üreten yapay zeka sistemlerinin karmaşık doğası, yargılamanın taraflarının sahip olduğu 'silahların eşitliği ilkesi' de dahil olmak üzere 'adil yargılanma hakkını' ihlal edebilme potansiyeline işaret etmektedir.[63] Ayrıca bu sistemlerin karmaşık doğası, karar verme mekanizmasının şeffaflığı noktasında büyük bir engel teşkil etmektedir. Öyle ki algoritmik karar verme süreçlerinin opak niteliğinden ötürü, 'veri toplama, modelleme veya profilleme' için gerekli olan veri seçimleri ve doğabilecek sistemsel hatalar, genellikle şeffaf bir biçimde raporlanamamaktadır. Bu durum da özellikle yargısal karar verme süreçleri açısından ciddi bir zorluk oluşturmaktadır.[64]

Bir diğer zorluk, gelecekte yargıçların yerini alacağı öngörülen yapay zeka yargıçlarının sosyal değişime bağlı biçimde yeni hukuki

---

62 Türkbağ, Ahmet Ulvi, "Hart-Dworkin Tartışmasının Ana Hatları", s. 325.

63 Leslie, David, Burr, Christopher, Aitken, Mhairi, et al. "Artificial Intelligence, Human Rights, Democracy, and the Rule of Law: A Primer", The Council of Europe, 2021, p. 15.

64 European Union Agency for Fundamental Rights, "Getting The Future Right Artificial Intelligence and Fundamental Rights", Office of the European Union, Luxembourg 2020, p. 68.

emsaller yaratma noktasında düzenleyici bir eskime boşluğunun (*regulatory gap of obsolescence*) ortaya çıkmasıdır. Yapay zeka yargıçlarının emsal kararlar üretememesi durumu, kaçınılmaz biçimde hukuk doktrinini işlevsiz hale getirecektir. Ayrıca yargıçların onto-robotik temsil aygıtlarıyla ikame edilmesi, 'hukuk sisteminin kendisini güncelleme yetisini' kaybetmesine yol açacaktır. Bu yetisel kayıp, genel hukuk sistemi üzerinde tehlikeli bir durumun doğmasına sebebiyet verecektir. İkame yapay zeka yargıçları hukuksal yorumu 'durağanlaştırmak' ve hukuk doktrinini 'donuklaştırmak' suretiyle hukukun sistemsel gelişimini engelleyecektir. Geleceğin yapay zeka yargıçları karmaşık davaları sonuçlandırabilme kapasitesine sahip olabilseler de vermiş oldukları kararların hukuk doktrininde yeni bir paradigma oluşturabilmesi ve ilgili kararların hukuk doktrinine temel teşkil edebilmesi olası görülmemektedir.[65] Dünyadaki mevcut hukuk sistemlerinin kavramsal özgüllükleri ve yerleşik kurumsal yapıları dikkate alındığında bu durum daha bariz biçimde ortaya çıkmaktadır. Bu noktada özellikle, *common law* sisteminin egemen olduğu ülkelerin hukuk sistemlerinde inşâî bir hukuk kaynağı oluşturan 'emsal karar' (*precedent law*) hukuku, ilgi çekici bir örnek olarak kaydedilebilir. Bütün bu sistemsel özgüllükler dikkate alındığında, yapay bir bilinç üzerinden üretilen yargısal kararların, hukuk doktrinleri açısından değeri ve/ya konumu tartışmaya açık biçimde belirsizliğini sürdürmektedir.

Sonuç olarak, bir bilgisayar programında yargıçların hukuki muhakemesini modellemenin, herhangi bir pozitif hukuk sistemini modellemek kadar imkânsız olduğu ifade edilebilir. Nitekim hukuki muhakeme, herhangi bir davaya ilişkin olgusal gerçeklik ile söz konusu davaya uygulanabilir hukuk kurallarının değerlendirilmesi ve yorumlanmasına dayanmaktadır. Bu nedenle yapay zeka tabanlı karar mekanizmaları, çok boyutlu, *a priorik* biçimde tanımlanamayan ve kimi zaman da yargıcın 'takdir yetkisine' dayanan bütünlüklü hukuki muhakeme sürecini ikame edemeyecektir.[66] İnsanın bilişsel ve davranışsal yetilerini ikame etme iddiasıyla geliştirilen yapay zeka tabanlı mekanik bilinç, özünde bir yorumsama faaliyeti olan yargısal edimin ne maddi temelde adalet idealitesine yönelimini gerçekleştirebilecek ne de adalet değerini üretebilme kapasitesine erişebilecektir.

---

[65] Gutierrez Gaviria; Carlos Ignacio, *The Unforeseen Consequences of Artificial Intelligence (AI) on Society A Systematic Review of Regulatory Gaps Generated by AI in the U.S.*, RAND Corporation, Dissertation, 2020, p. 121.

[66] European Commission For The Efficiency of Justice (CEPEJ), European Ethical Charter On The Use of Artificial Intelligence in Judicial Systems and Their Environment, Strasbourg, 3-4 December 2018, p. 36.

4. Yapılandırılmış Vicdan: Algoritmik Yapay Vicdan

'Vicdan' terimi, tarihsel süreç içerisinde farklı medeniyet havzaları ve kültür çevrelerinde farklı anlamsal çerçevelere sahip olmuş bir kavramdır. Anlamsal ve tanımsal farklılıkları paranteze alarak ifade edecek olursak vicdan kavramı, 'bireyin ahlaki açıdan neyin doğru veya yanlış olduğuna dair yargısı' olarak değerlendirilebilir.[67] Kavram, 'kişiyi kendi davranışları hakkında bir yargıda bulunmaya sevk eden; kişinin sahip olduğu etik değerleri üzerine dolaysız ve kendiliğinden yargılama yapmasını sağlayan bir güç' olarak da tanımlanmaktadır. Kimi felsefi literatürde ise vicdan kavramı, 'insanın görgü ve bilgileriyle kendini yargılama yetisi' olarak nitelendirilmektedir. Kavramın etimolojik kökeninden hareketle geliştirilen bir tanımlamaya göre ise 'vicdan', Tanrısal bir sezgi değil, daha çok bir bilinçsellik durumuna işaret etmektedir.[68]

Latince'de vicdan, 'ortak' (*con*) 'bilgi' (*scienceia*) anlamına gelmektedir. Bu noktadan hareketle *so con scientia*, 'topluluk standartları bilgisi' anlamında kullanılmaktadır.[69] Bu kapsamda tipolojik açıdan vicdan, bireyin kendisini bağlı ya da ait hissettiği grubun birtakım sosyal standartlarını yansıtmaktadır. Dolayısıyla vicdan temelli karar verme ediminin, yalnızca bilişsel süreçlerle açıklanması olası görülmemektedir. Zira temelde vicdan, 'insanı belirli bir yöne iten duygular ile bu duygu ve dürtüleri belirli bir eyleme doğru şekillendiren yargı' olmak üzere birbiriyle ilişkili iki edimsel unsuru bünyesinde taşımaktadır.[70]

Etimolojik kökenleri dikkate alındığında 'vicdan' ile 'bilinç' kavramlarının birbirinden izler taşıdığı ifade edilebilir. Nitekim her iki kavram, Latince kökenli '*conscio*' kelimesinden türetilmiştir.[71] Bunlardan bilinç kavramı, özellikle zihin-beden (*mind-body*) ikilemi ile 'güçlü yapay zeka' ve 'zayıf yapay zeka' tartışmalarında önemli bir rol oynamaktadır.[72] Öyle ki insanın nöro-fizyolojik yapısında vicdana sahip zeka (*intelligence*) ile bilinç, bir bağlantısallık ilişkisi içerisinde bilişsel fonksiyonlarını icra etmektedir. Zeka ile bilinç arasındaki bu bağlantısallık ilişkisinden ötürü, varoluşsal amaçlarımız ve eylemlerimizi tayin eden değer dünyamız

---

[67] Churchland, Patricia S., *Conscience: The Origins of Moral Intuition*, p. 9. Ayrıca felsefi bağlamda vicdan kavramını tanımlayıcı düşünceler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., Shytov, Alexander Nikolaevich, *Conscience and Love in Making Judicial Decisions,* (eds. Francisco J. Laporta; Aleksander Peczenik; Frederick Schauer), Springer Science, 2001.

[68] Feyzioğlu, Metin, *Ceza Muhakemesinde İspatın Ölçütü Olarak Vicdani Kanaat*, Islık Yayınları, İstanbul 2015, s. 162.

[69] Churchland, Patricia S., *Conscience: The Origins of Moral Intuition*, W. W. Norton & Company, London& New York 2019, p. 8.

[70] Churchland, Patricia S., *Conscience: The Origins of Moral Intuition*, p. 9.

[71] https://www.wordsense.eu/conscire/#:~:text=%22know%22).-,Verb,I%20know%20well, Erişim tarihi: 4.04.2021.

[72] Hildt, Elisabeth, "Artificial Intelligence: Does Consciousness Matter?", *Frontiers in Psychology*, 2019, p. 1.

vicdanımız tarafından yönetilmektedir. Günümüzün yapay zeka teknolojisinde ise zeka ile bilinç, birbirinden ayrışık biçimde yapılandırılabilmektedir. Bu iki insani yetinin yapay zeka sistemlerinde birbiriyle ilişkili bir yapı olarak nasıl programlanabileceği halen belirsizliğini sürdürmektedir. Yapay zeka sistemlerinin bu kabiliyete sahip olup olamayacağı sorusu bizi, etik ve jüridik temelde birtakım sorgulamalara götürmektedir.[73]

Yapay bir bilinç (*artificial consciousness*) yaratma ve bu yaratılan bilinci bir makineye programlamanın imkânı noktasında birtakım soru işaretleri bulunmaktadır. Esasen bu sorular, temelde bilincin 'fenomen' olup olmadığı yani bilincin yalnızca 'sevgi, neşe veya acı' gibi duyguları deneyimleyebilen insanlar ve hayvanlar gibi duyarlı varlıklar için var olabileceği tartışmasına dayanmaktadır.[74] Nitekim insan bilincinin sadece zekayı değil, 'sevgi, korku ve coşku' gibi insani duyguları da içerimine dahil ettiği aşikardır. Tam da bu noktada zekanın dijitalleştirilebileceği öngörülse bile, duyguların dijitalleştirilmesinin veya yapay bir zihne yüklenebilmesinin mümkün olmadığını ifade etmemiz gerekmektedir.[75]

Yapay bilincin mevcudiyetine dair sorgulamalar noktasında birtakım temel varoluşsal sorun alanları bulunmaktadır. Bilincin mahiyetine ilişkin bu zor ve esaslı sorgulamaların temelinde bir varoluşsallık sorunu yer almaktadır. Bu çerçevede öncelikle ifade edilmelidir ki, tekil anlamda insanın bilinçsel farkındalığı bizatihi kendi öz-deneyimlemesi ile şekillenmektedir. Bu yönüyle insan bilinci, 'birinci tekil şahıs' perspektifinden bir öz-farkındalık deneyimi olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak diğer yanda yapay bilinç ise, yalnızca 'üçüncü tekil şahıs' perspektifiyle insanlar tarafından tanımlanabilir ve erişilebilir bir nitelik arz etmektedir. Böylece insanın, 'üçüncü tekil şahıs' perspektifi üzerinden dışarlıklı biçimde bu niteliği tanımlayabiliyor olması, makine bilincinin mevcudiyetine dair sorgulamaları da beraberinde getirmektedir.[76]

Yapay bir bilincin mevcudiyetine ilişkin tartışmada akademik mesaisi zihin felsefesi üzerine yoğunlaşan Amerikalı felsefeci Ned Block'un (1942-) 'fenomenal bilinç' ile 'erişim bilinci' arasındaki ayrımı önemli bir rol oynamaktadır. Bunlardan 'fenomenal bilinç', bilincin

---

[73] Wah, Ng Gee; Chi, Leung Wang, "Strong Artificial Intelligence and Consciousness", *Journal of Artificial Intelligence and Consciousness,* Vol. 7, Nu. 1, 2020, p. 70.

[74] Meissne, Gunter, "Artifcial Intelligence: Consciousness and Conscience", *AI & Society*, Vol. 35, 2020, p. 230.

[75] Rohde, Klaus,"Intelligence and Consciousnes: Artifical intelligence and Conscious Robots, Soul and Immortality",

https://krohde.wordpress.com/2016/04/10/intelligence-and-consciousness-artifical-intelligence-and-conscious-robots-soul-and-immortality/, Erişim tarihi: 3.04.2021.

[76] Hildt, Elisabeth, "Artificial Intelligence: Does Consciousness Matter?", p. 3.

deneyimsel yönüne tekabül etmektedir. 'Erişim bilincinde' ise 'bilinçliliği' tayin edici unsur, o deneyimin taşıdığı bilginin, genel anlamda o deneyimi yaşayan varlığın kullanımına açık olup olmadığıdır. Akıl yürütme ve rehberlik davranışlarında olduğu üzere 'erişim bilinci', bir zihinsel durumun tekil bir varlık tarafından kullanılabilmesiyle ilişkilidir.[77]

Bu çerçevede geçmişten günümüze kadar olan süreçte robotik zekanın bilincine yönelik değerlendirmelerde bulunmak amacıyla birçok deneysel çalışma gerçekleştirilmiştir. Ünlü İngiliz Matematikçi Alan M. Turing'in (1912-1954) geliştirdiği 'Turing testi',[78] akıllı bir makinenin insanları, 'insan oldukları' noktasında 'kandırabilecek' bir makine olduğunu kanıtlamıştır.[79] Dil felsefesi alanında ün salmış Amerikalı felsefeci John R. Searle (1932-), 'Çin Odası Argümanı' (*Chinese Room Argument*) üzerinden yapay bilincin varlığını reddetmiştir. Bu düşünce deneyi doğrultusunda Searle, doğru algoritmalar geliştirildiği takdirde bir bilgisayarın İngilizceyi kusursuz biçimde Çinceye çevirebileceğini öne sürmüştür.[80] Bu öngörü doğrultusunda bilgisayarın, çevirinin anlamını gerçekten anlamadığı, bunun yerine içeriği anlamadan çeviriyi simüle ettiği sonucuna varmıştır. Bu nedenle Searle, 'anlama' edimi olmaksızın 'düşünmenin' imkansızlığını ve dolayısıyla algoritmik sistemde 'zihin' veya 'bilincin' mevcut olamayacağını savunmuştur.[81]

Bilince dair tüm bu tartışmalara ilişkin olarak fütürist düşünür Ray Kurzweil (1948-), bilinç sorununun salt felsefi bir mesele olarak değerlendirilmesinin doğru olmadığını öne sürmektedir. Kurzweil'e göre bilinç meselesi, toplumsal yapının hukuki ve ahlaki temelinin özünü oluşturmaktadır. Düşünüre göre bilinç meselesine yönelik bakış açısı, biyolojik zekaya sahip olmayan bir makinenin, inandırıcı biçimde duyguları olduğu noktasında kendisini savunabildiği raddede değişime uğrayacaktır. Ona göre gelecekte insanlık, inorganik varlıkların da bilinç sahibi olduklarını kabul etmek durumunda kalacaktır. Zira ilerleyen süreçte biyolojik olmayan varlıklar, insanların bugün sahip oldukları

---

77 Hildt, Elisabeth, "Artificial Intelligence: Does Consciousness Matter?", p. 1.

78 Ayrıntılı bilgi için bkz., Turing, Alan Mathison, "Can Digital Computers Think?" *The Essential Turing Seminal Writings in Computing, Logic, Philosophy, Artificial Intelligence, and Artificial Life: Plus The Secrets of Enigma*, (ed. B. Jack Copeland), Oxford: Clarendon, 2004, p. 482-486.

79 Iphofen, Ron; Kritikos, Mihalis, "Regulating Artificial Intelligence and Robotics: Ethics By Design In A Digital Society", p. 2.

80 Searle tarafından gerçekleştirilen bu düşünce deneyinin ayrıntıları için bkz., Searl, John R., *Minds, Brains and Science*, Harvard University Press, New York 2003.

81 Meissne, Gunter, "Artifcial Intelligence: Consciousness and Conscience", p. 231.

duygusal ve diğer öznel deneyimlerle ilişkilendirilen tüm özelliklere sahip olabilecektir.[82]

Ancak akıl temelli karar verme süreçleri, eylemlerin bilinçli öz farkındalık ile amaçlanmasını gerektirmektedir. Robotik beklentilere ilişkin günümüzde yürütülen tartışmalar, otonom biçimde ve insanlarla ilişkileri açısından robotların tam olarak 'nasıl düşündüklerini, ne düşündüklerini ve nasıl davrandıklarını' kavramaya yöneliktir. Nitekim 'insan gibi düşünmek' için yerleşik makine mantığının ötesine geçilmesi icap etmektedir. Bu yetiye erişebilmek adına robotlar, 'sezgisel kapasiteye, yaratıcılığa, tahayyül etme ve ona göre hareket etme yeteneğine' ihtiyaç duymaktadırlar.[83]

Gelecekte robotların insanlarla duygusal ilişkiler kurabileceği, 'düşünme' ve 'etik karar verme' yetilerinin insan davranışları kadar 'doğru' veya 'yanlış' hale gelebileceği öngörülmektedir. Ancak bu noktada öngörülen teknik zorluk, otonom öğrenme makinelerinin öz farkındalığının gerçekleşmesine ilişkindir. Zira insanların öz farkındalığı, belirli anatomik ve fizyolojik özelliklere sahip organik varlıklar olduğuna ilişkin farkındalığında yer almaktadır. Nitekim 'bedenlenmiş' (tebeddün etmiş) bir varlık olarak insan, doğuştan biyolojik bir 'yaratılıştan' türemiştir. Öte yanda robotlar ise, insanların sahip olduğu öz farkındalığa benzer bir farkındalık düzeyine sahip olabilseler de kendilerinin 'yaratıldıklarını', ancak inorganik anlamda 'makineleştirildiklerini' fark edebilirler.[84]

Bilinç açısından öz farkındalık yetisi temel bir gereklilik olarak ortaya çıkmaktadır. Vicdana sahip olmayan bilinç, eylemsel ve davranışsal düzeyde bir tehlike faktörü olarak değerlendirilmektedir. Zira vicdan, tehlike arz eden kötücül insani eylemler ve davranışlar üzerinde bir 'fren' mekanizması işlevi görmektedir. Aynı zamanda vicdan, kişinin yanlış eylemde bulunması durumunda onu suçluluk duygusuna mahkum eden önleyici bir mekanizma olarak işlev icra etmektedir. Otonom öğrenme makinelerinin ahlaki anlamda 'daha iyi' bir makine olmayı öğrenme olasılığından söz edilmektedir. Ancak otonom öğrenme makinelerinin 'psikopatik' nitelikte karar verme süreçlerini bertaraf etmek adına, ilgili aygıtların algoritmik sistemlerinde 'vicdan unsurunun' yer alması icap etmektedir. 'Öğrenen' makinenin yansıtıcı vicdanı, robotik eylemlerin 'iyi' ve 'kötü' yargıları üzerinden gerçekleştireceği öğrenme süreciyle, makinenin gelecekteki eylemleri açısından etik bir rehber geliştirmesini olanaklı hale getirebilir. Ancak

---

82 Kurzweil, Ray, *İnsanlık 2.0*, (çev. Mine Şengel), Alfa Yayıncılık, 5. Basım, İstanbul 2020, s. 556, 564.

83 Iphofen, Ron; Kritikos, Mihalis "Regulating Artificial Intelligence and Robotics: Ethics By Design In A Digital Society", p. 2.

84 Iphofen, Ron; Kritikos, Mihalis "Regulating Artificial Intelligence and Robotics: Ethics By Design In A Digital Society", p. 12.

algoritmik yapay vicdana sahip makinelerin kendi başına etik tercihlerde bulunabilmesi pek olası gözükmemektedir. Diğer yandan insani vicdanın karmaşık doğası, otonom makinelerin etik tasarımlarında onun 'algoritmik yapay vicdan' olarak yapılandırılmasını imkânsız kılmaktadır. Bundan ötürü, insani vicdanın karmaşık doğasının kavranabilmesi, bu yapay ve mekanik etik tasarımın yapılandırılabilmesi açısından önemli bir işlev göreceği öngörülmektedir.[85]

Etik temelde otonom öğrenme makinelerinin tasarlanmasından önce, insanın ahlaki karar verme süreçlerinin nasıl işlediğine dair daha net bir kavrayışın geliştirilmesi icap etmektedir. Bu noktada insanlar açısından geçerliliği bulunan en temel ahlaki algoritma olarak 'sonuçsalcılığın' temel etik değeri olan 'faydacılık' ilkesi zikredebilir. Nitekim İngiliz hukuk bilgini ve filozof Jeremy Bentham (1748-1832)[86] robotik mantıkla uyarlılığı bulunan bir hesaplama modeli önererek, mutluluğu maksimize etme noktasındaki çabasını, 'ahlaki aritmetik'[87] olarak adlandırmaktadır. Bununla birlikte tekil anlamda bireylerin yaşam pratiklerinde etik karar verme süreçleri karmaşıklık ve belirsizlik göstermektedir.[88]

Sonuç olarak insani etik değerlere sahip onto-robotik temsil aygıtı olarak inşa edilme amacı güdülen yapay zeka tabanlı karar verme sistemleri açısından 'vicdan' yetisinin mevcudiyetine dair sorgulamalar devam etmektedir. Bütün bu soru ve sorgulamalar, algoritmik yapay vicdanın mevcudiyetine ilişkin bir tartışmanın kapısını aralamaktadır. Gelecek projeksiyonu açısından değerlendirildiğinde yapay zeka ve vicdan sorunu kritik bir tartışma konusu olarak gündemdeki yerini koruyacaktır.[89] Algoritmik yapay vicdanın mevcudiyeti ve potansiyeli çerçevesinde yürütülen bütün bu tartışmalar, transhümanistik felsefenin insan tasavvuruna dayanmaktadır. Mevcudiyet ve yetisel kapasite tartışmaları, insani varoluşun ontolojik düzlemini dikkate almayan materyalistik bir perspektif üzerinden yürütülmektedir. Bu tartışmalarda ontolojik zihinsel karmaşa, robotik cihazların gelişime açık kapasiteleri ile varoluşsal anlamda insani yetiler arasında bir mukayese yapma ve doğrudan bir korelasyona gitme biçiminde kendisini

---

85 Iphofen, Ron; Kritikos, Mihalis, "Regulating Artificial Intelligence and Robotics: Ethics By Design In A Digital Society", p. 12.

86 Bkz., Bentham, Jeremy, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Batoche Books, Kitchener 2000.

87 Ahlaki aritmetik hakkında detaylı bilgi için bkz., Baujard, Antoinette, "A Return to Bentham's Felicific Calculus: From Moral Welfarism to Technical Non-welfarism", *The European Journal of the History of Economic Thought*, Vol. 16, Nu. 3, 2009.

88 Iphofen, Ron; Kritikos, Mihalis, "Regulating Artificial Intelligence and Robotics: Ethics By Design In A Digital Society", p. 6.

89 Dickson, Ben, "Will Artificial Intelligence Have A Conscience?", 2020, https://bdtechtalks.com/2020/09/28/ai-conscience-patricia-churchland/, Erişim tarihi: 13.03.2021.

göstermektedir. Sözünü etmiş olduğumuz bu zihin bulanıklığı ya da karmaşa, insana özgü bir davranışsal veya bilişsel yeti olan vicdanın yapay bir makinenin tasarımına yerleştirilebileceğini öne sürmektedir. Dijital teknolojinin gelişimine bağlı biçimde makine öğrenimi ve yapay zeka sistemi giderek daha fazla gelişim dinamiği sergilese de insanın 'benliğine' özgü olan vicdanın bu algoritmik sistemlere entegre edilmesi olası değildir. Zira varoluşsal anlamda bir olanaklar evreninde yaşamını sürdüren her bir insan teki, kendisini gerçekleştirme noktasında bitimsiz bir ontik zenginliğe ve çeşitliliğe sahip olan biricik varlıktır.

5. Hukuki Tekillik: Yeni Hukuk Düzeni Tasarımı

Yapay zeka teknolojisinin 'makine öğrenimi' (*machine learning*) ve 'derin öğrenme' (*deep learning*) teknikleriyle geliştirilmesi, transhümanist çağa doğru atılan önemli adımlar olarak değerlendirilebilir. Tüm bu gelişmeler, modern insanlık tarihi açısından idealize edilen 'teknolojik ilerleme' mottosuyla da uyumluluk arz etmektedir.[90] Bu teknolojik ilerleme sürecine koşutluk arz eder biçimde, insani yetileri aşan bilişsel becerilere sahip makinelerin yaratılmasıyla ilişkili olarak 'teknolojik tekillik' kavramsallaştırması kullanılmaktadır. Dar anlamda 'teknolojik tekillik', yapay zekaların özyinelemeli (*recursion*) kendini geliştirme yeteneğine sahip olduğu anlamına gelmektedir. Ancak bu kavramsallaştırma, süper makinelerle güçlendirilmiş bir dünyanın mesihî ve yarı dini vizyonları gibi çeşitlenen biçimlerde kullanılmaktadır.[91] Kurzweil'ın *The Singularity is Near* adlı yapıtında 'tekillik'; teknolojik değişim hızının insan hayatında cinsellikten maneviyata kadar köklü değişikliklere ve dönüşümlere yol açacağı bir gelecek dönem senaryosu olarak tanımlanmaktadır.[92]

Tekillik kavramını daha geniş bir perspektiften değerlendirebilmek adına, kavramın kökenine bakmamız yerinde olacaktır. Kökeni açısından tekillik (*singularity*); 'benzeri olmayan, tekil sonuçlara yol açan durum' anlamına gelmektedir.[93] Ancak felsefi literatürde, 'teknolojik tekillik' kavramsallaştırması üzerinde henüz bir görüş birliğinin söz konusu olmadığını ifade etmemiz gerekmektedir. Bununla birlikte, 'teknolojik tekillikten' söz edebilmek adına insanların

---

[90] Kılıç, Muharrem, "Ethico-Juridical Dimension of Artificial Intelligence Application in the Fight Against Covid-19 Pandemics".

[91] Armstrong, Stuart, "Introduction to the Technological Singularity", *Technological Singularity: Managing the Journey*, (eds. Victor Callaghan; James Miller; Roman Yampolskiy and Stuart Armstrong), Springer-Verlag GmbH Germany 2017, p. 1.

[92] Kurzweil, Ray, *The Singularity is Near: When Humans Trascend Biology*, Viking, 2005, p. 20.

[93] Kurzweil, Ray, *İnsanlık 2.0*, s. 41.

bilgi üretiminin merkezinden çıkarılması gerektiği noktasında fikir birliği bulunmaktadır.[94]

Literatürde ifade edildiği üzere 'teknolojik tekillik', üç devrimsel fazda (*genetik bilim*; *nano teknoloji*; *ve robot bilimi*; G, N, R) dijital evrende varlık göstermektedir. Tekilliği hazırlayan bu üç temel devrimsel fazlar arasında en yoğun etkinin, insan zekasının ilerisine geçebilecek biyolojik olmayan zekanın yaratımını ifade eden 'robot bilimi' tarafından gerçekleştirildiği öne sürülmektedir. Bu kapsamda insan bilgisinin daha fazla ağa geçirilmesi neticesinde makinelerin de 'insan-makine' bilgisinin tamamını 'değerlendirebileceği, anlayabileceği ve sentezleyebileceği' öngörülmektedir. Kurzweil'e göre iç içe geçen G, N, R devrimleri, insanın dayanıksız 1.0 sürüm bedenini çok daha dayanıklı ve yetenekli 2.0 sürümüne yükseltecektir.[95] Bu noktada 'tekillik' idealinin, insanın fiziksel ve bilişsel kısıtlarını aşmasını temin edeceği öngörülmektedir. Tekillik sonrası dönemde, 'insan ile makine' ya da 'fiziksel olan ile yapay olan' arasında herhangi bir ayrımın olmayacağı öne sürülmektedir.[96]

Teknolojik tekilliğe doğru evrilen dijital evrenin dönüştürücü etki alanlarından birisini de hukukun sistemsel işleyişinden yargısal edim süreçlerine kadar bütün hukuksal alanı kapsayan hukuk sektörü oluşturmaktadır. Nitekim bazı hukuk fütüristlerine göre, öngörüye dayalı hukuki analitik yakın bir zamanda 'hukuki tekillik' ile sonuçlanacaktır. Bu 'hukuki tekilliği' esas alan hukuk sisteminin 'hukuki belirsizlik'[97] sorununu bertaraf edeceği öngörülmektedir. Hukuki tekilliğe ulaşan hukuk sistemleri, gerçek zamanlı olarak 'herkesin erişebileceği, tamamen belirli kurallara sahip, kesintisiz bir hukuk düzeni' olarak nitelendirilmektedir.[98]

Tam da bu noktada 'hukuki tekillik' idealinin fütürist yazar Kurzweil tarafından yaygınlaştırılan 'teknolojik tekillik' fikrinden ilhamla ortaya çıktığı görülmekle birlikte, ondan farklılık arz eden birtakım özelliklere sahip olduğunu ifade etmemiz gerekmektedir. Öyle ki teknolojik tekillik, makinelerin giderek daha yetenekli ve güçlü

---

[94] Durán, Juan M., "Computer Simulations as a Technological Singularity in the Empirical Sciences", *The Technological Singularity: Managing the Journey*, (eds. Victor Callaghan; James Miller; Roman Yampolskiy and Stuart Armstrong), Springer-Verlag GmbH Germany 2017, p. 167.

[95] Kurzweil, Ray, *İnsanlık 2.0*, s. 448.

[96] Kurzweil, Ray, *İnsanlık 2.0*, s. 19, 23, 54.

[97] Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz., Uygur, Gülriz, "Hukuki Belirsizlik Sorunu Üzerine", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, c. 51, sy. 2, 2002; Atalay, Ahmet Haluk, "Kelsen ve Hart: Bilinebilir Hukuk", *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi*, (ed. Hayrettin Ökçesiz; Gülriz Uygur), İstanbul Barosu Yayınları, 2010.

[98] Weber, Robert F., "Will the 'Legal Singularity' Hollow Out Law's Normative Core?", *Michigan Technology Law Review*, Vol. 27, Nu. 97, 2021, p. 99.

aygıtlar haline geldiği, insan anlayışını veya kontrol kapasitesini aşan bir 'zeka patlaması' noktasına kadar olan aşamayı ifade etmektedir. 'Hukuki tekillik' ideali ise, 'hukuki belirsizliğin' ortadan kaldırılmasını ve evrensel düzeyde gerçek zamanlı erişilebilen kesintisiz bir yasal düzenin ortaya çıkmasını tasarlayan bir ideal olarak varlık göstermektedir.[99]

Süper yapay zekanın tekilliğine yönelik bu teknolojik gelişmeler, hukuk felsefesinde Ronald Dworkin'in (1931-2013) kuramsal öngörüsü olan her davada mutlak surette tek bir 'doğru yanıtın' bulunduğu[100] tezini yeniden gündeme taşıdığı düşünülmektedir. Hukuk sistemleri açısından bu tekillik anlayışı, Dworkin'in hayalini, mitsel olandan dijital olana dönüştürebilme potansiyeline işaret etmektedir. Dworkin tarafından öne sürülen teorik yaklaşımın doğruluğu kabul edilecek olursa, Yargıç Herkül, herhangi bir yasal soruna 'tek doğru yanıtı' verebilme kudretine sahip olacaktır. Böylece 'herhangi bir hukuki sorunun tek doğru yanıtı olduğuna' ilişkin Dworkin'in kışkırtıcı teorisi gerçeklik kazanabilecektir. İnternet teknolojisinin yaygınlaşması ve teknolojik tekilliğe ilişkin inancın yerleşmesinden önce Dworkin, teorik olarak herhangi bir yasal soruna tek bir 'doğru yanıt' verebilen 'dikişsiz ağ/örtü' (*seamless web*)[101] tezini önermiştir. Bu tez çerçevesinde Dworkin, kuralların yanı sıra ilkeleri de kapsayan hukuki muhakemeye 'boşluksuz' ve bütünlüklü bir biçim vermeye çalışmıştır. Düşünürün bu kuramsal yaklaşımı doğrultusunda hukuk; 'mevzuat, emsal kararlar, ilkeler ve hukuk doktrininden' müteşekkil olan ve teorik olarak birbiriyle uyumluluk arz eden kesintisiz ve entegre bir ağ biçimini almaktadır.[102]

Hukuk sisteminin kesintisiz ve entegre bir ağ biçimini alacağı öngörüsüne dayanan 'hukuki tekillik' düşüncesi, tüm hukuki süreç ve sonuçların mükemmel biçimde öngörülebilir olduğu bir dünyayı gerekli kılmaktadır. Bizatihi yasanın kendisi, gerçek zamanlı ve tam olarak uyarlanmış yasa ya da düzenlemelerin geniş bir kataloğuna dönüştürülebilecektir. 'Hukuki tekillik' idealinin gerçekleşmesine yönelik halen devam etmekte olan ilk somut adım, hukuki bilgilerin dijital ortamlara çevrilmesini içermektedir. 'Hukuki tekilliğin' bir sonraki adımı, söz konusu hukuksal bilgilerin yayılması veya gerçek zamanlı olarak her yerde erişilebilir kılınmasıdır. Yapay zeka teknolojilerinin hukuki araştırmalara uygulanması ise, bu idealin üçüncü adımını oluşturmaktadır. İleride gerçekleşmesi öngörülen dördüncü adım ise, yapay zeka uygulamaları sonrasında yasaların kapsamlı bir revizyonunu içermektedir. Tüm bu süreçlerden sonra hukuk sistemi

---

[99] Alarie, Benjamin, "The Path of the Law: Toward Legal Singularity", *Political Science*, 2016, p. 3.

[100] Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1977, p. 81.

[101] Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, p. 115.

[102] Goldsworthy, Daniel, "Dworkin's Dream: Towards a Singularity of Law", *Alternative Law Journal*, Vol. 44, Nu. 4, 2019, p. 5.

bütün hukuki sorunlara kendi cevaplarını üretebilen ve "*kendi kendini referans alan bir sisteme*" dönüşümünü ifade eden 'hukuki tekillik' idealine ulaşabilecektir.[103]

'Hukuki tekillik' bağlamında Vektör Yapay Zeka Enstitüsünden (*Vector Institute for Artificial Intelligence*) Kanadalı hukukçu Benjamin Alarie'nin (1977-) araştırması, bu kavramsallaştırmanın muhtevasına ilişkin bir köşe taşı olarak değerlendirilebilir. 'Hukuki tekillik' ideali çerçevesinde; 'tamamlanmış hukuk; kusursuz yasal düzen; kendi kendini yürüten hukuk sistemi; tümüyle belirlenmiş bir hukuksal yapı; işlevsel olarak eksiksiz bir hukuk düzeni' gibi birtakım söylemsel öngörüler ortaya çıkmaktadır.[104] Bu söylemsel öngörüler doğrultusunda, bazı hukuki fütüristler öngörücü analitik sistemlerinin 'hukuki tekillik' idealini işlevsel hale getirerek, dijital yargıçların bütünüyle belirlenmiş tüzükler, kurallar, düzenlemeler ve sözleşmeleri uygulama noktasında yetkilendireceğini savunmaktadır.[105]

Bu kapsamda yapay zeka sistemlerinin geliştirilmesinde kullanılan matematiksel veya mantıksal çıkarım yöntemlerinin, hukuki muhakemenin bir benzerini kendi algoritmik sisteminde üretebileceği öngörülmektedir. Ancak bu yapay çıkarım metodolojisi, mevcut hukuksal söylemi ve hukukun sistemsel evrimini etkileyen politik, ekonomik ve sosyo-kültürel faktörleri hesaba katma becerisine sahip bulunmamaktadır.[106] 'Hukuki tekilliğin' öngördüğü matematiksel mantığa dayalı algoritmalara sahip olan 'yapay zeka yargıçları' hukuki muhakemenin 'duruma özgü anlayışını' ve 'sosyal dünyanın karmaşıklığını' kavrayamazsa, bu durum belirli bir hukuk görüşünün somutlaşmasına yol açacaktır. Bunun sonucunda ortaya çıkan hukuki yargılar, statik veya belirli hukuk kuralları temelinde üretilen deterministik çıktılar olarak varlık gösterecektir. Bu durum özellikle hukukun sosyal olarak inşa edilmiş faaliyetlerini ve sayısal verilere dönüştürülemeyen normları içeren sosyal bir kurum olduğu fikrini yadsımaktadır. Yanı sıra bu durum, yargısal karar verme süreçlerinin hem maddi hem de ünlü Fransız sosyolog Pierre Bourdieu'nun (1930-

---

[103] Mulder, Wim De, "The Legal Singularity", https://www.law.kuleuven.be/citip/blog/the-legal-singularity/, Erişim Tarihi: 11.03.2021.

[104] Eliot, Lance B., "Multidimensionality of Legal Singularity: Parametric Analysis and the Autonomous Levels of AI Legal Reasoning", *ArXiv,* 2020, p. 6.

[105] Weber, Robert F., "Will the 'Legal Singularity' Hollow Out Law's Normative Core?", p. 99.

[106] Markou, Christopher; Deakin, Simon, "Is Law Computable? From Rule of Law to Legal Singularity", p. 6.

2002) deyimiyle 'sembolik'[107] olan bir iktidar uygulamasını içerdiği gerçeğini görmezden gelecektir.[108]

'Hukuki tekillik' ideali; hukuk sistemine içkin yasal verilerin herhangi bir olaya uygulanma biçimini öngören ve sürekli güncellenen bir algoritmik yazılım sistemine hapsedildiği bir dünya olarak nitelendirilmektedir. Bu idealin gerçekleşmesiyle birlikte, 'hukukun her durumda tüm kişilere nasıl uygulanacağını kesin olarak öngörmenin mümkün hale gelmesi' durumunda 'hukukun üstünlüğü' ilkesinin bu yeni hukuki sistemde nasıl bir işlev göreceğine yönelik değerlendirmeler yapılması gerekmektedir.[109] Nitekim 'hukuki belirsizliği' ortadan kaldırmak ve tamamen belirlenmiş bir hukuk sistemi inşa etmek adına geliştirilen tekno-fütüristik çalışmalar, hukukun evrensellik ilkesine yönelik bir tehdit olarak algılanmaktadır. Bu noktada fütürist bir hukuk sisteminde 'hukukun üstünlüğü' ilkesinin öneminin yeniden değerlendirilmesi icap etmektedir. 'Hukukun üstünlüğü' ilkesine ilişkin ilk değerlendirme, tekilliği gerçekleştiren yazılımın hukuk sisteminin nasıl çalıştığı noktasında kendisini eğiterek, hukuk sistemindeki mevcut eşitsizlikleri kurumsallaştırma ve algoritmik olarak yeniden üretme potansiyeline ilişkindir. Bu ilkeye ilişkin bir diğer değerlendirme, algoritmaya dayalı bir hukuk sisteminde temel evrensel haklar fikrinin mevcut epistemolojik değişim karşısında anlaşılmaz ve belirsiz hale gelme potansiyeline işaret etmektedir.[110]

Geleneksel hukuk sistemleri açısından 'hukukun üstünlüğü' ilkesi, hükümet edici aktörlerin yönetsel keyfiliğini ve keyfi takdir yetkisini denetleme işlevi görmesinden ötürü tarihsel bir gereklilik olarak ortaya çıkmıştır. İlk bakışta 'hukuki tekillik', takdir yetkisinin keyfilikle kullanımı sorununu tamamen ortadan kaldırıyor gibi görünebilir. Bu noktada takdir yetkisi sorununa ilişkin olarak fütüristik yaklaşım, yasanın insan unsurundan soyutlanmış biçimde algoritmik bir işlev icra etmesini öngörmektedir. Ancak sonuçta bu durumun, algoritmaya dayalı sistemlerin kamusal karar alma süreçleri açısından insan katılımını kısıtladığı potansiyel bir '*algokrasi*' (*algocracy*) sorununa yol açacağı ifade edilebilir.[111] Benzer biçimde hukukçu John Danaher de

---

[107] Bkz., Bourdieu, Pierre, *Language and Symbolic Power,* (trans. Gino Raymond; Matthew Adamson), Polity Press, UK: Cambridge 1991.

[108] Markou, Christopher; Deakin, Simon, "Is Law Computable? From Rule of Law to Legal Singularity", p. 6.

[109] Weber, Robert F., "Will the 'Legal Singularity' Hollow Out Law's Normative Core?", p. 100.

[110] Weber, Robert F., "Will the 'Legal Singularity' Hollow Out Law's Normative Core?", p. 103.

[111] Weber, Robert F., "Will the 'Legal Singularity' Hollow Out Law's Normative Core?", p. 103.

yasal ve politik formların algoritmik sistemler ile birleşmesinin '*algokrasi tehdidi*' yaratacağını öne sürmektedir.[112]

Bu noktada 'belirlenmiş, otomatikleştirilmiş, takdir yetkisi içermeyen, kurallara dayalı, öngörülebilir' sistemlerin modern toplumlarda yoğun biçimde varlık gösterdiğini ifade edebiliriz. Ancak bu sistemler, modern liberal hukuk sistemlerinin sahip olduğu normatif temelleri içermemesinden ötürü 'yasal sistemler' olarak tanımlanmamaktadır. Liberal hukuk sistemlerini karakterize eden normatif temel, 'hukukun üstünlüğü' ilkesinin içeriminde yer bulan birtakım niteliklere sahip bulunmaktadır. Nitekim 'hukukun üstünlüğü' ilkesine olan bu inancın tarihsel arka planında, John Locke (1632-1704) ve Jean-Jacques Rousseau'nun (1712-1778) öngördüğü liberal kuramın esasları yer almaktadır. Temelde bu ilke, 'öngörülebilirlik' ve 'evrensellik' ilkelerinden türetilmiştir. Ancak söz konusu ilkelerin 'hukuki tekillik' idealinde sönümlenme tehlikesi bulunmaktadır. Bu noktada 'hukuki tekillik' ideali, hukuk sisteminin haklar süjesini somut bireyler olarak değil, algoritmik sistemin 'veri noktaları' olarak tasarlamaktadır. Sonuçta söz konusu algoritmik tasarımlamanın, sistemsel olarak hukukun 'evrensellik' ilkesinin sönümlenmesine yol açabileceği öngörülmektedir.[113]

Hukuk devleti ilkesine dayanan modern hukuk sistemlerinin temel organsal işlevlerinden birisi de 'öngörülebilir' bir hukuk pratiği yaratmasıdır. Bu noktada modern hukuk sistemlerinin temel işlevi, toplumu optimize etmek değil, yurttaşların kendi bireysel ve sosyal yaşamlarını optimize edebilecekleri öngörülebilir bir ortam sağlamaktır.[114] Öngörülebilirlik ilkesi, modern liberal hukuk sistemlerinde yurttaşların yasaların uygulanmasına ilişkin bir öngörüye sahip olmalarını olanaklı kılmaktadır.[115] Ayrıca öngörülebilirlik ilkesi, siyasal iktidarın keyfi yönetimini denetlemeye yönelik bir kontrol işlevi icra etmektedir. Gelecekte 'hukuki tekilliği' öngören fütüristler, görece daha 'zayıf bir öngörülebilirlik' biçimi sunmaktadır. Burada hukuki fütüristlerin amacı, hukuk sistemini sistematik bir öngörü haline getirmeyi amaçlayan realist hukuksal projeyi yeniden canlandırmaktır. Hukuki realistlere benzer biçimde fütüristler de hukuk sistemini

---

[112] Danaher, John, "The Threat of Algocracy: Reality, Resistance and Accommodation", *Philosophy & Technology,* Vol. 29, 2016, p. 249.

[113] Weber, Robert F., "Will the 'Legal Singularity' Hollow Out Law's Normative Core?", p. 97.

[114] Bostrom, Nick; Yudkowsky, Eliezer, "The Ethics of Artificial Intelligence", *Cambridge Handbook of Artificial Intelligence,* (eds. William Ramsey and Keith Frankish), Cambridge University Press, 2011, p. 2.

[115] Weber, Robert F., "Will the 'Legal Singularity' Hollow Out Law's Normative Core?", p. 102.

normatif bir ayrıcalık iddiası olmaksızın herhangi bir sosyal sistem gibi ele almaktadır.[116]

Tüm bu tekillik idealine karşıt olarak, kendisini kozmopolit çok-merkezlilik görüşü içerisinde konumlandıran ve 'hukuki tekillik' idealine eleştirel bir yaklaşım sergileyen akademisyen Pierre Legrand, 'yasayı' uyumlu hale getirme veya birleştirme girişimlerinin bir 'meta-hukuk' süreciyle sonuçlanabileceğini öne sürmektedir. Ona göre 'hukuki tekillik' idealinin temelinde, 'uyum', 'bütünleştirme', 'tekdüzeleştirme' ve 'tektipleştirme' biçiminde tezahür eden hukuku araçsallaştırma fikri yatmaktadır. Bu fikir temelinde üretilen trans-yasallık temasının ilk varyasyonu, lokalizmden (*yerelcilik*) transandantalizme (*aşkınlık*) geçişle ilişkilidir. Bu noktada Legrand, 'hukukun tekilliği' idealinin gerçekleşme olasılığının doğuracağı risklere işaret etmektedir. Ona göre hukuk sistemlerinin adalet iddiası ancak özdeş olmayana referansla gerçeklik kazanabilir. Zira düşünüre göre 'hukuki çoğulluk' ve 'hukuki çeşitlilik' maddi adaletin bizatihi kaynağını teşkil etmesinden ötürü bu iki kavramın birleştirilmesi uygun değildir.[117]

Sonuç olarak, hukuk sisteminde yapısal bir dönüşümle 'tek tipleştirme, uyumlaştırma ve bütünleştirme' amacını güden 'hukuki tekillik' ideali, hukuk kurallarının ulusal karakterini göz ardı etmektedir. Toplumsal yapının sosyo-ekonomik ve sosyo-kültürel dinamiklerini ve derinlikli sosyolojisini dikkate almayan tekillik ideali, apolitik bir sosyal mekanizm öngörmektedir. Bir yaşam ya da toplumsallık düzeni olması yönüyle hukukun onto-politik varlığını yadsıyan tekillik düşüncesi, hukuku, yasa yapıcı iradeye indirgeyen kuramsal yaklaşımın tecrit edici işlevini yeni bir formla yeniden üretmektedir.

Sonuç Yerine

Avcı-toplayıcı toplumdan tarım toplumuna; tarım toplumundan sanayi toplumuna; sanayi toplumundan bilgi toplumuna doğru evrilen insanlık tarihi, yapay zeka ve diğer bilgi teknolojilerini kullanarak 'süper akıllı toplum' olma yolunda ilerleyişini kesintisiz bir biçimde sürdürmektedir. İnsanın doğa ve nesneler dünyasına hükmetme arzusuyla harekete geçen ve geliştirilen bu ilerlemeci tekno-bilişsel zihin, modern teknolojinin doğmasına yol açmıştır. Tüm teknik donanımı ve imkanları ile insan hayatını pratik anlamda kolaylaştırma ve zenginleştirme idealine sahip olan modern teknoloji, tüm öngörüleri zorlayan bir gelişim dinamiği sergilemektedir. Bu teknolojik gelişim dinamiği, eğitim sektöründen sağlık sektörüne; savunma sanayisinden

---

[116] Weber, Robert F., "Will the 'Legal Singularity' Hollow Out Law's Normative Core?", p. 102.

[117] Legrand, Pierre, "On the Singularity of Law", *Harvard International Law Journal*, Vol. 47, Nu. 2, 2006, p. 517; Goldsworthy, Daniel, "Dworkin's Dream: Towards a Singularity of Law", p. 3.

hizmet sektörüne; ekonomiden hukuk sektörüne varıncaya kadar toplumsal düzende hızlı bir değişime yol açmaktadır.[118]

Yapay zeka ve çeşitlenen dijital teknolojik aygıtları kullanarak insanın kendi bilişsel, duyuşsal ve fiziksel yetilerini aşabilmeyi amaçlayan 'transhümanizm' ideali, insanı geliştirmeye yönelik teknolojik üretimin dinamiğini oluşturmaktadır. '*Hümanizm düşüncesinin radikalleşmesi*'[119] olarak nitelendirilen transhümanistik felsefe, çağdaş dünyada yeni bir ontolojik meydan okuma olarak değerlendirilebilir. Bu felsefe, insan ırkını genetik açıdan daha da yetkinleştirebilecek, entelektüel yetenekleri, fiziksel ve psikolojik performanslarını yükseltebilecek teknik-bilimsel çözümler ve yenilikçi uygulamalar arayışı içerisindedir. Transhümanistik idealin gerçekleştirmeyi hedeflediği post-human anlayışı, 'insan olmanın' ne anlama geldiğine dair varoluşsal sorgulamaları da beraberinde getirmektedir. Tam da bu noktada, transhümanistik ontoloji ve bu ontolojik perspektifin hukuk sistemleri üzerindeki dönüştürücü ve/ya yıkıcı etkilerini analiz etmenin zorunluluğu ortaya çıkmaktadır. Yeni nesil dijital teknolojileri kullanarak insan ötesine geçmeyi amaçlayan bu transhümanistik perspektif, yeni bir toplum ve hukuk düzeni anlayışını gerekli kılmaktadır.

Transhümanizm ideali, insan hakları teorisinin temel etik değerini oluşturan 'insan onuru' kavramına dair birtakım kuşkulara yol açmaktadır. Bu kuşkularla beslenen post-human ideali, insanı genetik kusurlarından arındırarak bir 'insan ötesilik' düşüncesinin geliştirilmesini kendisine ilke edinmiştir. 'İnsan ötesi' idealine ulaşma amacına matuf biçimde 'fiziksel, duyuşsal ve bilişsel' yetileri güçlendirmeye ilişkin her müdahale, 'insan onuruna' yönelik bir tehdit olarak algılanmaktadır. Ancak transhümanist anlayışa göre, modern anlamda insan onuru, kişinin soyağacında veya kökeninde değil; kişisel potansiyelinde mündemiçtir. Doğrudan bu bağlama uygun biçimde Nick Bostrom, 'post-human onuru' kavramını öne sürmektedir. Bostrom 'onur' kavramının, yalnızca insan türüne özgülenebilecek bir nitelik olmadığını, daha ziyade bu kavramın bir olumsal statü ve potansiyel meselesi olduğunu ifade etmektedir. Hatta düşünür, insanın biyolojik doğasını aşmasının onu, onur açısından daha da yücelteceğini öne sürmektedir.

Dijital çağ teknolojisinin bir yaratımı olarak yapay zeka, geleceğimize dair köklü dönüşümlere yol açabilecek bir potansiyel taşımaktadır. Bu potansiyel kendisini, hukuk uygulaması boyutunda yeni bir '*hukuk teknolojisi*' (*legaltech*) üreterek hukuk sektöründe göstermektedir. Tüm yerleşik hukuk anlayışını ve pratiğini dönüşüme

---

118 Kılıç, Muharrem, "Ethico-Juridical Dimension of Artificial Intelligence Application in the Fight Against Covid-19 Pandemics".

119 Dağ, Ahmet, "Hümanizmin Radikalleşmesi Olarak Transhümanizm", *Felsefi Düşün*, sy. 9, 2017.

uğratabilecek olan bu 'yaratıcı-yıkım dalgası' hukukun geleneksel temel ilke ve değerlerine ilişkin bir tehdit olarak da değerlendirilmektedir. Teknolojik gelişimin yol açtığı bu köklü dönüşümler, 'adalet, özerklik, hesap verebilirlik, şeffaflık, yasallık, ayrımcılık yapmama ve hukukun üstünlüğü' gibi hukukun temel ilkelerini giderek kırılganlaştırmaktadır.[120]

Legaltech'in gelişim dinamiğine koşutluk arz eder biçimde öngörüye dayalı yargısal pratiklerin yaygınlık kazanması, 'hukuki tekillik' olarak kavramsallaştırılan bir hukuk idealine dönüşmektedir. Bu minvalde 'hukuki tekillik' düşüncesi, 'hukuki belirsizliğin' ortadan kaldırılmasını ve evrensel düzeyde gerçek zamanlı olarak erişilebilen kesintisiz bir hukuk düzeni tesis etmeyi amaçlamaktadır. Sözü edilen bu tekillik ideali, 'hukuki kesinliğe' ulaşmayı somut bir hedef olarak yapılandırmaktadır. Yine kesintisiz ve öngörülebilir bir hukuk düzenine ulaşmayı amaçlayan bu idealin, geleneksel hukuk sistemlerini nasıl bir değişim ve/ya dönüşüme maruz bırakacağını öngörmek icap etmektedir. Öyle ki hukuki sorunlara kendi cevaplarını üretebilen "*kendi kendini referans alan bir sisteme*" dönüşmesi olarak nitelendirilen 'hukuki tekillik' düşüncesi, hukukun temel ilkeleri açısından yıkıcı bir etki yaratma potansiyelini de taşımaktadır.

Yukarıda izah edildiği üzere öngörüye dayalı onto-robotik temsiller hukuk sisteminin temel sorunlarından birisi olan 'belirsizlik' sorununu çözüme kavuşturmayı amaçlamaktadır. Ancak yine de bu noktada 'kesintisiz, tamamlanmış, kendi kendini işleten ve tam olarak belirlenmiş hukuk sistemi' mottosuyla yola çıkan bu idealin, hukukun geleneksel temel değerlerini göz ardı ettiği ifade edilebilir. Ulusların ve toplumsal yapıların morfolojik dinamiklerini dikkate almayan ve sistemi 'tek tipleştirmeyi' hedefleyen bu hukuk tasarımı, nihayetinde 'hukukun üstünlüğü' ve 'hukukun evrenselliği' ilkeleri üzerinde olumsuz etkiler oluşturacağı anlaşılmaktadır.

Bu kapsamda gelecekte yapay zekanın onto-robotik temsil aygıtlarının yargılama edimi gerçekleştirebilecek bir muhakeme yetisinin varlığına dair tartışmalar devam etmektedir. Bu durum da beraberinde 'algoritmaların vicdanına' ilişkin değerlendirmeleri gerekli kılmaktadır. Zira 'algoritmik vicdan' olarak kavramsallaştırdığımız yargılama edimi açısından yapay zeka yargıçlarının mekanik performansı, 'insan hakları, özgürlük, eşitlik ve demokrasi' gibi temel değerler açısından genel bir kaygı durumu yaratmaktadır. 'Bilgelik', 'cesaret' 'adalet', 'hakkaniyet', 'vicdan' ve hatta 'merhamet' gibi pratik

[120] Buchholtz, Gabriele, "Artificial Intelligence and Legal Tech: Challenges to the Rule of Law", *Regulating Artificial Intelligence*, (ed. Thomas Wischmeyer Timo Rademacher), Springer Nature Switzerland AG, 2020, p. 175. Kılıç, Muharrem, "Ethicial-Juridical Inquiry Regarding the Effect of Artificial Intelligence Applications on Legal Profession and Legal Practices", Transnational Conference on The Future of Legal Education, The Practice of Law, and The Judiciary, İstanbul, February 9-12, 15-18, 2021.

erdemlere sahip olması düşünülemeyen algoritmik ve robotik aygıtların yargısal adaleti tesisine ilişkin öngörüler oldukça naiftir. Öte yandan transhümanist bir anlayışa doğru evrilen dünyada 'insan haklarının' ve trans-yasal sistemlerin nasıl bir çerçevede düzenleneceği de belirsizliğini sürdürmektedir. Doğal olan ile doğal olmayan arasında ayrımı bertaraf eden bu onto-robotik temsillerin, geleneksel hukuk sistemlerinin üretmiş olduğu değerleri kendi algoritmik sistemine entegre etmesi olası görülmemektedir.

Sonuç olarak, modern hukuk sistemi, bir hak ve özgürlükler süjesi olarak 'insanı' ve varoluşsal anlamda her bir insan tekine özgülenen 'onuru' merkeze alan bir düşünce yapısıdır. Bir hukuk süjesi olarak insanın ontik varlığına yönelik bir meydan okumaya dönüşen transhümanistik anlayış doğrultusunda geliştirilen yapay zeka uygulamaları, ikame edici 'onto-robotik temsiller' üretmektedir. Bu ikameci yapay temsiliyet anlayışı, hukuki muhakeme ve yargısal edimin 'insana' özgülüğünü dikkate almamaktadır. Halbuki her bir dava veya hukuksal olayın biricikliği ve kendine özgülüğü, hukuki muhakeme ve yargısal edim süreçlerini maddi anlamda kendiliği ve özgünlüğü üzerinden değerlendirmeyi gerekli kılmaktadır. Bütün bu süreç, yargıcın her bir tekil durumu yorumlarken, ontolojik anlamda insana özgü değer ve değerlendirme mekanizmalarının devreye girmesini zorunlu hale getirmektedir. Bu noktada onto-robotik temsiliyet fikriyle devreye sokulan algoritmik aygıtlar, her bir olayın biricikliği karşısında, yargısal adaletin tecellisi noktasında çaresizliğe mahkum olacaktır.

Bütün fütüristik öngörülere karşın, 'adalet', 'hakkaniyet' 'merhamet' ve 'vicdan' gibi yetisel erdemlere sahip olan her bir insan teki, bu onto-robotik meydan okuyuş karşısında ontik özgüllüğünü ve mevcudiyetini muhafaza edecektir. Özellikle ceza adaleti açısından vicdani kanaatine göre karar veren bir yargıcın 'yapay zeka' ile ikamesi olanaksızdır. Bundan ötürü, hukukun temel ilkeleri dikkate alındığında yapay zeka üzerinden ceza adaletinin tahakkuku birtakım temel etik ve jüridik kaygıları beraberinde getirmektedir. Yapay zeka tabanlı robotik teknoloji, ne H. L. A. Hart'ın (1907-1992) pozitivist hukuk kuramında 'hukuksal boşluk' tezine bağlı biçimde varlık gösteren 'yargıcın takdir yetkisini'; ne de hukuku bütünlüklü bir sistem olarak kuramsallaştıran Ronald Dworkin'in inşâî ve yaratıcı bir yorum yetisiyle donattığı 'Yargıç Herkül'ünü ikame edebilir. Onto-robotik temsil iddiasına dayalı tüm ikame edici yapay bilinç teknolojilerinin hukuksal normları inşa edebilecek bir kapasiteye sahip olması olanaklı değildir. Zira temelde 'insani bir yaratım' olarak hukuk normları, dinamik bir 'sosyal eylemler' süreci içerisinde ve kendi içkin sosyal dinamikleri doğrultusunda varlık bulmaktadır. Bu gerçeklik doğrultusunda hukuki muhakemenin, her bir tekil olaya özgülenmiş bir norm yaratım ve uygulama sürecine tekabül ettiği ifade edilmelidir.

KAYNAKÇA

Alarie, Benjamin, "The Path of the Law: Toward Legal Singularity", *Political Science*, 2016.

Alston, Philip, "Report of the Special Rapporteur on Extreme Poverty and Human Rights," A/74/48037, October 2019.

Aristoteles, *Nikomakos'a Etik*, (çev. Saffet Babür), BilgeSu Yayıncılık, 2. Baskı, İstanbul 2009.

Armstrong, Stuart, "Introduction to the Technological Singularity", *Technological Singularity: Managing the Journey*, (eds. Victor Callaghan; James Miller; Roman Yampolskiy and Stuart Armstrong), Springer-Verlag GmbH Germany 2017.

Atalay, Ahmet Haluk, "Kelsen ve Hart: Bilinebilir Hukuk", *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi*, (ed. Hayrettin Ökçesiz; Gülriz Uygur), İstanbul Barosu Yayınları, 2010.

Aupers, Stef, "The Revenge of the Machines: On Modernity, Digital Technology and Animism", *Asian Journal of Social Science,* Vol. 30, Nu. 2, 2002.

Baujard, Antoinette, "A Return to Bentham's Felicific Calculus: From Moral Welfarism to Technical Non-welfarism", *The European Journal of the History of Economic Thought*, Vol.16, Nu. 3, 2009.

Bell, Felicity; Legg, Michael, "Artificial Intelligence and The Legal Profession: Becoming The AI-Enhanced Lawyer", *University of Tasmania Law Review*, Vol. 38, Nu. 2, 2019.

Bentham, Jeremy, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Batoche Books, Kitchener 2000.

Bourdieu, Pierre, *Language and Symbolic Power,* (trans. Gino Raymond; Matthew Adamson), Polity Press, UK: Cambridge 1991.

Bloom, Peter, *Identity, Institutions and Governance in an AI World: Transhuman Relations,* Palgrave Macmillan, Switzerland 2020.

Bostrom, Nick; Yudkowsky, Eliezer, "The Ethics of Artificial Intelligence", *Cambridge Handbook of Artificial Intelligence*, (eds. William Ramsey and Keith Frankish), Cambridge University Press, Cambridge 2011.

Braga, Adriana; Logan, Robert K., "The Emperor of Strong AI Has No Clothes: Limits to Artificial Intelligence", *Information*, Vol. 8, 2017.

Buchholtz, Gabriele, "Artificial Intelligence and Legal Tech: Challenges to the Rule of Law", *Regulating Artificial Intelligence*, (ed. Thomas Wischmeyer Timo Rademacher), Springer Nature Switzerland AG, 2020.

Cameron, Andy; Barbrook, Richard, "The Californian Ideology", *Science As Culture*, Vol. 6, Nu. 1, 1996.

Casey, Anthony, "Self-Driving Laws", *University of Toronto Law Journal,* Vol.429, 2016.

Churchland, Patricia S., *Conscience: The Origins of Moral Intuition*, W. W. Norton & Company, London& New York 2019.

Cordeiro, José, "The Boundaries of the Human", *World Futures Review,* Vol. 6, Nu. 3, 2014.

Dağ, Ahmet, "Hümanizmin Radikalleşmesi Olarak Transhümanizm", *Felsefi Düşün*, sy. 9, 2017.

Danaher, John, "The Threat of Algocracy: Reality, Resistance and Accommodation", *Philosophy & Technology*, Vol. 29, 2016.

Davis, Joshua P., "Artificial Wisdom? A Potential Limit on AI in Law (and Elsewhere)", *Oklahoma Law Review*, Vol. 72, Nu. 1, 2019.

Dickson, Ben, "Will Artificial Intelligence Have A Conscience?", 2020, https://bdtechtalks.com/2020/09/28/ai-conscience-patricia-churchland/, Erişim tarihi: 13.03.2021.

Durán, Juan M., "Computer Simulations as a Technological Singularity in the Empirical Sciences", *The Technological Singularity: Managing the Journey*, (eds. Victor Callaghan; James Miller; Roman Yampolskiy and Stuart Armstrong), Springer-Verlag GmbH Germany 2017.

Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge& Massachusetts 1977.

Eliot, Lance B., "Multidimensionality of Legal Singularity: Parametric Analysis and the Autonomous Levels of AI Legal Reasoning", *ArXiv,* 2020.

European Commission For The Efficiency of Justice (CEPEJ), European Ethical Charter On The Use of Artificial Intelligence in Judicial Systems and Their Environment, Strasbourg, 3-4 December 2018.

European Union Agency for Fundamental Rights, "Getting The Future Right Artificial Intelligence and Fundamental Rights", Office of the European Union, Luxembourg 2020.

Feyzioğlu, Metin, *Ceza Muhakemesinde İspatın Ölçütü Olarak Vicdani Kanaat*, Islık Yayınları, İstanbul 2015.

Fuchs, Christian, "Günther Anders' Undiscovered Critical Theory of Technology in the Age of Big Data Capitalism", *TripleC*, Vol. 15, Nu. 2, 2017.

Fukuyama, Mayumi, "Society 5.0: Aiming for a New Human-Centered Society", *Japan Spotlight*, August 2018.

Goldsworthy, Daniel, "Dworkin's Dream: Towards a Singularity of Law", *Alternative Law Journal*, Vol. 44, Nu. 4, 2019.

Gutierrez Gaviria; Carlos Ignacio, *The Unforeseen Consequences of Artificial Intelligence (AI) on Society A Systematic Review of Regulatory Gaps Generated by AI in the U.S.*, RAND Corporation, Dissertation, 2020.

Han Chul, Byung, *Kapitalizm ve Ölüm Dürtüsü*, (çev. Çağlar Tanyeri), İnka Kitap, 1. Baskı, İstanbul 2021.

Haraway, Donna, "A Cyborg Manifesto: Science, Technology, and Socialist-Feminism in the Late 20th Century", *The International Handbook of Virtual Learning Environments*, (eds. Joel Weiss; Jason Nolan; Jeremy Hunsinger and Peter Trifonas), Springer 2006.

Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, (eds. Penelope A. Bulloch and Joseph Raz), Oxford University Press, Second Edition, New York 1994.

Heidegger, Martin, *Varlık ve Zaman*, (çev. Kaan H. Ökten), Agora Kitaplığı, 2. Basım, İstanbul 2011.

Hildt, Elisabeth, "Artificial Intelligence: Does Consciousness Matter?", *Frontiers in Psychology*, 2019.

Iphofen, Ron; Kritikos, Mihalis, "Regulating Artificial Intelligence and Robotics: Ethics By Design In A Digital Society", *Contemporary Social Science*, 2019.

Jotterand, Fabrice, "Human Dignity and Transhumanism: Do Anthro-Technological Devices Have Moral Status?", *The American Journal of Bioethics*, Vol. 10, Nu. 7, 2010.

Kayum, Ahmed, "Delinking The "Human" From Human Rights: Artificial Intelligence and Transhumanism", https://www.openglobalrights.org/delinking-the-human-from-human-rights-artificial-intelligence-and-transhumanism/, Erişim tarihi: 18.03.2021.

Kılıç, Muharrem, "Ethicial-Juridical Inquiry Regarding the Effect of Artificial Intelligence Applications on Legal Profession and Legal Practices", Transnational Conference on The Future of Legal Education, The Practice of Law, and The Judiciary, Istanbul, February 9-12, 15-18, 2021.

Kılıç, Muharrem, "Ethico-Juridical Dimension of Artificial Intelligence Application in the Fight Against Covid-19 Pandemics", *The Impact of Artificial Intelligence on Governance, Economics and Finance*, (ed. S.Bozkuş Kahyaoğlu), Vol. I, pp. 299-317, Springer 2021.

Kılıç, Muharrem, *Pandemi Döneminde Sosyal Haklar Sosyal Hakların Sosyo-Legal Dinamiği*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.

Kurzweil, Ray, *İnsanlık 2.0*, (çev. Mine Şengel), Alfa Yayıncılık, 5. Basım, İstanbul 2020.

Kurzweil, Ray, *The Singularity is Near: When Humans Trascend Biology*, Viking Penguin, New York 2005.

Leslie, David, Burr, Christopher, Aitken, Mhairi, et al. "Artificial Intelligence, Human Rights, Democracy, and the Rule of Law: A Primer", The Council of Europe, 2021.

Legrand, Pierre, "On the Singularity of Law", *Harvard International Law Journal*, Vol. 47, Nu. 2, 2006.

Leith, Philip, "The Judge and the Computer: How Best 'Decision Support'?", *Judicial Applications of Artificial Intelligence,* (eds. Giovanni Sartor; Karl Branting), First Edition, Springer 1998.

Llano, Fernando H., "Transhumanism, Vulnerability and Human Dignity", *Deusto Journal of Human Rights,* Nu. 4, 2019.

Markou, Christopher; Deakin, Simon, "Is Law Computable? From Rule of Law to Legal Singularity", *University of Cambridge Faculty of Law Research Paper*, 2020.

Meissne, Gunter, "Artifcial Intelligence: Consciousness and Conscience", *AI & Society*, Vol. 35, 2020.

Michelon, Claudio, "Practical Wisdom in Legal Decision-Making", *Edinburgh School of Law Working Paper Series*, 2010.

More, Max, "The Philosophy of Transhumanism", *The Transhumanist Reader,* (eds. Max More; Natasha Vita), John Wiley & Sons, 2013.

Mulder, Wim De, "The Legal Singularity", https://www.law.kuleuven.be/citip/blog/the-legal-singularity/, Erişim Tarihi: 11.03.2021.

Rohde, Klaus, "Intelligence and Consciousnes: Artifical intelligence and Conscious Robots, Soul and Immortality", https://krohde.wordpress.com/2016/04/10/intelligence-and-consciousness-artifical-intelligence-and-conscious-robots-soul-and-immortality/, Erişim tarihi: 3.04.2021.

Saracel, Nüket; Aksoy, Irmak, "Toplum 5.0: Süper Akıllı Toplum", *Social Sciences Research Journal*, c. 9, sy. 2, 2020.

Satıcı, Murat, "Adalet, Yasallık ve Demokrasi Uğraklarında Yargı Meselesi", *Yargıya Felsefeyle Bakmak*, Yapı Kredi Yayınları, (haz. Kurtul Gülenç; Özlem Duva), 1. Baskı, İstanbul 2016.

Searle, John R., *Minds, Brains and Science*, Harvard University Press, New York 2003.

Schwarz, Elke, "Günther Anders in Silicon Valley: Artificial Intelligence and Moral Atrophy", *Thesis Eleven*, Vol. 153, Nu. 1, 2019.

Shytov, Alexander Nikolaevich, *Conscience and Love in Making Judicial Decisions,* (eds. Francisco J. Laporta; Aleksander Peczenik; Frederick Schauer), Springer Science, Netherlands 2001.

Solum, Lawrence B., "The Virtues and Vices of a Judge: An Aristotelian Guide to Judicial Selection", *Southern California Law Review*, Vol. 61, 1988.

Susskind, Richard, *Tomorrow's Lawyers: An Introduction to Your Future*, Oxford University Press, Second Edition, United Kingdom 2017.

Taruffo, Michele, "Judicial Decisions and Artificial Intelligence", *Judicial Applications of Artificial Intelligence,* (eds. Giovanni Sartor; Karl Branting), First Edition, Springer, Netherlands 1998.

Tester, Keither, "Review of *Prometheanism: Technology, Digital Culture and Human Obsolescence, Thesis Eleven*", Vol. 148, Nu. 1, 2018.

The United Nations Secretary-General's Independent Expert Advisory Group on a Data Revolution for Sustainable Development, A World that Counts Mobilising the Data Revolution for Sustainable Development, 2014.

Toraldo, Marta; Toraldo, Domenico M., "Trans-Human and Post-Human: A Challenge for the Human and Philosophical Sciences", *Open Journal of Philosophy*, Vol. 9, 2019.

Toscano, Alberto, "The Promethean Gap: Modernism, Machines, and the Obsolescence of Man", *Johns Hopkins University Press*, Vol. 23, Nu. 3, 2016.

Turing, Alan Mathison, "Can Digital Computers Think?" *The Essential Turing Seminal Writings in Computing, Logic, Philosophy, Artificial Intelligence, and Artificial Life: Plus The Secrets of Enigma*, (ed. B. Jack Copeland), Oxford: Clarendon, 2004.

Türkbağ, Ahmet Ulvi, "Hart-Dworkin Tartışmasının Ana Hatları", *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi*, (ed. Hayrettin Ökçesiz), sy. 16, İstanbul 2007.

Volokh, Eugene, "Chief Justice Robots", *Duke Law Journal*, Vol. 68, 2019.

Wah, Ng Gee; Chi, Leung Wang, "Strong Artificial Intelligence and Consciousness", *Journal of Artificial Intelligence and Consciousness,* Vol. 7, Nu. 1, 2020.

Weber, Max, *Sosyoloji Yazıları*, (çev. Talha Parla), İletişim Yayınları, 1. Baskı, İstanbul 1996.

Weber, Robert F., "Will the 'Legal Singularity' Hollow Out Law's Normative Core?", *Michigan Technology Law Review*, Vol. 27, Nu. 97, 2021.

Uygur, Gülriz, "Hukuki Belirsizlik Sorunu Üzerine", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, c. 51, sy. 2, 2002.

https://www.wordsense.eu/conscire/#:~:text=%22know%22).,Verb,I%20know%20well, Erişim tarihi: 4.04.2021.

YAPAY ZEKA SİSTEMLERİNİN ÇOCUK HAKLARINA ETKİLERİNİN DEĞERLENDİRİLME YÖNTEMİ: ÇOCUK HAKLARI ETKİ ANALİZİ

The Method of Assessing the Effects of Artificial Intelligence Systems on Children's Rights: Child Rights Impact Assessment

Doç. Dr. Leyla Keser BERBER *
Uzman Araştırmacı Ayça ATABEY **

Özet: Bu yazıda öncelikle hukuk sisteminin kuruculuğunu erken ve modern dönemlerde üstlenen düşünürlerden hukukçu kimliği ortaya koyulmakta ve ikinci olarak modern dönemde Yapay zeka sistemleri, bireysel yaşamlarımızı, sosyal hayatı ve ekonomiyi önemli ölçüde dönüştürmektedir. Bu sistemlerin kullanımı eğitim, sağlık ve mobilite gibi çok sayıda alanda insanlık için faydalar sağlamaktadır. Ancak aynı zamanda, yapay zeka sistemlerinin geliştirilmesi ve kullanılması özellikle Avrupa Konseyi'nin üç temel ilkesi olan insan hakları, hukukun üstünlüğü ve demokrasi açısından önemli riskler yaratmaktadır. Temel insan hak ve özgürlükleri açısından bu sistemlerin yaratabileceği risklerin odağında ise, toplumun hassas ve korunmaya muhtaç en değerli öznesi "çocuk" bulunmaktadır. Yapay zeka sistemleri, neredeyse doğdukları ilk günden itibaren dijital dünyanın bir parçası olan bu çocukların çevrim içi yaşantısını oynadıkları oyunlarda, aldıkları eğitimde, sosyalleştikleri ve eğlendikleri platformlarda kuşatmış

Abstract: Artificial Intelligence (AI) systems are significantly transforming our individual lives, social life, and economy. Use of AI systems create advantages in numerous areas such as education, health and mobility for humanity at large. But at the same time, AI systems pose significant risks to human rights, rule of law and democracy, which are the three fundamental standards of the Council of Europe. In terms of human rights, the most valuable subject of society, weak and in need of protection, "child" is at the center of the risks that these systems may create. AI Systems surround the entire online life of these digital-born children in the games they play, the education they receive, and the platforms where they socialize and have fun. In order to protect children against AI systems that they cannot cope with with their own power, it is important to ensure that these systems are designed, developed and used "respectful to children's rights" and "child-centered". Evaluating the risks that the algorithms may create in terms of these principles throughout its life cycle, using the "Child

* İstanbul Bilgi Üniversitesi Bilişim ve Teknoloji Hukuku Enstitüsü, leyla.keser@bilgi.edu.tr, ORCID: 0000-0002-2438-768X
** İstanbul Bilgi Üniversitesi Bilişim ve Teknoloji Hukuku Enstitüsü, ORCID: 0000-0003-3165-6750
Makale Geliş Tarihi: 05.03.2021, Makale Kabul Tarihi: 06.04.2021

durumdadır. Çocukları kendi güçleri ile baş edemeyecekleri yapay zeka sistemlerine karşı koruyabilmek için, söz konusu sistemlerin "çocuk haklarına saygılı" ve "çocuk merkezli" tasarımı, geliştirilmesi ve kullanımını sağlamak önem taşımaktadır. Algoritmanın tüm yaşam döngüsü boyunca bu ilkeler açısından yaratabileceği risklerin "Çocuk Hakları Etki Analizi" (ÇHEA) yöntemi ile değerlendirilmesi, etki analizi sonucu ortaya çıkan bulguların giderilmesi için gerekli önlemlerin alınması ve nihayet yapay zeka sistemlerin yine tüm yaşam döngüsü boyunca denetim yapılarak çocuk hakları açısından etkin bir koruma sağlanması gereklidir. ÇHEA uygulaması ayrıca veri koruması hukuku kapsamında değerlendirildiğinde Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü (GDPR) kapsamındaki hakkaniyet ve hesap verilebilirlik ilkesi gibi bir çok kurala uyum açısından da son derece önemlidir.

Anahtar kelimeler: Çocuk hakları, çocuk hakları etki analizi, yapay zeka, veri koruması

Rights Impact Assessment" (CRIA) method, taking the necessary measures to eliminate the findings of the impact analysis, and ensuring an effective protection in terms of children's rights by inspecting the AI systems throughout the entire life cycle, is necessary. Lastly, effective application of CRIA can bolster relevant rules and principles under the GDPR and play a vital role in showing compliance with the fairness principle and accountability duties.

Keywords: child rights, child rights impact assessment, AI, data protection

Giriş

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bölüm I'de yer alan hak ve özgürlüklerin korunması, yapay zekaya ilişkin olarak günümüzde gerek ulusal yapay zeka stratejilerinin[1] gerek ulusal[2] ve/veya uluslararası yapay zeka düzenleme çalışmalarının[3] temel hedefleri arasında yer almaktadır. Mart 2021'de yayınlan AB Komisyonu'nun 2030 Dijital Pusula'sında çocuk haklarının çevrim içi ortamda korunmasının önemine yer verilmiştir.[4] 21 Nisan 2021'de Avurpa Birliği Komisyonu, yapay zeka ile ilgili ilk yasal çerçeve olarak tanımladığı "yapay zeka sistemleri" ile ilgili bir düzenleme olan Yapay Zeka Yönetmeliği'ni önerisini kabul etmiştir. Bir çok sektördeki kurum ve kuruluşları etkileyen önemli yükümlülükler getiren Yapay Zeka Yönetmeliği'nde çocuk haklarının korunmasının gerekliliğinin önemi vurgulanmıştır.[5] Güvenilir Yapay Zeka (Trustworthy AI)[6], Sorumlu Yapay Zeka (Responsible AI)[7], İnsan

---

1 Principled Artificial Intelligence, Mapping Consensus in Ethical and Rights-Based Approaches To Principles for AI, Published Jan 15, 2020, https://cyber.harvard.edu/publication/2020/principled-ai. Son erişim tarihi: 7.2.2021.

2 White Paper on Artificial Intelligence: Public Consultation Towards a European Approach for Excellence and Trust, https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/white-paper-artificial-intelligence-public-consultation-towards-european-approach-excellence. Son erişim tarihi: 25.1.2021.

3 Feasibility study on a legal framework on AI design, development and application based on CoE standards, adopted by the CAHAI on 17 December 2020, https://rm.coe.int/cahai-2020-23-final-eng-feasibility-study-/1680a0c6da; OECD AI Principles Overview, https://oecd.ai/ai-principles; UNICEF Policy Guidance on AI for Children, Draft 1.0, September 2020, https://drive.google.com/file/d/1kRSa9fJcJIChJ26rnjPqLre60fLlIjmh/view; H.R.2231 - Algorithmic Accountability Act of 2019, 116th Congress (2019-2020), https://www.congress.gov/bill/116th-congress/house-bill/2231/text.

4 Bknz. Avrupa Birliği Komisyonu, 2030 Dijital Pusula: Dijital On Yıl için Avrupa Yolu, https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/communication-digital-compass-2030_en.pdf Sayfa 12, 13, 4.

5 Bknz. Avrupa Birliği Komisyonu, Yapay Zeka Yönetmeliği (2021) https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/proposal-regulation-laying-down-harmonised-rules-artificial-intelligence-artificial-intelligence

6 Güvenilir Yapay Zeka kavramı, AB Komisyonu tarafından yapay zekaya ilişkin olarak 2021 yılı içinde yayımlanması öngörülen taslak regülasyonu da dahil olmak üzere, halihazırda yayımlanmış olan White Paper on Artificial Intelligence dokümanı ile Komisyon tarafından atanan 52 uzmandan oluşan High Level Expert Group on Artificial Intelligence (HLEG) tarafından yayımlanan Ethics Guidelines for Trustworthy AI ve Policy and Investment Recommendations for Trustworthy AI dokümanlarında kullanılmaktadır, https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/high-level-expert-group-artificial-intelligence.

7 Sorumlu yapay zeka kavramı daha çok özel sektör şirketleri tarafından hazırlanan yapay zeka strateji ve belgelerinde tercih edilen bir kavramdır. Bkz. Google: "Responsible AI Practices", https://ai.google/responsibilities/responsible-ai-practices/;

Haklarına Dayanan Yapay Zeka (Human Rights Based AI)[8] gibi farklı isimlerle anılsa da, tüm kurumsal politika belgeleri, ulusal strateji raporları ve mevzuat çalışmalarının ortak noktası yapay zeka çağında "insan haklarının korunması" ekseninde kesişiyor olmalarıdır. Bu çalışma; "insan haklarının korunması" eksenine, toplumun en çok korunmaya muhtaç öznesi "çocuğu" alarak, artık aralarındaki ayrım fiilen ortadan kalkmış olan çevrim içi/çevrim dışı çocuk haklarının[9] yapay zeka sistemleri karşısında gelişimini açıklamaktadır. Bu çalışma ayrıca Avrupa Birliği Generl Veri Koruma Tüzüğü'ndeki (GDPR) risk temelli yaklaşımın ve hakkaniyet ilkesinin çocuk haklarının korunmasındaki önemini vurgular ve etkin "çocuk hakları etki analizi" (ÇHEA) uygulamalrının GDPR'a uyum kapsamında oynayabileceği kritik role dikkat çeker.

Yapay zeka sistemleri çocuk verilerini doğrudan veya dolaylı olarak işleyen ve etkileyen sistemler olarak karşımıza çıkmaktadır. Oyun uygulamaları, akıllı oyuncaklar, sosyo-duygusal robotlar veya websiteleri gibi yapay zeka sistemleri destekli çalışan ürün, servis ve uygulamalar, çocuk verilerini doğrudan işlemekte ve çocukla doğrudan etkileşime geçmektedir. YouTube, Instagram, Whatsapp gibi aslında çocuklar için tasarlanmayan ve çocukların kullanımına ilişkin yaş sınırları öngören platformlarda, topluluk ve özellikle çocuklara yönelik geliştirmiş oldukları politika ve standartlara rağmen yaş sınırının altında kalan çocukların da bu platformları yoğun bir şekilde kullandığı görülmektedir. Hedef kitlesi çocuk olan veya olmayan bir çok kuruluşun doğrudan veya dolaylı olarak çocuk verilerini işlediği bilinmektedir.

Birleşik Krallık İletişim Kurumu'nun yapmış olduğu araştırmaya göre, asgari yaş sınırı 13 olmasına rağmen, Birleşik Krallık'taki 8 ila 12 yaş aralığındaki çocukların % 42'sinin TikTok kullandığı tespit edilmiştir.[10] Ayrıca, Amerika Birleşik Devletleri'ndeki Federal Ticaret

---

Microsoft: "Responsible AI", https://www.microsoft.com/en-us/ai/responsible-ai?activetab=pivot1%3aprimaryr6.

8 Feasibility study on a legal framework on AI design, development and application based on CoE standards, adopted by the CAHAI on 17 December 2020, https://rm.coe.int/cahai-2020-23-final-eng-feasibility-study-/1680a0c6da; TOWARDS REGULATION OF AI SYSTEMS Global perspectives on the development of a legal framework on Artificial Intelligence (AI) systems based on the Council of Europe's standards

on human rights, democracy and the rule of law, Compilation of contributions

DGI (2020)16, https://rm.coe.int/prems-107320-gbr-2018-compli-cahai-couv-texte-a4-bat-web/1680a0c17a.

9 CHILDREN'S RIGHTS IN IMPACT ASSESSMENTS,

https://www.unicef.ca/sites/default/files/2019-01/Childrens-Rights-in-Impact-Assessments.pdf.

10 Bknz. Birleşik Krallık İletişim Kurumu (2020) https://www.ofcom.org.uk/research-and-data/internet-and-on-demand-research/online-nation/narrative

Komisyonu'nun TikTok kararına benzer şekilde, Birleşik Krallık Veri Koruması Kurumu (ICO) yakın zamanda TikTok şirketinin çocukların verilerinin işlenme şeklinin veri koruması kurallarını ihlal ettiğini öne sürerek soruşturma başlatmıştır.[11]

Doğrudan veya dolaylı veri işleme, çocuğa ait kişisel verinin ve diğer verilerin işlenmesi senaryosunda da karşımıza çıkmaktadır. Ebeveyn veya çocuğun bakımını üstlenen kişi ve/veya kurumlar tarafından gereken gözetim görevi ihmal edildiğinde, çocukların kendi geleceklerini belirleme (self-determination) hakkı, kişisel verilerinin korunması ve mahremiyet hakkı, düşünce ve ifade özgürlüğü, ayrımcılığa tabi olmama, oyun oynama ve inanç özgürlüğü gibi birçok temel hak ve özgürlüğü yapay zeka sistemleri tarafından olumsuz yönde etkiye açık hale getirmektedir[12].

Bu etkileşimin çocuk hakları üzerinde yaratabileceği olumsuz etkilerin ve risklerin azaltılması veya giderilmesine ilişkin çalışmalar, günümüzde "çocuk hakları etki analizi" (ÇHEA)[13] başlığı altında toplanmaktadır. Yapay zeka sistemlerinin çocuk hakları üzerinde yaratabileceği risklerin, bu sistemlerin tasarımı, geliştirilmesi ve uygulanması gibi algoritmanın tüm yaşam döngüsü boyunca sürekli olarak değerlendirilmesi (ongoing child rights risk assessment), değerlendirme sonucu elde edilen bulgulara istinaden gerekli iyileştirmelerin yapıldığı, önlemlerin alındığı ve risklerin giderildiğinin yine sürekli olarak denetlenmesi (algorithmic auditing) de bir o kadar önem taşımaktadır. Yapay zeka sistemlerinin "rights and shared values

---

[11] Bknz. Alex Hern, the Guardian (2019) TikTok under investigation over child data use https://www.theguardian.com/technology/2019/jul/02/tiktok-under-investigation-over-child-data-use

[12] Özellikle büyük sosyal medya şirketlerine ait yapay zeka sistemleri ve çocuk arasındaki ilişkinin değerlendirildiği bir çalışma için bkz. Children 'left to tackle social media giants alone over dangerous algorithms',

https://www.telegraph.co.uk/news/2021/03/01/children-left-tackle-social-media-giants-alone-dangerous-algorithms/

[13] Children's Rights Impact Assessments, https://www.unicef.ca/sites/default/files/2019-01/Childrens-Rights-in-Impact-Assessments.pdf; European Network of Ombudspersons for Children Position Statement on "Child Rights Impact Assessment (CRIA), http://enoc.eu/wp-content/uploads/2020/11/ENOC-2020-Position-Statement-on-CRIA-FV-1.pdf ; Common Framework of Reference on Child Rights Impact Assessment, ENOC http://enoc.eu/wp-content/uploads/2020/12/ENOC-Common-Framework-of-Reference-FV.pdf Child Rights and Wellbeing Impact Assessment, The Jurisdiction and Judgments (Family, Civil Partnership and Marriage (Same Sex Couples)) (EU Exit) (Scotland) (Amendment etc.) Regulations 2019, https://www.legislation.gov.uk/ssi/2019/104/pdfs/ssifia_20190104_en.pdf ; CHILDREN'S RIGHTS IMPACT ASSESSMENT, https://gov.wales/sites/default/files/publications/2019-03/childrens-rights-impact-assessment-annex-a.pdf

by design" ve "by default"[14] ilkesi ile tasarımı, geliştirilmesi ve uygulanması ile denetimi süreçleri de dahil olmak üzere, algoritmanın tüm yaşam döngüsünü kontrol altında tutacak "insan gözetimi" veya "insanın devrede olması" ilkesinin uygulanmasına da ÇHEA özelinde yer verilmiştir.

Her ne kadar uluslararası ve ulusal birçok yasal düzenlemede kapsamlı olarak listelense de, yapay zeka sistemleri ve çocuk etkileşiminin yeni nesil çocuk hakları oluşturulması gerektirip gerektirmediği, mevcut çocuk haklarının yapay zeka sistemlerinden nasıl etkilendiği ile karar alıcılar, yapay zeka sistemi tasarlayan/geliştiren ve kullanıma sunan kurum ve kuruluşlar ile bu sistemleri geliştiren veya kullanan tarafların dikkat etmesi gereken hususlar çalışmamızda açıklanmaya çalışılmıştır.

Terminoloji

Bu çalışmada yapay zeka konusunda çalışan birçok kurum ve kuruluş tarafından henüz üzerinde uzlaşmaya varılamayan herhangi bir "*yapay zeka*" tanımı kullanılmamıştır[15]. Bunun yerine Avrupa Konseyi Yapay Zeka Ad-Hoc Komitesi (CAHAI) tarafından hazırlanan Uygulanabilirlik Raporunda (Feasibility Report) da vurgu yapılan ileride benimsenecek yapay zeka tanımının nasıl olması gerektiğine ilişkin açıklamalar ve diğer uluslararası kuruluşların tanım yapma

---

[14] "Privacy by design and by default" ilkesi için bkz. https://ico.org.uk/for-organisations/guide-to-data-protection/guide-to-the-general-data-protection-regulation-gdpr/accountability-and-governance/data-protection-by-design-and-default/; https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/reform/rules-business-and-organisations/obligations/what-does-data-protection-design-and-default-mean_en

[15] Avrupa Komisyonu tarafından yetkilendirilen AI konusunda bağımsız Üst Düzey Uzman Grubu (High Level Expert Group- HLEG) yayınladığı kapsamlı bir dokümanda yapay zekanın tanımına ilişkin tartışmalarda baz alınacak önemli bir tanım önerisi yapmıştır (A definition of Artificial Intelligence: main capabilities and scientific disciplines, https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/definition-artificial-intelligence-main-capabilities-and-scientific-disciplines). Avrupa Komisyonunu AI Watch Observatory, aynı zamanda operasyonel bir tanım ve taksonomi üzerine çok kapsamlı bir çalışma yürütmüştür (Defining artificial intelligence : towards an operational definition and taxonomy of artificial intelligence,https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/6cc0f1b6-59dd-11ea-8b81-01aa75ed71a1/language-en). Yapay Zeka ile ilgili OECD Konsey Tavsiye Kararı yapay zeka sistemlerini, yapay zekanın yaşam döngüsünü, yapay zeka aktörleri e paydaşlarını tanımlayan bir önsöz içerir (Recommendation of the Council on Artificial Intelligence, https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0449). UNESCO, "Yapay Zeka tabanlı makineler" ve "bilişsel hesaplama" ile ilgili bir ön çalışma yapmış ve hazırladığı Yapay Zeka Etiği Hakkında Taslak bir Öneri ile de AI sistemlerine alternatif bir tanım önerisi getirmiştir (Preliminary study on the technical and legal aspects relating to the desirability of a standard-setting instrument on the ethics of artificial intelligence, https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000367422).

çalışmalarında da esas alındığı gözlemlenen *"yapay zeka sistemleri (AI systems)"* kavramı kullanılmıştır[16].

Çevrim İçi ve Çevrim Dışı Çocuk Hakları

Uluslararası sözleşmelerle belirlenen ve daha çok çevrim dışı çocuk hakları olarak ifade edebileceğimiz çocuk haklarının, çevrim içi ortamda da aynı şekilde geçerli olduğu 4 Şubat 2021 tarihinde Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Komitesi tarafından yayınlanan Genel Yorum No. 25 ile açıkça vurgulanmıştır[17]. Bu sayede çocukların çevrim içi ortamda da etkin bir şekilde korunması sağlandığı gibi, dünyada üç çocuktan birinin internet kullandığını düşündüğümüzde, çocuk hakları da güçlendirilmiş olmaktadır[18]. Bu olumlu gelişme üzerine sorulması gereken bir diğer soru ise; mevcut haklar listesine özellikle yapay zeka sistemleri ve çocuk ilişkisi dikkate alındığında, çocuğu koruyacak yeni nesil haklar ilave edilmesi gerekip gerekmediğidir. Ayrıca, yapay zeka sistemleri ve çocuk hakları ilişkisi dikkate alındığında, ÇHEA açısından üzerinde durulması gereken çocuk hakları neler olabilir sorusu ile ÇHEA'nın veri koruma hukukundaki rolü de mutlaka değerlendirlmesi gerekilen iki husustur.

Yapay Zeka Sistemleri ve Yeni Nesil Çocuk Hakları

İnsan hakları, ulusal ve uluslararası düzenlemeler ışığında ele alındığında, *numerus clausus* nitelikte olmayıp, değişen toplumsal ihtiyaçlar ve özellikle teknoloji ile birlikte sürekli devinim halindedir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) gibi uluslararası sözleşmeler ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) gibi uluslararası mahkemeler aracılığı ile oluşturulan insan hakları ve temel özgürlükler listesinin kapsamı, 2018 tarihinde yürürlüğe giren Avrupa Birliği Genel Veri Koruması Tüzüğü (GDPR) ve bu doğrultuda revize edilen Avrupa Konseyi Modernize edilmiş 108 Sayılı Sözleşme (108+) ile genişlemeye başlamıştır. GDPR ile yaratılan yeni nesil "veri sahibi/ilgili kişi" (data

---

16 Ad Hoc Committee on Artificial Intelligence (CAHAI), Feasibility Study ("Feasibility Study"), 17 December, 2020; https://rm.coe.int/cahai-2020-23-final-eng-feasibility-study-/1680a0c6da.

17 https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?TreatyID=5&DocTypeID=11; Children's rights apply in the digital world!, https://blogs.lse.ac.uk/medialse/2021/02/04/childrens-rights-apply-in-the-digital-world/#:~:text=The%20UN%20Committee%20on%20the%20Rights%20of%20the%20Child%20adopted,relation%20to%20the%20digital%20environment.&text=It%20clarifies%20what%20the%20digital,%2C%20education%2C%20play%20and%20more.

18 One in Three: Internet Governance and Children's Rights, https://blogs.lse.ac.uk/medialse/2015/11/02/one-in-three-internet-governance-and-childrens-rights/.

subject) hakları arasında: unutulma hakkı[19], veri mobilitesi[20], veri işlemeyi kısıtlama[21], erişim hakkı[22] dışında, özellikle yapay zeka sistemlerine ilişkin olarak GDPR Madde 22 ile münhasıran otomatik sistemler aracılığıyla alınan kararlara "itiraz etme hakkı" (right to object or contest)[23], "makul çıkarım hakkı" (right to reasonable inference)[24], algoritmik açıklama talep etme hakkı (right to algorithmic explainability)[25] yer almaktadır. Bunun yanı sıra, Dünya Ticaret Örgütü (DTÖ) e-Ticaret Anlaşması kapsamında "Kaynak Kodu Disiplini"[26] adıyla tartışılan ve New Jersey Yüksek Mahkemesi tarafından da verdiği bir

---

[19] Werro, Franz (Ed.), A Comparative Study of the Emergent Right's Evolution and Application in Europe, the Americas, and Asia, 2020; Sözüer Eren, Unutulma Hakkı, İnsan Hakları Hukuku Perspektifinden Bir İnceleme, 2017.

[20] Elfering Stephanie, Unlocking the Right to Data Portability: An Analysis of the Interface with the Sui Generis Database Right (Munich Intellectual Property Law Center), 2019; Drechsler Laura, Practical Challenges to the Right to Data Portability in the Collaborative Economy, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3296222.

[21] Christopher Kuner (Editor), Lee A. Bygrave (Editor), Christopher Docksey (Editor), Laura Drechsler (Editor), The EU General Data Protection Regulation (GDPR): A Commentary, 2020.

[22] Mazur Joanna, Right to Access Information As a Collective-Based Approach to the GDPR's Right to Explanation in European Law, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3356770; Tsesis Alexander, Data Subjects' Privacy Rights: Regulation of Personal Data Retention and Erasure, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3325973; Ke Tony T. And Sudhir K., Privacy Rights and Data Security: GDPR and Personal Data Driven Markets, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3643979.

[23] Bayamlıoğlu Emre, Transparency of Automated Decisions in the GDPR: An Attempt for systemisation, https://www.researchgate.net/publication/322382673_Transparency_of_Automated_Decisions_in_the_GDPR_An_Attempt_for_systemisation; Fischer Celin, The legal protection against inferences drawn by AI under the GDPR, http://arno.uvt.nl/show.cgi?fid=151926.

[24] Wachter Sandra, Brent Mittelstadt; A Right to Reasonable Inferences: Re-Thinking Data Protection Law in the Age of Big Data and AI, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3248829; Philipp Hacker, Ralf Krestel, Stefan Grundmann & Felix Naumann, Explainable AI under contract and tort law: Legal incentives and technical challenges, Artificial Intelligence and Law 28, pages 415–439(2020).

[25] Kaminski Margot E., Malgieri Gianclaudio; Algorithmic Impact Assessments under the GDPR: Producing Multi-layered Explanations, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3456224.

[26] JOINT STATEMENT ON ELECTRONIC COMMERCE EU PROPOSAL FOR WTO DISCIPLINES AND COMMITMENTS RELATING TO ELECTRONIC COMMERCE, https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=253794,253801,253802,253751,253696,253697,253698,253699,253560,252791&CurrentCatalogueIdIndex=6&FullTextHash=&HasEnglishRecord=True&HasFrenchRecord=True&HasSpanishRecord=True. Son erişim tarihi: 9.2.2021.

kararında değinilen "kaynak koduna erişim hakkı"[27] da yapay zeka sistemlerine ilişkin yeni nesil insan hakları arasında yerini almaktadır.

Yeni nesil insan hakları bağlamında konu yukarıda belirttiğimiz şekilde gelişirken, yapay zeka sistemleri karşısında çocuk haklarının da bu şekilde bir devinim içinde olup olmadığını irdelemek gerekir. Özellikle bu sistemlerin tasarım, geliştirme ve kullanımını kapsayan tüm yaşam döngüsü dikkate alındığında, aşağıdaki çocuk haklarının bu sistemlerden etkilenebileceği ve bu açıdan çocuk haklarını daha etkin kılabilmek için yine aşağıdaki yeni nesil hakların çocuk haklarını düzenleyen ulusal ve uluslararası yasal çerçevelere ve politikalara dahil edilmesinin faydalı olacağına inanıyoruz:

Yapay zeka sistemlerinin yaşam döngüsünün etkileyebileceği çocuk hakları[28]:

- kendi geleceğini belirleme hakkı (self determination)[29]
- verilerinin korunması ve mahremiyet hakkı
- kişisel bütünlük hakkı (maddi-manevi bütünlük hakkı)
- oyun oynama hakkı
- ayrımcılığa, dışlanmaya ve kötü muameleye tabi olmama hakkı
- kendini ifade etme, kimlik ve kültür geliştirme hakkı
- sağlığını koruyabilme hakkı
- (elektronik ortamı) güvenli kullanabilme hakkı
- Kendi iradesiyle, kendi kararlarını alma hakkı (child agency)

---

27 https://www.eff.org/files/2021/02/03/decision_appdiv_232021.pdf.

28 Our Rights in a Digital World, https://5rightsfoundation.com/uploads/Our%20Rights%20in%20a%20Digital%20World.pdf.

29 Buitelaar, J.C, Child's best interest and informational self-determination: what the GDPR can learn from children's rights, https://academic.oup.com/idpl/article-abstract/8/4/293/5037241?redirectedFrom=fulltext; The Issue of the Childs Right to Self-Determination https://canadiancrc.com/Newspaper_Articles/Childs_right_self-determination_CBU_J_McNeil_25NOV05.aspx; Child's best interest and informational self-determination: what the GDPR can learn from children's rights https://academic.oup.com/idpl/article-abstract/8/4/293/5037241?redirectedFrom=fulltext; Raising the Self-Determined Child, www.ric.edu/sherlockcenter/publications/rsdcsinglepage.pdf; The Motivational Pull of Video Games: A Self-Determination Theory Approach, https://selfdeterminationtheory.org/SDT/documents/2006_RyanRigbyPrzybylski_MandE.pdf.

Yapay zeka sistemleri karşısında, çocuk hak ve özgürlüklerini daha etkin kılabilmayı sağlayacak yeni nesil çocuk hakları:

- çocuğun yapay zeka sistemlerinin yaşam döngüsüne katılım hakkı (child inclusion)[30] [31]
- çocuğun yapay zeka sistemlerinin yaşam döngüsünü gözetim hakkı (child oversight)
- çocuğun kendi iradesiyle, kendi kararlarını alma hakkı (child agency)
- yapay zeka sistemlerine ilişkin "açıklanabilirlik (explainability)" ilkesi uyarınca, basit, açık, yalın bir dille bilgi edinme hakkı
- çocuk merkezli yapay zeka sistemleri geliştirilmesini talep etme hakkı

Çocuk Verilerinin Özel Nitelikli Kişisel Veri Olarak Kabul Edilmesi

Çalışmanın Giriş kısmında belirtildiği üzere, yapay zeka sistemleri doğrudan veya dolaylı olarak çocuk verilerini işleyen ve dolayısıyla çocuk haklarını doğrudan etkileyen sistemlerdir. Bu doğrudan veya dolaylı veri işleme, çocuğa ait "kişisel verinin" ve "diğer verilerin" işlenmesi senaryosunda da karşımıza çıkmaktadır. Yeni nesil çocuk hakları bağlamında bu çalışmada;

- kişisel veri niteliğinde olsun olmasın çocuğa ait her türlü verinin "çocuk verisi" tanımı kapsamına alınması, ve
- çocuk verisinin "özel nitelikli kişisel veri" olarak kabul edilmesi gerektiğini öneriyoruz.

Belirli türdeki hassas verileri özel koruma gerektirecek şekilde ele almaya yönelik Avrupa yaklaşımı, 1981'de imzalanan Avrupa Konseyi'nin 108 Sayılı Sözleşmesinde ('CoE 108')[32] halihazırda açıkça görülmektedir. Madde 6, kişisel verilerin belirli 'özel nitelikli kategorilerinin' ek koruma gerektirdiğini vurgulamaktadır. Bu husus söz konusu verilerin yalnızca belirli koruma önlemlerine uyulduğunda işlenebileceği anlamına gelmektedir. Bu kategoriler, *"ırksal köken, siyasi görüşler veya dini veya diğer inançları ortaya çıkaran kişisel veriler ile sağlık veya cinsel yaşamla ilgili kişisel veriler"* ve ayrıca *"ceza mahkumiyeti"* ile ilgili kişisel verileri içermektedir.

---

[30] https://www.bmc.com/blogs/sdlc-software-development-lifecycle/

[31] https://producttribe.com/project-management/sdlc-guide

[32] https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/108.

Bu tür verilerin işlenmesine genellikle yalnızca özel koşullar altında, belirli amaçlar için izin verilmiştir. Avrupa Konseyi Açıklayıcı Raporu'nda (Açıklayıcı Rapor)[33] da listelenen veri kategorilerinin *"tüm üye Devletlerde ... özellikle hassas veri"* kabul edildiğini belirtmektedir. Ancak, Açıklayıcı Rapor, bu listenin *"sınırlı sayım"* niteliğinde olmadığını ve Üye Devletlerin belirli koşullara veya sınırlamalara tabi olması gereken diğer kategorileri belirleyebileceklerini kabul etmektedir. Açıklayıcı Rapor şu şekilde devam etmektedir: Veri kategorilerinin hassaslık derecesi ilgili ülkenin *"yasal ve sosyolojik bağlamına"* bağlıdır. Örneğin; sendika üyeliğine ilişkin bilgilerin bir ülkede bir tür gizlilik riski taşıdığı düşünülebilirken, diğer ülkelerde bu veri, yalnızca siyasi konularla yakından bağlantılı olduğu sürece hassas kabul edilebilir. Açıklayıcı raporda üye devletlere tanınan bu yetkiye istinaden; ilgili ülkenin "*yasal ve sosyolojik*" ve hatta "*kültürel*" değerlendirmeleri bağlamında, yapay zeka sistemlerinin çocuk hakları üzerinde yaratabileceği veri koruması&mahremiyet riski, ayrımcılık, psikolojik, maddi ve manevi diğer zararlar dikkate alındığında "çocuk verisinin özel nitelikli kişisel veri" olarak kabul edilmesi ve bu sayede çocuklara çevrim içi ortamda yapay zeka sistemleri karşısında daha etkin bir hukuki koruma sağlanmasında Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi Madde 3'e uygun olarak öncelik yapılması gerekilen "çocuğun yüksek yararı"[34] mevcuttur.

Yapay Zeka Sistemlerinin Etkin Korunmasını Sağlayacak Önlemlerden ÇHEA

Yapay zeka sistemlerinin şüphesiz birçok açıdan çocukların hayatında olumlu etkisi vardır. Örneğin; çocukların eğitimine ve gelişimine yönelik olarak yapay zeka sistemleri eğitimin kalitesini iyileştirmek, okul yönetimine sanal mentorluk yapmak, çocukların nasıl birlikte çalışacaklarını ve iş birliği yapacaklarını öğrenmelerine destek olmak, eleştirel düşünmek ve problem çözme yeteneklerinin geliştirilmesi gibi faydalar sağlamaktadır[35]. Yine yapay zeka sistemleri destekli sağlık uygulamaları, çocukların daha sağlıklı yaşamalarına yardımcı olmaktadır. Bu faydaların yanı sıra yapay zeka sistemleri (örneğin; yapay zeka özellikli oyuncaklar, yapay zeka destekli sesli asistanlar, duygusal robotlar ve sohbet robotları, biyometrik kimlik tespiti için yüz tanıma sistemleri) çocuklara ilişkin olarak; ön yargı yoluyla sistematik ve otomatik ayrımcılık ve dışlama, yapay zeka tabanlı

---

[33] https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016800ca434.

[34] UN Convention of the Rights of the Children, Article 3; https://www2.ohchr.org/English/bodies/crc/docs/GC/CRC_C_GC_14_ENG.pdf.

[35] UNICEF Global Insight Policy Guidance on AI Children, s. 18, https://drive.google.com/file/d/1kRSa9fJcJIChJ26rnjPqLre60fLlIjmh/view.

tahminleme analizleri ve profilleme ile çocukların fırsat ve gelişimlerinin kısıtlanması, veri koruması ve mahremiyet hakkı ihlalleri, dijital bölünmüşlüğün artırılması gibi riskler ortaya çıkarabilmektedir[36].

Çocuklar ve gençler giderek dijital ortamları daha çok kendilerine aitmiş gibi benimseyip kullansalar da, bu ortamlar ne yazık ki çocuk ve gençlerin hassasiyet katmanları (vulnerability layers)[37] (örneğin, öğrenme bozuklukları), gelişen kapasiteleri, hakları ve gereksinimlerini nadiren göz önünde bulundurularak tasarlanmaktadır[38]. Çocuklar üzerinde oluşabilecek olumsuz etkileri, riskleri bertaraf etmek, mevzuat gereklilikleri ile uygulama arasında oluşan boşluğu doldurmak ve *"çocuk merkezli yapay zeka sistemleri"*[39] oluşturmak için bir dizi önlem mevcuttur. Bu önlemlerden en önemlisi ÇHEA'dir. Çalışmamızın bu bölümünde ÇHEA'ne değinildikten sonra, yapay zeka sistemlerinin tasarımı, geliştirilmesi ve uygulanması/kullanımı süreçlerinin çocuk haklarına saygılı olabilmesi için gerekli olan diğer önlemler ve kurum ve kuruluşların GDPR uyumluluğunu da destekleyecek yöntemlere de yer verilecektir.

ÇHEA'ne İlişkin Temel Çerçeve Kaynakları

Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Komitesi 4 Şubat 2021 tarihinde kabul ettiği Genel Yorum No. 25'te Sözleşme'ye taraf devletleri, dijital ortamın çocuk haklarıyla uyumlu olmasını ve teknolojik gelişmeler ve ortaya çıkan yeni uygulamalar bağlamında bu uyumun geçerli kalmasını sağlamak için, ulusal mevzuatı gözden geçirmeye ve güncellemeye çağırmaktadır. Komite özellikle Devletlerin, mevzuatın güncelliğini de

---

36 Today's young people must be the most analysed, tracked and monitored of any generation, ever, https://www.global-edtech.com/data-privacy-and-children/; Under Guise of 'Helping' Schools, Big Tech Collects — and Profits From — Kids' Data, https://childrenshealthdefense.org/defender/big-tech-collects-profits-kids-data; Advocates Worldwide Call to Protect Children from Edtech Exploitation, https://www.commondreams.org/newswire/2020/04/16/advocates-worldwide-call-protect-children-edtech-exploitation; Amidst COVID-19, Who is Watching Over Children's Data on Ed-Tech Platforms? https://thebastion.co.in/debate/amidst-covid-19-who-is-watching-over-childrens-data-on-ed-tech-platforms/; Children 'left to tackle social media giants alone over dangerous algorithms' https://www.telegraph.co.uk/news/2021/03/01/children-left-tackle-social-media-giants-alone-dangerous-algorithms/; Getting the future right – Artificial intelligence and fundamental rights, https://fra.europa.eu/en/publication/2020/artificial-intelligence-and-fundamental-rights.

37 Bknz. Malgieri, G., & Niklas, J. (2020). Vulnerable data subjects. Computer Law and Security Review, 37, 105415. https://doi.org/10.1016/j.clsr.2020.105415.

38 Livingstone Sonia, Pothong Kruakae; What if… children's rights were anticipated at the very start of digital innovation? https://digitalfuturescommission.org.uk/blog/what-if-childrens-rights-were-anticipated-at-the-very-start-of-digital-innovation/.

39 UNICEF Global Insight Policy Guidance AI Children, https://drive.google.com/file/d/1kRSa9fJcJIChJ26rnjPqLre60fLlIjmh/view.

sağlayabilmek amacıyla, ÇHEA kullanılmasını zorunlu kılmasını tavsiye etmektedir. Bunun ötesinde Genel Yorum No. 25, devletlerin, dijital ortamın çocuklar üzerindeki etkisine özel dikkat çekerek şirketlerin/kuruluşların kamuya açık çocuk hakları etki değerlendirmeleri yapmasını ve bu etki analizini "ifşa etmelerini" talep etmeleri gerektiğini vurgulamaktadır.

Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi Genel Uygulama Önlemlerine ilişkin 5 No.lu Genel Yorum'da (paragraf 45) açıklandığı gibi, ÇHEA, birçok kamu kurumu ve özel sektör kuruluşunun halihazırda aşina olduğu yerleşik etki değerlendirme yöntemi üzerine kurgulanmaktadır[40]. Bu doğrultuda ÇHEA, Avrupa Konseyi CAHAI gibi uluslararası birçok kurum ve kuruluş tarafından çerçevesi çizilmeye çalışılan İnsan Hakları Etki Analizi'nin[41], çocuk hakları odaklı olarak gerçekleştirilen versiyonu olarak adlandırılabilir.

Yapay zeka sistemleri ve çocuk etkileşimi kapsamında ÇHEA'ne ilişkin olarak yayımlanmış en detaylı çerçeve dokümanlardan biri UNICEF'in Çocuklar İçin Yapay Zeka Hakkında Politika Rehberi'dir[42]. Bu Rehberde Yapay Zeka sistemlerinin çocuklar üzerindeki etkisini değerlendirmek ve sürekli olarak gözetlemek için UNICEF, Yapay Zeka politikalarının ve stratejilerinin ÇHEA ve risk temelli tasarımdan itibaren güvenlik (safety-by-design) yaklaşımını takiben riski azaltma stratejileri geliştirilmesini tavsiye etmektedir. UNICEF, etki değerlendirmelerine yönelik risk temelli bir yaklaşım benimsenmesinin, orantılı düzenleyici müdahalelerin sağlanmasına yardımcı olduğuna dikkat çekmektedir.

---

40 https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?TreatyID=5&DocTypeID=11.

41 The Danish Institute for Human Rights, Guidance On Human Rights Impact Assessment Of Digital Activities, https://www.humanrights.dk/sites/humanrights.dk/files/media/document/A%20HRIA%20of%20Digital%20Activities%20-%20Introduction_n.pdf; Unboxing Artificial Intelligence: 10 steps to protect Human Rights - for Human Rights Impact Asssessment Checklist and definitions, https://rm.coe.int/unboxing-artificial-intelligence-10-steps-to-protect-human-rights-reco/1680946e64; Recommendation CM/Rec(2020)1 of the Committee of Ministers to member States on the human rights impacts of algorithmic systems, https://rm.coe.int/09000016809e1154; Mantelero Alessandro, AI and Big Data: A blueprint for a human rights, social and ethical impact assessment, 34 COMPUT. LAW SECUR. REV. pp. 754–772 (2018); Mcgregor Lorna, Murray Daragh, Ng Vivian, International Human Rights Law as a Framework for Algorithmic Accountability, International and Comparative Law Quarterly, April 2019, pp. 309–343; Janssen Heleen, An Approach for a Fundamental Rights Impact Assessment to Automated Decision-Making, https://www.researchgate.net/publication/329759855_An_Approach_for_a_Fundamental_Rights_Impact_Assessment_to_Automated_Decision-Making.

42 UNICEF Global Insight Policy Guidance AI Children, https://drive.google.com/file/d/1kRSa9fJcJIChJ26rnjPqLre60fLlIjmh/view.

Avrupa Komisyonu'nun Bağımsız Üst Düzey Uzman Grubu "Trustworthy AI" Raporunda diğerlerinin yanı sıra çocukların haklarını da kapsayan temel bir haklar etki değerlemesi de dahil olmak üzere "güvenilir yapay zeka değerlemesinin", temel hakları etkileyen özel sektör tarafından geliştirilen/kullanılan yapay zeka sistemleri için zorunlu olması gerektiğini önermektedir[43]. Çocuk hakları etki değerlendirmeleriyle ilgili bir sorun da, çocukların kendileri için tasarlanmamış yapay zeka araçlarına tabi olabilmeleridir. Buna göre, herhangi bir etki değerlendirmesi, tüm olası son kullanıcı gruplarını (zihinsel engel, öğrenme bozukluğu, davranış bozukluğu gibi ek hassasiyet katmanları (additional vulnerability layers) olan çocuk grupları dahil olmak üzere tüm çocuklar) ve bu gruplar üzerinde oluşabilecek etkiyi kapsamlı bir şekilde ve eşitlikçi bir bakış açısı ile dikkate almalıdır.

Bu önerdiğimiz yaklaşım, son dönemde sadece Birleşik Krallık'ta değil, tüm dünyada ses getiren ve bugüne kadar Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi kapsamındaki çocuk hak ve özgürlüklerini çevrim içi hizmetlerin tasarımına derç etme gerekliğiğini veri koruması ve mahremiyet mevzuatı uygulamasına bir uyum koşulu olarak kabul eden dünyadaki ilk düzenleme olan Birleşik Krallık Veri Koruması Kurumu'nun Yaşa Uygun Tasarım Yönetmeliği'nde (Age Appropriate Design Code) benimsemiş olduğu hakkaniyet kurallarına uygun olarak çocuğun yüksek yararının öncelik yapıldığı yaklaşım ile paraleldir.

Yaşa Uygun Tasarım Yönetmeliği sadece çocuklar için tasarlanan ürün ve hizmetler için değil, çocuklar tarafından erişilmesi muhtemel olan her çevrim içi hizmet sağlayıcıyı bağlamaktadır. Ancak, Birleşik Krallık Veri Koruması Kurumu bazı online hizmet sağlayıcılarını Yaşa Uygun Tasarım Yönetmeliği kapsamının dışında bırakmıştır.[44] ÇHEA kapsamında, biz bu yaklaşımı bir adım öteye götürüp, ÇHEA'nın her kurum ve kuruluş tarafından yapılmasını öneriyoruz. Benzer bir yaklaşımı GDPR Madde 8'in yorumlanmasında görmekteyiz. GDPR Madde 8 – Çocuğun bilgi toplumu hizmetlerine ilişkin rızası açısından geçerli koşulların yalnızca bu hizmetlerin "doğrudan" bir çocuğa sağlanması durumunda geçerli olduğunu belirtmektedir. Her ne kadar Madde 8 açıkça hizmetlerin "doğrudan" çocuğa sağlanmasını Madde 8 kapsamının bir koşulu olarak saymış olsa da, buradaki "doğrudan" kelimesi Madde 8'in kapsamının yalnızca çocukları hedefleyen hizmetlerle kısıtlı olmadığı yönünde yorumlanmalıdır. "Doğrudan çocuğa sağlanan" hizmetleri eğer YouTube-Kids/Facebook'un Messenger-Kids'i gibi çocuklara sunulan hizmetlerle sınırlar isek,

---

43 https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/ethics-guidelines-trustworthy-ai.

44 Bknz. Age Appropriate Design: A Code of Practice for Online Services. Information Commissioner's Office (ICO). https://ico.org.uk/media/for-organisations/guide-to-data-protection/key-data-protection-themes/age-appropriate-design-a-code-of-practice-for-online-services-2-1.pdf.

Lievens ve Verdoodt'un savunduğu gibi yeterince koruma sağlayamamış ve Madde 8'in kapsamını ölçülülük ilkesine ters bir şekilde sınırlamış oluruz.[45]

Aynı yaklaşım yapay zeka uygulamaları için de geçerli olmalıdır, aksi takdirde, eğer ÇHEA'yı yalnızca çocuklar için tasarlanan yapay zeka sistemlerine kısıtlarsak, hakkaniyet ilkesi gibi çocukların temel hak ve özgürlüklerinin veri işlemede dikkate alınmasını gerektiren GDPR kurallarının kapsamının da kısıtlanacağı ve de çocukların, GDPR ve Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin amacına ters bir şekilde etkin bir biçimde korunmasına engel teşkil edecektir. Bu sebeple, yapay zeka sistemlerinin kapsamının yalnızca çocukları hedefleyen sistemler için geçerli olmaması gerektiği sonucuna varmaktayız.

Bu yorumlama ve yaklaşımlar, veri koruması hukunun merkezinde[46] olan hakkaniyet ilkesi ile paralel niteliktedir. Malgieri ve Niklas temel veri koruma ilkelerinden biri olan hakkaniyet ilkesinin çocuklar başta olmak üzere tüm hassas bireyler (vulnerable individuals) için öneminin altını çizmiştir.[47] EDPB'nin GDPR Madde 25 - Özel ve Olağan Veri Koruması[48] (Article 25 - Data protection by design and by default) Rehberine göre hakkaniyet ilkesini uygulamak için alınan tedbir ve önlemler, bireylerin hak ve özgürlüklerini de destekleyici nitelikte olmalıdır.[49] Bu sebeple, etkin ÇHEA uygulamaları sadece çocuk haklarının pratikte gelişmesini sağlamakla kalmaz ve veri koruması hukuku kapsamında hakkaniyet ilkesinin pratikte uygulanması ve hesap verilebilirlik (GDPR Madde 5(2)) kapsamında uyumun gösterilebilmesine de destek olur.

GDPR Madde 25 kapsamında, veri sorumlusunun, son teknoloji, uygulama maliyeti ve işleme faaliyetinin mahiyeti, kapsamı, bağlamı ve amaçlarının yanı sıra işleme faaliyetinin bireylerin hak ve özgürlükleri açısından teşkil ettiği çeşitli olasılıklar ve ciddiyetlere sahip riskleri dikkate alarak, hem işleme yönteminin belirlenmesi esnasında hem de

---

45 Bknz. Lievens E and Verdoodt V, 'Looking for Needles in a Haystack: Key Issues Affecting Children's Rights in the General Data Protection Regulation' (2018) 34 Computer Law and Security Review 269 (p.272).

46 Bknz. Damian Clifford and Jef Ausloos, 'Data Protection and the Role of Fairness' (2018) 37 Yearbook of European Law 130, 186 https://doi.org/10.1093/yel/yey004.

47 Bknz. Malgieri, G., & Niklas, J. (2020). Vulnerable data subjects. Computer Law and Security Review, 37, 105415. https://doi.org/10.1016/j.clsr.2020.105415.

48 GDPR Türkçe Çevirisi: KVKK (2018) https://www.kisiselverilerinkorunmasi.org/wp-content/uploads/2017/09/GDPR-T%C3%BCrk%C3%A7e-%C3%87eviri-AB-Bakanl%C4%B1%C4%9F%C4%B1.pdf

49 Hielke Hijmans and Charles Raab, 'Ethical Dimensions of the GDPR Commentary on the General Data Protection Regulation' in Mark Cole and Franziska Boehm (eds) (Edward Elgar 2018) 2 https://ssrn.com/abstract=3222677. Damian Clifford and Jef Ausloos, 'Data Protection and the Role of Fairness' (2018) 37 Yearbook of European Law 130, 186 https://doi.org/10.1093/yel/yey004.

işleme faaliyeti esnasında, Madde 5 kapsamındaki veri koruma ilkelerinin etkili bir şekilde uygulanması ve GDPR'ın gerekliliklerinin yerine getirilmesine yönelik olarak gerekli güvencelerin entegre edilmesi amacı ile tasarlanan takma ad kullanımı gibi uygun teknik ve düzenlemeye ilişkin tedbirleri uygulaması ve bireylerin haklarını koruması gerekmektedir. Bu kapsamda, ÇHEA uygulamaları Madde 5(1)(a) ilkelerinden biri olan hakkaniyet ilkesinin tasarım aşamasından itibaren yapay zeka sistemlerine entegre edilmesi noktasında önem taşımaktadır.

Ayrıca, ÇHEA uygulamaları GDPR'daki risk temelli yaklaşım ile uyumludur. Örneğin, GDPR kuralları gereğince, bir çocuğa çevrim içi bir hizmet sunmak için çocukların kişisel verilerini işlemeyi düşünüyorsanız, bu veri işlemenin çocukların hak ve özgürlükleri için yüksek bir risk oluşturup oluşturmayacağını belirlemek üzere GDPR Madde 35 kapsamında bir Veri Koruma Etki Değerlendirmesi yapmanız gerekmektedir.

GDPR'daki risk temelli yaklaşım bireylerin hassasiyet katmanlarının (vulnerability layers) dikkate alınmasını gerektirir. Bu da ÇHEA ile paraleldir. ÇHEA, hassasiyet veya dezavantajlı durumlar da dahil olmak üzere farklı hassasiyet katmanları olan çocuklar için değişken, ihtiyaç ve risk bazlı değerlendirmeye göre belirlenecek veri işlemesinin olası olumsuz etkilerini saptar ve ayrımcılığa maruz kalma riskini en aza indirir.[50]

Yapay zeka ve çocuk haklarına ilişkin olarak Avrupa Konseyi tarafından önemli çalışmalar yürütülmektedir. Özellikle CAHAI tarafından ÇHEA çerçevesi ile bağlayıcı yasal düzenleme kapsamında yer verilecek çocuk ve yapay zeka sistemleri özelindeki gelişmeler dışında, Avrupa Konseyi Çocuk Hakları Yönlendirme Komitesi (CDENF) tarafından da dijital ortamda çocuk haklarının korunması ve çocuk mahremiyeti odaklı çalışmalar yürütülmektedir. Bakanlar Komitesinin Dijital Ortamda Çocukların Mahremiyetine Saygı Duyma ve Onları Korumayı Yoğunlaştırma İhtiyacına İlişkin Deklarasyon Taslağı[51] bu konuda önemli bir gelişmedir.

---

50 Sonia Livingstone, Kruakae Pothong (2021) What if… children's rights were anticipated at the very start of digital innovation? https://digitalfuturescommission.org.uk/blog/what-if-childrens-rights-were-anticipated-at-the-very-start-of-digital-innovation/.

51 Steering Committee for the Rights of the Child (CDENF) Draft Declaration by the Committee of Ministers on the need to intensify efforts to respect and protect children's privacy in the digital environment, https://rm.coe.int/0900001680a00bd5. Burada dijital ortamda 'child participation' hakkının da üzerinde durulmuştur. Çocuklar Hakları Sözleşmesi Madde 12 kapsamında korunan çocukların katılım hakkı, çocukların kendini ilgilendiren her konuda görüşlerini serbestçe ifade etme hakkını bu görüşlere çocuğun yaşı ve olgunluk derecesine uygun olarak, gereken özen gösterilmesi konusunda detaylı bilgi için bknz. Katılım hakkı için detaylı bir rapor için

Çocuk Merkezli Yapay Zeka Sistemleri Etki Analizi Kriterleri

Yapay zeka sistemleri ve çocuk ilişkisi özelinde hazırladığı politika rehberinde UNICEF, devletlerin, politika yapıcıların ve yapay zeka sistemlerini tasarlayan, geliştiren ve kullanan özel sektör şirketlerinin "çocuk merkezli yapay zeka sistemleri" oluşturabilmek için aşağıdaki 9 kritere uymalarını salık vermektedir:

- Çocukların gelişimini ve esenliklerini desteklemek:
    - Yapay zeka sistemlerinin çocuklara, özellikle de yapay zeka politikaları ve stratejileri konusunda nasıl fayda sağlayabileceğine öncelik vermek,
    - Çocuk hakları yaklaşımı özelinde bir tasarım geliştirmek ve uygulamak,
    - Çocukların refahını ve çevresel sürdürülebilirliği desteklemek ve artırmak için yapay zeka sistemlerinden yararlanmak.

- Çocuklar için kapsayıcılık ve çocukların yapay zeka sistemlerinin tasarımı, geliştirilmesi ve uygulanması süreçlerine dahil edilmesini sağlamak:
    - Yapay zeka sistemlerini tasarlayan, geliştiren, toplayan ve işleyen, uygulayan, araştıran, düzenleyen ve denetleyenler arasında çeşitlilik yaratmak,
    - Çocuklar tarafından kullanılacak veya çocukları etkileyecek yapay zeka ürünleri geliştirirken kapsayıcı bir yaklaşım benimsemek,
    - Yapay zeka politikaları ve tasarım ve geliştirme süreçlerinin her ikisine anlamlı ölçüde çocuk katılımını desteklemek.

- Çocuklar için yapay zeka sistemleri açısından hakkaniyet ve çocuklara ilişkin ayrımcılık yapılmamasını önceliklendirmek:
    - Marjinalize çocukların yapay zeka sistemlerinden yararlanabilmesini aktif olarak desteklemek.
    - Çocuk verisinin çeşitliliğini sağlayacak şekilde veri kümeleri oluşturmak.

---

bknz. UNICEF, A toolkit for Monitoring and Evaluating Children's Participation https://www.unicef.org/rosa/media/4586/file.

- Çocuğa veya belirli çocuk gruplarına karşı ayrımcılığa ve dışlanmaya yol açabilecek her türlü önyargıları ortadan kaldırmak.

- Çocukların veri koruması ve mahremiyet haklarını korumak:
  - Çocuklar için ve çocuklarla ilgili verilerin işlenmesinde sorumlu bir veri yaklaşımı izlemek.
  - Çocuğun kendi iradesiyle karar alabilmesini desteklemek (child agency).
  - Tasarımdan itibaren mahremiyet (privacy-by-design) yaklaşımını benimsemek.
  - Grup seviyesinde de çocukların korunmasını sağlamak.

- Çocuklar için güvenlik sağlamak:
  - Yapay zeka politika ve stratejilerinde, yapay zeka sistemlerinin çocuk üzerindeki etkisini sürekli olarak izleyecek ve değerlendirecek mekanizmalar oluşturmak.
  - Yapay zeka sistemlerinin tasarımı, geliştirilmesi ve kullanımını kapsayan tüm yaşam döngüsü boyunca, bu sistemlerin çocuk üzerindeki etkisini sürekli olarak izlemek ve değerlendirmek.
  - Yapay zeka sistemlerinin emniyet, güvenlik ve dayanıklılık açısından test edilmesini gerekli kılmak.
  - Yapay zeka sistemlerinin çocukların güvenliğini artırmak amacıyla kullanımını sağlamak.

- Çocuklar için şeffaflık, açıklanabilirlik ve hesap verebilirliği sağlamak:
  - Yapay zeka sistemlerinin açıklanabilirliğini ve şeffaflığını teşvik ederken çocuklara açıkça hitap etmeye çalışmak.
  - Yapay zeka sistemlerini tanımlamak için yaşa ve ihtiyaca uygun dil kullanmak[52].

[52] İngiliz Veri Koruması Kurumu (ICO) tarafından hazırlanan "Age appropriate design: a code of practice for online services" adlı kod, çevrimiçi hizmet sunumunda (app'ler,

- Yapay zeka sistemlerini, çocukların ve bakım yükümlülerinin etkileşimi anlayabileceği ölçüde şeffaf hale getirmek.
- Çocukların sistemi anladığından bağımsız olarak, çocuk kullanıcıları yasal düzenlemeler ve politika belgelerine göre koruyacak ve güçlendirecek yapay zeka sistemleri geliştirmek.
- Çocuk haklarını entegre etmek için yapay zekaya ilişkin düzenleyici çerçeveyi gözden geçirmek, güncellemek ve geliştirmek.
- İlkeler ve düzenlemelerle uyumlu yapay zeka gözetim organları oluşturmak ve tazminat mekanizmaları öngörmek.

- Yapay zeka ve çocuk hakları konusundaki bilgilerle devletleri ve işletmeleri güçlendirmek:
  - Gelecekteki iş yerleri de dahil olmak üzere, yapay zeka dünyasında gelişmek için gereken teknik ve sosyal becerileri içeren, küresel olarak resmi ve gayri resmi eğitim programları geliştirmek ve bunları güncellemek.
  - Öğretmenlerin yapay zeka farkındalıklarını ve becerilerini değerlendirip geliştirmeleri için ulusal bir öz değerlendirme sistemi kurgulamak.
  - Uygun olduğu ölçüde yapay zeka sistemlerinden eğitimde yararlanmak.
  - Eğitim kurumları ve iş dünyası arasında iş birliğini kolaylaştırmak ve teşvik etmek.
  - Ebeveynler, bakım yükümlüleri ve bir bütün olarak toplum için farkındalık kampanyaları geliştirmek ve teşvik etmek.

---

programlar, websiteleri, oyunlar, çevrimiçi sosyal ortamlar, ekranlı veya ekransız bağlantılı oyuncaklar ve cihazlar da dahil olmak üzere) çocukların kişisel verilerinin uygun şekilde nasıl korunacağını risk temelli bakış açısıyla yansıtan 15 temel kod standardı ile açıklamaktadır. Çocukların büyük ölçüde kendi yaş grupları ve özellikleri dikkate alınmadan tasarlanan yapay zeka sistemlerine muhatap olduğunu belirten raporda, gerek yaşa uygun tasarım gerek yapay zeka sistemlerinin çocuğun yaşına uygun basit, açık, anlaşılır bir dille anlatılması gerektiği vurgulanmaktadır. https://ico.org.uk/for-organisations/guide-to-data-protection/key-data-protection-themes/age-appropriate-design-a-code-of-practice-for-online-services/.

- Çocukları yapay zekaya ilişkin mevcut ve gelecekteki gelişmelere hazırlamak:
    - Politika yapıcılar, üst yönetim ve yapay zeka sistem geliştiricileri için yapay zeka ve çocuk hakları konusunda kapasite geliştirmeyi sağlamak.
    - Çocuklar için güvenli ve şeffaf yapay zeka çözümlerine yönelik pazar gelişimini teşvik etmek.
    - Çocuk merkezli yapay zeka yaklaşımını benimsemek, bağlı kalmak ve bunu pratikte gerçekleştirmek için etkin mekanizmalar kurmak.

- Çocuğu etkin kılacak bir ortam yaratmak:
    - Dijital uçurumun üstesinden gelmek için altyapı geliştirmeyi desteklemek ve yapay zekanın faydalarının adil paylaşımını hedeflemek.
    - Çocuk merkezli yapay zeka politika ve stratejileri için teşvik ve fon sağlamak.
    - Yapay zeka sistemlerinin yaşam döngüsü boyunca çocuklar için ve çocuklarla birlikte yapay zeka araştırmalarını desteklemek.
    - Dijital iş birliğine katılmak.

Bu kriterleri karşılamaya yardımcı olabilecek bazı somut ve kapsamlı önerilere de UNICEF raporunda yer verilmektedir[53]:

- Bu isterler yapay zeka sistemlerinin çocuklar için veya çocukları hedefleyen şekilde tasarlanıp tasarlanmadığından bağımsız olarak, yapay zeka sistemlerinin çocukla etkileşime geçtiği veya çocuğa etki ettiği veya edebileceği tüm durumlarda geçerli kılmak.

- Yapay zeka sistemlerini çocukların ortak koruma, tedarik ve katılım haklarını eşzamanlı olarak koruyacak şekilde geliştirmek ve dağıtmak.

- Kamu ve özel sektörde çok paydaşlı yaklaşımı teşvik etmek.

[53] UNICEF Global Insight Policy Guidance AI Children, s.27, https://drive.google.com/file/d/1kRSa9fJcJIChJ26rnjPqLre60fLlIjmh/view.

- Ulusal ve yerel bağlam geliştirmek: Yapay zeka politikalarını yerelleştirmenin stratejik bir yolu, mümkün olduğunda bunları ulusal kalkınma planlarıyla uyumlu hale getirmek.

5RightsFoundation'un hazırladığı ÇHEA Raporu, "yenilikçiler" için bir rehber niteliğinde olup, dijital ortamda yenilikçi tasarımlar yaparken paydaşların yollarını belirlemeye ve çocuk hakları odaklı bir yaklaşımı benimseyip ileri sürmeye çalışan olumlu bir değişimi meydana getirmek için yazılmıştır.

Özellikle yenilik (inovasyon) sürecinin başında, ÇHEA'yı hayata geçirmenin son derece önemli bir yere sahip olduğuna inanan ve çalışmalarını bu kapsamda şekillendiren 5RightsFoundation'un Raporunda ÇHEA'nın tarihi, bugüne kadarki kullanımı, literatürdeki ve uygulamadaki yerinin değerlendirilmesi sonucunda, uygulamada oluşabilecek avantaj ve dezavantajlar ortaya konulmuştur. Raporun varmış olduğu sonuçlardan biri ÇHEA'nın son derece önemli ancak yeterince kullanılmayan bir araç olduğu ve de paydaşların bu aracın kullanımını arttırmaları gerektiği yönündedir.

Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Komitesi'nin 2021'de kabul ettiği dijital ortamla ilgili olarak çocuk haklarına ilişkin 25 No'lu Genel Yorumu ile bu Rapor bütünlük sağlamaktadır. Bu Rapor, politika yapıcılara, dijital ürün sağlayıcılarına ve başka çeşitli paydaşlara rehberlik yapması amacı ile yazılmıştır. Paydaşların yenilik sürecinin mümkün olan en erken safhasında çocuk haklarının öncelik yapılması ve ÇHEA'nın yenilik sürecine dahil edilmesi önerilmektedir.[54] Bu yaklaşım yukarıda bahsedildiği üzere, GDPR Madde 25 ile birlikte okunabilir. Birleşik Krallık Veri Koruması Kurumu'nun 2020'de yayınlamış olduğu Yaşa Uygun Tasarım Yönetmeliği ile uyumludur.

Aynı şekilde 5RightsFoundation'un Dijital Gelecekler Komisyon araştırma projeleri kapsamında yürüttüğü yenilikçi paydaşlar için veri koruması çalışmasının merkezini oluşturan özel ve olağan veri koruması (data protection by design and by default)[55] ve hakkaniyet ilkesi uygulamaları çerçevesinde de değinildiği üzere, çocuğun yüksek

---

[54] Sonia Livingstone, Kruakae Pothong, Sudeshna Mukherjee, Digital Futures Commission-5Rights Foundation, Child Rights Impact Assessment: A tool to realise children's rights in the digital environment

https://digitalfuturescommission.org.uk/wp-content/uploads/2021/03/CRIA-Report.pdf

[55] GDPR Türkçe Çevirisi: KVKK (2018) https://www.kisiselverilerinkorunmasi.org/wp-content/uploads/2017/09/GDPR-T%C3%BCrk%C3%A7e-%C3%87eviri-AB-Bakanl%C4%B1%C4%9F%C4%B1.pdf.

yararının ürün ve hizmetlerin tasarım aşamasından itibaren sürekli olarak söz konusu ürün veya çevrim içi servisin tasarımına entegre edilmesi en önemli önceliktir.[56]

5RightsFoundation ÇHEA raporuna[57] göre ÇHEA aşağıdaki sekiz aşamayı içermektedir:

1. Etki analizi süreci boyunca rehberlik edecek bütünsel bir çocuk bakış açısına sahip temel sorular.
2. Tüm etki analiz ihtiyacını belirlemek üzere önerilen politikanın ilk kontrolünün yapıldığı tarama/ilk değerlendirme aşaması.
3. Bölümler arası iş birliğini ve ÇHEA'yı yürütmek için gerekli arka plan bilgilerini de içeren değerlendirici ile mevcut bilgileri tanımlamak üzere bir kapsamın belirlenmesi.
4. Çocukların ve gençlerin düşünce ve deneyimlerinin göz önünde bulundurulmasını sağlamak için veri ve kanıt toplanması ve bunların değerlendirmeye alınması.
5. Çocuk hakları üzerinde oluşabilecek olumlu ve olumsuz sonuçları ön görmek için etki analizi değerlendirmesinin yapılması.
6. Kaynak etkilerini belirlemek için seçeneklerin listelenmesi, değerlendirilen tekliflere alternatif ve tavsiyelerin belirlenmesi.
7. Çocuk haklarına saygı gösterilmesini ve baştaki teklifte sunulduğu şekilde korunmasını sağlamak için gözetim ve değerlendirme yapılması.
8. Söz konusu politikayı, kullanılacak metodolojiyi ana hatlarıyla açıklamak ve şeffaflığı sağlamak için daha geniş bir kitleye yönelik teknik olmayan özet niteliğinde bir okuyucu ve çocuk dostu raporun yayınlanması.

ÇHEA'nın iki türü mevcuttur: Öncül (ex-ante) ve ardıl (ex-post) ÇHEA. Öncül ÇHEA yasaların, politikaların ve programların çocuklar üzerindeki olası etkilerini sistematik olarak inceleme ve söz konusu olabilecek olumsuz etkileri giderme fırsatı sunmaktadır. Ex-post ÇHEA ise mevzuatın, politikaların veya programların hedeflenen birincil amaçlarına ulaşıp ulaşmadığını ve çocuklar üzerinde öngörülen veya öngörülemeyen etkilerinin neler olduğunu gözden geçirmek ve gerekli

---

[56] Ayça Atabey, Digital Futures Commission – 5RightsFoundation (2021) Data protection in children's best interests: what's at stake? https://digitalfuturescommission.org.uk/blog/data-protection-in-childrens-best-interests-whats-at-stake/

[57] Sonia Livingstone, Kruakae Pothong, Sudeshna Mukherjee, Digital Futures Commission-5Rights Foundation, Child Rights Impact Assessment: A tool to realise children's rights in the digital environment https://digitalfuturescommission.org.uk/wp-content/uploads/2021/03/CRIA-Report.pdf

olan hallerde ilgili mevzuat, politika veya önlemlerde yenilikler yapmak şeklinde faydalar sunmaktadır. Uluslararası ölçekte en çok kullanılan ÇHEA, öncül (ex-ante) ÇHEA'dır. Ancak bunu takiben ardıl (ex-post) analizler yapılmasının da tercih edildiği gözlemlenmektedir[58].

Yukarıda belirttiğimiz çerçevede yapılacak ÇHEA'nin, yapay zeka sistemlerinin tüm yaşam döngüsünü kapsayacak şekilde sürekli olarak yapılması, ÇHEA sonrası elde edilen bulgular ışığında gerekli önleyici tedbirlerin alınması ve risklerin giderilmesi, ÇHEA ve alınan tedbirler doğrultusunda, yapay zeka sistemlerinin yaşam döngüsünün yine sürekli olarak denetlenmesi (algoritmik denetim), denetim sonuçlarının ilgili kurum tarafından websitesinde yayınlanması, yapay zeka sistemlerinin tüm yaşam döngüsüne çocuğun dahil edilmesi (algorithmic inclusion), ayrıca bu yaşam döngüsünün gözetimi (human oversight) süreçlerinde yine çocuğa yer verilmesi ve son olarak yapay zeka sistemlerinin tasarımı, geliştirilmesi ve kullanımında bu çalışmada temas ettiğimiz çocuk haklarının algoritmanın odağına alınması (child rights by design ve child rights by default) ile Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi Madde 3'e uygun olarak "çocuğun üstün yararı" ilkesinin göz önünde bulundurulması gereklidir.

Sonuç

Çocukla doğrudan veya dolaylı olarak etkileşime geçen yapay zeka sistemleri, ulusal ve uluslararası belgelerle kabul edilen çocuk hakları üzerinde önemli etkiler yaratmaktadır. Ebeveyn veya bakım yükümlüleri tarafından bu etkilerin neler olabileceğinin bilinmesi, farkındalık geliştirilmesi ve çocuğa destek olunması son derece önemlidir. Aksi halde çocuk kendisi ile ilgili birçok kararı yapay zeka sistemlerinin aldığı, tercihlerinin bu sistemler tarafından yönlendirildiği, görüş ve tercihlerini özgürce ifade edemediği, kimliğini özgürce geliştiremeyeceği bir dünyada yaşamaya ve kendi gücü ile baş edemeyeceği bu sistemler tarafından yönetilmeye mahkum olacaktır. Bu şekilde bir uygulama ise ilgili devletlerin de uygulamakla yükümlü olduğu Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'ndeki bir çok hakkın ve GDPR Madde 5(1)(a) kapsamında hakkaniyet ilkesinin ihlali anlamına gelmektedir.

Her ne kadar yapay zeka sistemlerinde çocuk hakları merkezli bakış açısı geliştiren kurumlar mevcut ise de[59], bu kurumsal sorumluluk ve bilinçte olan kurumların sayıca az olduğu ve bu tür uygulamaların

---

58 Child Rights Impact Assessment (CRIA): A review of comparative practice across the UK, https://www.unicef.org.uk/wp-content/uploads/2017/09/Unicef-UK-CRIA-comparative-review_FOR-PUBLICATION.pdf, s. 7.

59 Microsoft to add 'Kids Mode' to Chromium-based Edge browser, https://www.zdnet.com/article/microsoft-to-add-kids-mode-to-chromium-based-edge-browser.

kurumların inisiyatifine kaldığı dikkate alındığında; ÇHEA'ne ilişkin soft law düzenlemeleri dışında mutlaka bağlayıcı yasal düzenlemelerde hükümlere yer verilmesi gerekmektedir. Avrupa Konseyi Yapay Zeka Ad-Hoc Komitesi (CAHAI) tarafından yürütülen çalışmalar çocuk haklarının efektif şekilde korunması bakımından uluslararası toplum adına önem taşımaktadır[60]. Ayrıca, ÇHEA her ne kadar teorik tartışmalara, akademik incelemelere konu olsa da pratikte belirsizlikler mevcuttur.[61] Bu belirsizlikler ancak çoklu paydaş iş birliği ile çözülebilir. Toplumun korunması gereken önemli öznelerinden olan çocuk ve yapay zeka sistemleri arasındaki ilişki sadece aile ve bakım yükümlüsü seviyesinde değil, bilakis karar vericiler, politika geliştiriciler, sivil toplum kuruluşları, akademi gibi tüm paydaşların elbirliği ile hareket etmesini gerektirmektedir.

Buna ek olarak, henüz ÇHEA'nın GDPR kuralları ve veri koruması hukukunun temel ilkelerinden biri olan hakkaniyet ilkesi ile ilişkisi henüz incelenmemiştir. Çalışmamızda bahsetmiş olduğumuz üzere etkin ÇHEA uygulamalarının GDPR uyumu ile yakından ilgilidir. Etkin ÇHEA uygulamaları veri koruması mevzuat gereklilikleri bakımından da paydaşlara bir çok avantaj sağlayacaktır. ÇHEA'nın etkin uygulanabilmesi için temel çocuk hak ve özgürlüklerinin paydaşlar tarafından anlaşılması ve veri işleme kapsamında çocuğun üstün yararı ilkesini öncelik yaparak uygulanması gerekmektedir.

---

[60] https://www.coe.int/en/web/artificial-intelligence/cahai.

[61] Bknz. Mantelero, Alessandro and Esposito, Samantha, An Evidence-Based Methodology for Human Rights Impact Assessment (HRIA) in the Development of AI Data-Intensive Systems (Mart 22, 2021). Computer Law & Security Review, Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=3829759.

KAYNAKÇA

Avrupa Birliği Komisyonu, Yapay Zeka Yönetmeliği (2021) https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/proposal-regulation-laying-down-harmonised-rules-artificial-intelligence-artificial-intelligence

Avrupa Birliği Komisyonu, 2030 Dijital Pusula: Dijital On Yıl için Avrupa Yolu, https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/communication-digital-compass-2030_en.pdf

Atabey, Ayça – 5RightsFoundation/Digital Futures Commission (2021) Data protection in children's best interests: what's at stake? https://digitalfuturescommission.org.uk/blog/data-protection-in-childrens-best-interests-whats-at-stake/

Bayamlıoğlu Emre, Transparency of Automated Decisions in the GDPR: An Attempt for systemisation, https://www.researchgate.net/publication/322382673_Transparency_of_Automated_Decisions_in_the_GDPR_An_Attempt_for_systemisation

Birleşik Krallık İletişim Kurumu (2020) https://www.ofcom.org.uk/research-and-data/internet-and-on-demand-research/online-nation/narrative

Birleşik Krallık Veri Koruması Kurumu (2020) Age Appropriate Design: A Code of Practice for Online Services. https://ico.org.uk/media/for-organisations/guide-to-data-protection/key-data-protection-themes/age-appropriate-design-a-code-of-practice-for-online-services-2-1.pdf

Buitelaar, J.C, Child's best interest and informational self-determination: what the GDPR can learn from children's rights, https://academic.oup.com/idpl/article-abstract/8/4/293/5037241?redirectedFrom=fulltext.

Christopher Kuner (Editor), Lee A. Bygrave (Editor), Christopher Docksey (Editor), Laura Drechsler (Editor), The EU General Data Protection Regulation (GDPR): A Commentary, 2020.

Clifford Damian, Richardson Megan and Witzleb Normann, Artificial Intelligence and Sensitive Inferences: New Challenges for Data Protection Laws, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3754037.

Clifford Damian and Ausloos Jef, 'Data Protection and the Role of Fairness' (2018) 37 Yearbook of European Law 130, 186 https://doi.org/10.1093/yel/yey004.

Drechsler Laura, Practical Challenges to the Right to Data Portability in the Collaborative Economy, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3296222.

Elfering Stephanie, Unlocking the Right to Data Portability: An Analysis of the Interface with the Sui Generis Database Right (Munich Intellectual Property Law Center), 2019

Feasibility study on a legal framework on AI design, development and application based on CoE standards, adopted by the CAHAI on 17 December 2020, https://rm.coe.int/cahai-2020-23-final-eng-feasibility-study-/1680a0c6da

Fischer Celin, The legal protection against inferences drawn by AI under the GDPR, http://arno.uvt.nl/show.cgi?fid=151926.

Janssen Heleen, An Approach for a Fundamental Rights Impact Assessment to Automated Decision-Making, https://www.researchgate.net/publication/329759855_An_Approach_for_a_Fundamental_Rights_Impact_Assessment_to_Automated_Decision-Making.

Kaminski Margot E., Malgieri Gianclaudio; Algorithmic Impact Assessments under the GDPR: Producing Multi-layered Explanations, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3456224.

Kaya Mehmet Bedii, Unutulma Hakkı: AİHM'in Unutulma Hakkına Yaklaşımı, AİHM M.L. ve W.W. v. Almanya Kararının İncelenmesi, https://www.mbkaya.com/unutulma-hakki-insan-haklari-aihm/.

Ke Tony T. And Sudhir K., Privacy Rights and Data Security: GDPR and Personal Data Driven Markets, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3643979.

Hern, Alex, the Guardian (2019) TikTok under investigation over child data use https://www.theguardian.com/technology/2019/jul/02/tiktok-under-investigation-over-child-data-use.

Hielke Hijmans and Charles Raab, 'Ethical Dimensions of the GDPR Commentary on the General Data Protection Regulation' in Mark Cole and Franziska Boehm (eds) (Edward Elgar 2018) 2 https://ssrn.com/abstract=3222677.

Mazur Joanna, Right to Access Information As a Collective-Based Approach to the GDPR's Right to Explanation in European Law, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3356770

Lievens E and Verdoodt V, 'Looking for Needles in a Haystack: Key Issues Affecting Children's Rights in the General Data Protection Regulation' (2018) 34 Computer Law and Security Review 269

Livingstone Sonia, One in Three: Internet Governance and Children's Rights, https://blogs.lse.ac.uk/medialse/2015/11/02/one-in-three-internet-governance-and-childrens-rights/.

Livingstone Sonia, Pothong Kruakae; What if… children's rights were anticipated at the very start of digital innovation? https://digitalfuturescommission.org.uk/blog/what-if-childrens-rights-were-anticipated-at-the-very-start-of-digital-innovation/.

Livingstone, Sonia, Pothong, Kruakae, Mukherjee, Sudeshna, Digital Futures Commission-5Rights Foundation, Child Rights Impact Assessment: A tool to realise children's rights in the digital environment https://digitalfuturescommission.org.uk/wp-content/uploads/2021/03/CRIA-Report.pdf

Malgieri, G., & Niklas, J. (2020). Vulnerable data subjects. Computer Law and Security Review, 37, 105415. https://doi.org/10.1016/j.clsr.2020.105415.

Mantelero Alessandro, AI and Big Data: A blueprint for a human rights, social and ethical impact assessment, 34 COMPUT. LAW SECUR. REV. pp. 754–772 (2018).

Mantelero, Alessandro and Esposito, Samantha, An Evidence-Based Methodology for Human Rights Impact Assessment (HRIA) in the Development of AI Data-Intensive Systems (Mart 22, 2021). Computer Law & Security Review, Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=3829759.

Mcgregor Lorna, Murray Daragh, Ng Vivian, International Human Rights Law as a Framework for Algorithmic Accountability, International and Comparative Law Quarterly, April 2019, pp. 309–343.

Philipp Hacker, Ralf Krestel, Stefan Grundmann & Felix Naumann, Explainable AI under contract and tort law: Legal incentives and technical challenges, Artificial Intelligence and Law 28, pages 415–439(2020).

Principled Artificial Intelligence, Mapping Consensus In Ethical And Rights-Based Approaches To Principles For AI, Published Jan 15, 2020, https://cyber.harvard.edu/publication/2020/principled-ai. Son erişim tarihi: 7.2.2021.

Sözüer Eren, Unutulma Hakkı, İnsan Hakları Hukuku Perspektifinden Bir İnceleme, 2017.

Tsesis Alexander, Data Subjects' Privacy Rights: Regulation of Personal Data Retention and Erasure, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3325973

Wachter Sandra, Brent Mittelstadt; A Right to Reasonable Inferences: Re-Thinking Data Protection Law in the Age of Big Data and AI, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3248829.

Werro, Franz (Ed.), A Comparative Study of the Emergent Right's Evolution and Application in Europe, the Americas, and Asia, 2020.

White Paper on Artificial Intelligence: Public Consultation Towards a European Approach for Excellence and Trust, https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/white-paper-artificial-intelligence-public-consultation-towards-european-approach-excellence.

The Danish Institute for Human Rights, Guidance On Human Rights Impact Assessment Of Digital Activities, https://www.humanrights.dk/sites/humanrights.dk/files/media/document/A%20HRIA%20of%20Digital%20Activities%20-%20Introduction_n.pdf.

Unboxing Artificial Intelligence: 10 steps to protect Human Rights - for Human Rights Impact Asssessment Checklist and definitions, https://rm.coe.int/unboxing-artificial-intelligence-10-steps-to-protect-human-rights-reco/1680946e64.

Recommendation CM/Rec(2020)1 of the Committee of Ministers to member States on the human rights impacts of algorithmic systems, https://rm.coe.int/09000016809e1154.

OECD AI Principles Overview, https://oecd.ai/ai-principles

UNICEF Policy Guidance on AI for Children, Draft 1.0, September 2020, https://drive.google.com/file/d/1kRSa9fJcJIChJ26rnjPqLre60fLlIjmh/view

H.R.2231 - Algorithmic Accountability Act of 2019, 116th Congress (2019-2020), https://www.congress.gov/bill/116th-congress/house-bill/2231/text.

Ethics Guidelines for Trustworthy AI and Policy and Investment Recommendations for Trustworthy AI, https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/high-level-expert-group-artificial-intelligence.

Google: "Responsible AI Practices", https://ai.google/responsibilities/responsible-ai-practices/

Microsoft: "Responsible AI", https://www.microsoft.com/en-us/ai/responsible-ai?activetab=pivot1%3aprimaryr6

Towards Regulation of AI Systems, Global perspectives on the development of a legal framework on Artificial Intelligence (AI) systems based on the Council of Europe's standards on human rights, democracy and the rule of law, Compilation of contributions

DGI (2020)16, https://rm.coe.int/prems-107320-gbr-2018-compli-cahai-couv-texte-a4-bat-web/1680a0c17a

CHILDREN'S RIGHTS IN IMPACT ASSESSMENTS, https://www.unicef.ca/sites/default/files/2019-01/Childrens-Rights-in-Impact-Assessments.pdf.

Children 'left to tackle social media giants alone over dangerous algorithms',

https://www.telegraph.co.uk/news/2021/03/01/children-left-tackle-social-media-giants-alone-dangerous-algorithms/

European Network of Ombudspersons for Children Position Statement on "Child Rights Impact Assessment (CRIA), http://enoc.eu/wp-content/uploads/2020/11/ENOC-2020-Position-Statement-on-CRIA-FV-1.pdf

Common Framework of Reference on Child Rights Impact Assessment, ENOC http://enoc.eu/wp-content/uploads/2020/12/ENOC-Common-Framework-of-Reference-FV.pdf

Child Rights and Wellbeing Impact Assessment , The Jurisdiction and Judgments (Family, Civil Partnership and Marriage (Same Sex Couples)) (EU Exit) (Scotland) (Amendment etc.) Regulations 2019, https://www.legislation.gov.uk/ssi/2019/104/pdfs/ssifia_20190104_en.pdf ;

CHILDREN'S RIGHTS IMPACT ASSESSMENT, https://gov.wales/sites/default/files/publications/2019-03/childrens-rights-impact-assessment-annex-a.pdf

ICO Commissioner: https://ico.org.uk/for-organisations/guide-to-data-protection/guide-to-the-general-data-protection-regulation-gdpr/accountability-and-governance/data-protection-by-design-and-default/;

https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/reform/rules-business-and-organisations/obligations/what-does-data-protection-design-and-default-mean_en

https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/definition-artificial-intelligence-main-capabilities-and-scientific-disciplines

https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/6cc0f1b6-59dd-11ea-8b81-01aa75ed71a1/language-en

OECD of the Council on Artificial Intelligence, https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0449)

UNESCO, Preliminary study on the technical and legal aspects relating to the desirability of a standard-setting instrument on the ethics of artificial intelligence,

https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000367422

https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?TreatyID=5&DocTypeID=11;

Children's rights apply in the digital world!, https://blogs.lse.ac.uk/medialse/2021/02/04/childrens-rights-apply-in-the-digital-world/#:~:text=The%20UN%20Committee%20on%20the%20Rights%20of%20the%20Child%20adopted,relation%20to%20the%20digital%20environment.&text=It%20clarifies%20what%20the%20digital,%2C%20education%2C%20play%20and%20more.

Joint Statement on Electronic Commerce EU Proposal for WTO Disciplines and Commitments Relating to Electronic Commerce, https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=253794,253801,253802,253751,253696,253697,253698,253699,253560,252791&CurrentCatalogueIdIndex=6&FullTextHash=&HasEnglishRecord=True&HasFrenchRecord=True&HasSpanishRecord=True.

Our Rights in a Digital World,

https://5rightsfoundation.com/uploads/Our%20Rights%20in%20a%20Digital%20World.pdf.

UN Convention of the Rights of the Children, Article 3; https://www2.ohchr.org/English/bodies/crc/docs/GC/CRC_C_GC_14_ENG.pdf.

UNICEF Global Insight Policy Guidance on AI Children, https://drive.google.com/file/d/1kRSa9fJcJIChJ26rnjPqLre60fLlIjmh/view

https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/ethics-guidelines-trustworthy-ai.

Age Appropriate Design: A Code of Practice for Online Services, https://ico.org.uk/for-organisations/guide-to-data-protection/key-data-protection-themes/age-appropriate-design-a-code-of-practice-for-online-services/.

CoE CAHAI, https://www.coe.int/en/web/artificial-intelligence/cahai.

Childrens Rights Impact Assessment:

https://www.unicef.ca/sites/default/files/2019-01/Childrens-Rights-in-Impact-Assessments.pdf

UNICEF Policy Guidance on AI for children, https://drive.google.com/file/d/1kRSa9fJcJIChJ26rnjPqLre60fLlIjmh/view

UNICEF, A toolkit for Monitoring and Evaluating Children's Participation https://www.unicef.org/rosa/media/4586/file.

The Issue of the Childs Right to Self-Determination,

https://canadiancrc.com/Newspaper_Articles/Childs_right_self-determination_CBU_J_McNeil_25NOV05.aspx.

Child's best interest and informational self-determination: what the GDPR can learn from children's rights, https://academic.oup.com/idpl/article-abstract/8/4/293/5037241?redirectedFrom=fulltext

Raising the Self-Determined Child,

www.ric.edu/sherlockcenter/publications/rsdcsinglepage.pdf.

The Motivational Pull of Video Games: A Self-Determination Theory Approach,

https://selfdeterminationtheory.org/SDT/documents/2006_RyanRigbyPrzybylski_MandE.pdf.

Microsoft to add 'Kids Mode' to Chromium-based Edge browser https://www.zdnet.com/article/microsoft-to-add-kids-mode-to-chromium-based-edge-browser.

Today's young people must be the most analysed, tracked and monitored of any generation, ever, https://www.global-edtech.com/data-privacy-and-children/.

Child Rights Impact Assessment (CRIA): A review of comparative practice across the UK, https://www.unicef.org.uk/wp-content/uploads/2017/09/Unicef-UK-CRIA-comparative-review_FOR-PUBLICATION.pdf,

Under Guise of 'Helping' Schools, Big Tech Collects — and Profits From — Kids' Data, https://childrenshealthdefense.org/defender/big-tech-collects-profits-kids-data/.

Advocates Worldwide Call to Protect Children from Edtech Exploitation, https://www.commondreams.org/newswire/2020/04/16/advocates-worldwide-call-protect-children-edtech-exploitation.

Amidst COVID-19, Who is Watching Over Children's Data on Ed-Tech Platforms? https://thebastion.co.in/debate/amidst-covid-19-who-is-watching-over-childrens-data-on-ed-tech-platforms/.

Children 'left to tackle social media giants alone over dangerous algorithms' https://www.telegraph.co.uk/news/2021/03/01/children-left-tackle-social-media-giants-alone-dangerous-algorithms/.

Getting the future right – Artificial intelligence and fundamental rights, https://fra.europa.eu/en/publication/2020/artificial-intelligence-and-fundamental-rights.

Steering Committee for the Rights of the Child (CDENF) Draft Declaration by the Committee of Ministers on the need to intensify efforts to respect and protect children's privacy in the digital environment, https://rm.coe.int/0900001680a00bd5.

https://www.bmc.com/blogs/sdlc-software-development-lifecycle/

https://producttribe.com/project-management/sdlc-guide

https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/108.

https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016800ca434

https://www.eff.org/files/2021/02/03/decision_appdiv_232021.pdf.

YAPAY ZEKANIN VERİ KORUMA, SORUMLULUK VE FİKRİ MÜLKİYET AÇISINDAN ORTAYA ÇIKARDIĞI HUKUKİ GEREKSİNİMLER

Legal Necessities Arising from Artificial Intelligence as Regerds Data Protection, Civil Liability and Intellectual Property

Doç. Dr. Ş. Barış ÖZÇELİK*

Özet: Yapay zekâ alanında yaşanan gelişmeler, bu alanı düzenleyen hukukî bir çerçeveye gereksinim olduğunu göstermektedir. Söz konusu çerçeve oluşturulurken; genel olarak, düzenlenmek istenen teknolojiye göre benimsenecek yasal tanımların nasıl olması gerektiği, korunması gereken menfaatlerin hangileri olduğu, mevcut hukukî araçların söz konusu çerçeveyi oluşturmak bakımından yeterli olup olmadığı, yapay zekayı konu alan genel bir düzenlemenin mi, yoksa sektörlere özel düzenlemelerin mi tercih edilmesi gerektiği, olası hukukî düzenlemelerin yeni ve tek bir merkezî kurumla mı yoksa devletin mevcut ve konuyla ilgili çeşitli birimleri aracılığıyla mı hayata geçirileceği gibi sorulara cevap bulunması gerekmektedir. Belirtilen genel gereksinimlerin yanısıra, veri koruma alanında temel ihtiyaç, ilgili mevzuatın yapay zekâ çağının gereklilikleri doğrultusunda gözden geçirilmesidir. Hukukî sorumluluk bakımından temel hedef, yapay zekâ sistemlerinin

Abstract: Developments in the domain of artificial intelligence indicate the need for a legal framework regulating this field. First and foremost, establishing such a framework include questions as to legal definitions to be adopted according to the technology to be regulated, the protection of interests, whether the existing legal instruments are sufficient to establish such a framework, whether a general regulation or sector-specific regulations should be preferred and whether possible legal arrangements should be implemented with a new and single central institution or through various existing and relevant units of the state. Beside these general aspects, certain specific needs arise as to data protection, civil liability and intellectual property law. As such, the main need in the field of data protection can be determined as the review of the relevant legislation in line with the requirements of the age of artificial intelligence. In terms of civil liability, the main goal should be to allocate the risk of damage fairly among

* Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi,
bozcelik@bilkent.edu.tr, ORCID: 0000-0002-3666-8366.
Makale Geliş Tarihi: 15.03.2021, Makale Kabul Tarihi: 22.04.2021
Bu çalışma, yazar tarafından yürütülen ve TÜBİTAK tarafından, ARDEB 1001 programı çerçevesinde desteklenen, 119K323 no'lu, "Yapay Zekâ ve Hukuk: Kişisel Verilerin Korunması, Sorumluluk Hukuku ve Fikrî Mülkiyet Hukuku Bağlamında Karşılaştırmalı Bir Araştırma" başlıklı proje kapsamında yapılan araştırmalara dayanmaktadır. Yazar, söz konusu destek nedeniyle TÜBİTAK'a; çalışmaya temel teşkil eden araştırmalardaki yardımları nedeniyle de proje asistanları Cemre Polat, Anıl Sena Bayındır ve Gökçe Filiz Çavuşoğlu'na teşekkür eder.

özellikleri dikkate alınarak, zarar riskinin ilgililer arasında âdil bir şekilde paylaştırılması olmalıdır. Fikri mülkiyet hukuku alanında ise, yapay zekâ sistemlerinin gerçekleştirdiği iddia edilen üretimlerin, telif veya patent gibi fikri mülkiyet haklarına konu olup olamayacağı; olabilecekse hakların, ilgili kişilerden hangisine ait olması gerektiği, yapay zekâ sistemleri tarafından üretilen sonuçların, başkalarının fikri mülkiyet hakkını ihlal etmesinin mümkün olup olmadığı ve eğer mümkün ise bunun sonuçlarının ne olacağı gibi sorulara cevap veren yasal düzenlemelere gereksinim bulunmaktadır. Tüm bu ihtiyaçlara cevap verecek hukukî adımlar atılırken, bir yandan hukukî belirlilik, güvenilirlik ve menfaatler dengesini sağlamak, diğer yandan, yapay zekânın sağladığı faydaların korunması adına, yenilikçiliği (inovasyonu) desteklemek hedeflenmelidir.
Anahtar Kelimeler: Yapay Zeka, Veri Koruma, Hukuki Sorumluluk, Fikri Mülkiyet

those concerned, taking into account the characteristics of artificial intelligence systems. In the field of intellectual property law, questions include whether the productions of artificial intelligence systems may be subject to intellectual property rights including copyrights or patents, and in the event of an affirmative reply the rights should belong to which of the persons concerned, whether the productions of artificial intelligence systems can infringe the intellectual property rights of others, and its consequences. While taking legal steps to meet all these needs, it should be aimed, on the one hand, to maintain legal certainty, reliability, and a balance of interests, and on the other hand, to support innovation in order to protect the benefits of artificial intelligence.
Keywords: Artificial Intelligence, Data Protection, Civil Liability, Intellectual Property.

GİRİŞ

En genel ifadeyle yapay zekâ, görevleri yerine getirmek için insan zekâsını taklit eden ve topladıkları bilgilere göre yinelemeli olarak kendilerini iyileştirebilen sistemler veya makineler anlamına gelir.[1] Veri elde etme, saklama ve işleme olanaklarının artması (büyük veri/*big data*) ile yapay öğrenme (*machine learning*) alanında sağlanan ilerleme, sağlıktan finansa, ulaşımdan endüstriye bir çok alanda, yapay zekâ sistemlerinin kullanımını yaygınlaştırmış ve bu durum, ilgili sektörlerde hızlı bir değişim sürecini beraberinde getirmiştir. Bir araştırmaya göre, yapay zekâ teknolojisinin gelişmesinin küresel ekonomiye katkısının 2030 yılı itibariyle 15,7 trilyon dolara ulaşacağı öngörülmektedir.[2] Dünya Ekonomik Forumu tarafından yayımlanan bir araştırmaya göre de, 2025 yılına kadar, yapay zekâ sistemlerinin yaygınlaşmasıyla bağlantılı olarak, 26 ülkede 85 milyon işin yok olacağı, buna karşılık 97 milyon yeni işin ortaya çıkacağı tahmin edilmektedir.[3] Tüm bu rakamlar, toplumsal yaşamda, deyim yerindeyse, baş döndürücü bir değişime işaret etmektedir.

Toplum hayatını bu denli köklü bir şekilde etkileyen değişimler yaşanırken, söz konusu hayatı konu alan normatif bir bilim olarak hukukun, bu değişimi tetikleyen olgulara duyarsız kalması düşünülemez. Nitekim, yapay zekâ teknolojilerinin yaygınlaşması, çok çeşitli faaliyet alanlarında, karar ve uygulama süreçlerinde, insan hatalarının bertaraf edilmesi, zaman tasarrufu, maddi kaynak kullanımının azaltılması, kişiselleştirilmiş hizmet sunma, bazı tehlikeli işlerin insanlar yerine robotlar tarafından yapılması gibi yararlar sağlarken, bazı hukukî sorunları da beraberinde getirmektedir. Bu bağlamda, yapay zekânın "gıdası" olarak nitelenen verilerin hukuka aykırı olarak elde edilmesi ve işlenmesi, sürücüsüz (otonom) araçların kaza yaparak can ve mal kaybına sebep olması, çeşitli sektörlerde destek alınan yapay zekâ sistemlerinin hatalı karar veya uygulamalara yol açması, ayrımcı nitelikteki kararlar nedeniyle bazı kimselerin iş veya hizmet imkanlarından mahrum kalması gibi durumlar, halihazırda yaşanmış, yakın gelecekte daha da sık yaşanması olası ve dolayısıyla çözüm bekleyen bazı hukukî sorunlara örnek teşkil etmektedir. Öte yandan günümüz dünyasında, anılan hukukî sorunlara ilişkin uyuşmazlıkların yabancı unsur içermesi olasılığının yüksekliği, bu

---

1 Yapay Zekâ Nedir?", Oracle, https://www.oracle.com/tr/artificial-intelligence/what-is-artificial-intelligence.html (Çevrimiçi) (E.T: 1.3.2021).

2 *Sizing the prize, What's the real value of AI for your business and how canyou capitalise?*, PricewaterhouseCoopers, 2017, s. 5, https://www.pwc.com.tr/tr/gundemdeki-konular/dijital/pwc-kuresel-yapay-zeka-calismasi.pdf (Çevrimiçi) (E.T.1.3.2021).

3 *The Future of Jobs Report 2020*, World Economic Forum, 2020, http://www3.weforum.org/docs/WEF_Future_of_Jobs_2020.pdf (Çevrimiçi) (E.T. 1.3.2021).

sorunların en azından bir kısmına uluslararası özel hukuk katmanları eklemekte ve konunun bu açıdan da ele alınmasını gerektirmektedir.

Bu çalışmanın amacı, yapay zekânın yaygınlaşmasıyla birlikte hukuk düzenimizde mevcut veya ileride ortaya çıkabilecek bazı hukukî gereksinimlerin belirlenmesidir. Bununla birlikte gerek hukukumuzda gerek karşılaştırmalı hukukta yapılan araştırmalar dikkate alındığında, sözü edilen gereksinimlerin şimdilik daha çok veri koruma hukuku, sorumluluk hukuku ve fikrî mülkiyet hukuku alanlarında kendini gösterdiği anlaşıldığından, çalışmanın kapsamı, esas itibariyle belirtilen üç konuyla sınırlı tutulmuştur. Bu çerçevede çalışmanın konusu, her biri başlı başına bir çalışmanın konusu olabilecek hacimdeki bu üç konu başlığına ilişkin, mevcut veya yakın bir gelecekte karşılaşılması olası sorunlara işaret etmekten ibarettir.

I. YAPAY ZEKÂYA İLİŞKİN HUKUKİ DÜZENLEMELERİN GEREKLİLİĞİ

Yapay zekâ ve hukuk ilişkisi bağlamında ele alınması gereken ilk soru, genel olarak yapay zekâya ilişkin hukuki düzenlemelere ihtiyaç bulunup bulunmadığıdır. Zira yapay zekâ gibi yaratıcılığa dayanan bir konuda, hukukî düzenlemelerin yapılmasının söz konusu yaratıcılığı sınırlandıracağı veya körelteceği düşünülebilir. Öte yandan, toplumda yapay zekâya karşı oluşan kaygılar karşısında, kendi sektörlerinde öncü konumda olan bir çok şirket, yapay zekâya ilişkin etik ilkelerini yayımlamış iken,[4] bunların yeterli olduğu ve dolayısıyla hukuk kurallarına ihtiyaç bulunmadığı ileri sürülebilir.

Buna karşılık, yapay zekâya ilişkin hukukî düzenlemelerin varlığının, çeşitli faydalar sağlayabileceği göz ardı edilmemelidir. Öncelikle, her konuda olduğu gibi, yapay zekâya ilişkin olarak da, açık ve istikrarlı bir hukukî çerçeve, bu alandaki yatırımları teşvik eder; güvenli bir yaratıcılık ve yenilikçilik (inovasyon) ortamı sağlar.[5] Bu aynı zamanda, hukukî belirlilik ilkesinin bir gereğidir. Örneğin yapay zekânın dayandığı verilerin elde edilmesinin ve işlenmesinin hukukî bir altyapıya sahip olması ya da söz konusu teknolojileri geliştirenlerin ve kullananların hangi durumda, neden sorumlu tutulacaklarını bilmesi, bu alanda faaliyet gösteren kimselerin kendilerini hukukî açıdan güvende

---

4 Örnek olarak, Microsoft Etik Prensipleri için bkz. https://www.microsoft.com/en-us/ai/responsible-ai?activetab=pivot1:primaryr6; Turkcell Yapay Zeka İlkeleri için bkz. https://medya.turkcell.com.tr/bulletins/turkcell-yapay-zeka-ilkelerini-acikladi-gelecege-yedi-buyuk-taahhut-verdi/#:~:text=Turkcell'in%20Ar%2DGe%20%C3%A7al%C4%B1%C5%9Fmalar%C4%B1n%C4%B1n,Daha%20%C4%B0yi%20Bir%20Gelecek%20i%C3%A7in (Çevrimiçi) (E.T. 1.3.2021).

5 *Report on the safety and liability implications of Artificial Intelligence, the Internet of Things and robotics*, European Commission, 2020, s.1, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0064&from=en (Çevrimiçi) (E.T. 1.3.2021).

hissetmelerine katkı sağlayabilir.[6] Öte yandan, hukukî bir çerçevenin varlığının, bir yandan toplumda yapay zekâya karşı mevcut endişeleri giderirken, diğer yandan teknolojinin sağladığı faydalardan toplumun daha geniş bir kesiminin yararlanmasını sağlayacağını da söylemek mümkündür.[7] Tüm bunların, yapay zeka sistemlerinin ekonomik anlamda yarattığı katma değeri de olumlu etkileyeceğini göz önünde bulundurmak gerekir. Nitekim, Avrupa Parlamentosu bünyesinde hazırlanan bir raporda, yapay zekâ için açık bir hukukî sorumluluk rejiminin belirlenmesinin, 2030 yılı itibariyle, Avrupa Birliği ekonomisinde doğrudan yarattığı katma değerin 54,8 milyar Euro olabileceği; dolaylı etkiler de hesaba katıldığında söz konusu değerin 498,3 milyar Euro'ya ulaşabileceği sonucuna varılmıştır.[8]

Yapay zekâya ilişkin etik ilkelerin varlığı karşısında ayrıca hukukî düzenlemelere gerek bulunup bulunmadığı konusunda bir sonuca varabilmek için ise, etik ile hukuk arasındaki farkı hatırlamak gerekir: Çok genel olarak belirtmek gerekirse, etik ilkeler, olması gerekeni yani ideal davranış biçimini belirleyen normlar olup, kişilerin kendilerini denetlemelerini hedefler. Bunun sonucu olarak, bir hukuk kuralında somutlaşmadıkça, etik ilkelerin hukukî anlamda yaptırımı yoktur; daha çok aykırı davranışın ayıplanması, kınanması vs. şekillerde etkilerini gösterirler. Buna karşılık hukuk kuralları, neyin yapılabilir, neyin yapılamaz olduğunun sınırlarını çizen, başkalarının zarar görmemesini hedefleyen, tazminat, ceza vs. yaptırımlara bağlanmış kurallardır.[9]

Yapay zekâ alanında çalışan kuruluşların, kendilerini bağlamak üzere etik ilkeler belirlemesi ve bunları kamuoyuyla paylaşması, şüphesiz ki olumlu karşılanması gereken bir durumdur. Bununla birlikte, yukarıdaki çok genel etik-hukuk karşılaştırması dahi, etik ilkelerin varlığının tek başına yeterli olmayacağını ve yapay zekâya ilişkin hukuk kurallarına yönelik gereksinimi ortaya koymaktadır. Zira hukukî düzenlemelere konu olan diğer tüm olgular gibi, yapay zekâ da, sağladığı bir çok faydaya rağmen, aynı zamanda çeşitli zararlara yol

---

6 Gurney, Jefrrey K., "Sue My Car Not Me: Products Liability and Accidents Involving Autonomous Vehicles", Journal of Law, Technology & Policy, 2013, s. 217.

7 *Report on the safety and liability implications of Artificial Intelligence, the Internet of Things and robotics,* European Commission, 2020, s.1, https://eur-lex.europa.eu/legalcontent/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52020DC0064&from=en (Çevrimiçi) (E.T. 1.3.2021).

8 *Study on Civil Liability Regime for Artificial Intelligence, European added value assessment*, European Parliament, s.1, https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/654178/EPRS_STU(2020)654178_EN.pdf (Çevrimiçi) (E.T. 1.3.2021).

9 Etik ve hukuk arasındaki farklılıklar hakkında bkz. Karakoç, Yusuf., "Hukuk- Etik İlişkisi", Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar- V Sempozyumu, 13-17 Eylül 2010 İstanbul, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi, S. 24, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2012, s. 93-94; Özel, Kadir Can, "Etik ve Etik- Hukuk Arasındaki İlişki", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl:9, Sayı:33 (Ocak 2018), s. 700.

açabilir. Böylesi bir olgu, hukuk kurallarıyla düzenlenmediği takdirde, olası zarar görenler hukukî anlamda korumasız kalacaktır. Bu genel tespitin yanısıra, yapay zekâ özelinde şu noktayı da göz ardı etmemek gerekir: Etik ilkeler esas itibariyle yapay zekâyı geliştirenlere hitap etmektedir. Buna karşılık yapay öğrenme ve türevlerine dayalı yapay zekâ bir kez geliştirildikten sonra eylemlerini az-çok kendisi belirleyebildiğinden (otonomi), etik ilkelerin varlığı, yapay zekâ teknolojisinin kullanılması aşamasında ortaya çıkabilecek zararlardan sorumluluk bakımından herhangi bir hukukî anlam ifade etmez. Diğer bir ifadeyle bu aşamada sorumluluk açısından bir boşluk ortaya çıkar ki; bu boşluk ancak hukuk kurallarıyla doldurulabilir.[10]

Sonuç olarak, yapay zekâya ilişkin hukukî bir çerçeveye gereksinim bulunduğu söylenebilir. Nitekim dünya genelinde de yapay zekâyla ilgili hukukî düzenlemeler yapmak yönünde bir eğilim olduğu gözlemlenmektedir.[11] Ülkemizde ise, henüz bu konuda yasal bir düzenleme bulunmamakla birlikte, Cumhurbaşkanlığı Dijital Dönüşüm Ofisi tarafından hazırlanmakta olan Ulusal Yapay Zekâ Stratejisi Belgesi'nde, isabetli olarak, hukukî düzenlemelerin önemine ve gerekliliğine vurgu yapılacağı anlaşılmaktadır.[12]

Yapay zekâya ilişkin hukukî düzenlemeler yapılması gerekliliğinin tespiti, başka bazı sorulara da kapı açmaktadır. Bu bağlamda, düzenlenmek istenen teknolojiye göre benimsenecek yasal tanımların nasıl olması gerektiği, yapılacak düzenlemelerin hangi menfaatleri koruması gerektiği, bu düzenlemelerin mevcut hukukî araçlarla mı yapılacağı yoksa yenilerinin mi ihdas edileceği, genel bir düzenlemenin mi yoksa sektörlere özel düzenlemelerin mi tercih edilmesi gerektiği, söz konusu düzenlemelerin yeni ve tek bir merkezî kurumla mı yoksa devletin mevcut ve konuyla ilgili çeşitli birimleri aracılığıyla mı hayata geçirileceği gibi sorular, önümüzdeki dönemde, yapay zekânın düzenlenmesi açısından ele alınması gereken konu başlıkları olarak karşımızda durmaktadır.

---

10 Bkz. *A study of the implications of advanced digital technologies (including AI systems) for the concept of responsibility within a human rights framework*, Council of Europe, 2019, s. 50 vd., https://rm.coe.int/a-study-of-the-implications-of-advanced-digital-technologies-including/168096bdab , (Çevrimiçi) (E.T.1.3.2021)

11 Örneğin, Avrupa Parlamentosu'nun 20 Ekim 2020 tarihli ve Yapay Zekâ İçin Hukukî Sorumluluk Rejimi (*Civil Liability Regime for Artificial Intelligence*) başlıklı ilke kararı ekinde, konuya ilişkin bir tüzük (*regulation*) taslağına yer verilmiş olup, söz konusu tüzüğün 2021 yılı içerisinde yürürlüğe girmesi beklenmektedir. Taslak hükümleri hakkında bilgi için bkz. aşa. II, B, 4. Taslak metni için bkz. https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0276_EN.html (E.T.1.3.2021).

12 Konuya ilişkin haber metni için bkz. https://cbddo.gov.tr/haberler/4688/ulusal-yapay-zeka-stratejisi-ve-yapay-zeka-enstitusu-calistaylari-duzenlendi (E.T. 1.3.2021).

II. VERİ KORUMA, HUKUKİ SORUMLULUK VE FİKRİ MÜLKİYET AÇILARINDAN YAPAY ZEKA

A. VERİ KORUMA HUKUKU VE YAPAY ZEKA

1. Yapay Zekâ ve Veri Koruma Hukuku İlişkisi

Yapay zekâya ilişkin hukukî çerçevenin belirlenmesinde göz önünde bulundurulması gereken en önemli olguların başında veri (*data*) gelmektedir. Genel anlamıyla bir araştırmanın, bir tartışmanın, bir akıl yürütmenin temeli olan unsuru ifade eden veri kavramı, bilgisayar bilimlerinde ise olgu, kavram veya komutların, iletişim, yorum ve işlem için elverişli biçimli gösterimine denilmektedir.[13]

Yapay zekânın kendisinden beklenen en temel işlevi, yani belirli bir konuda istenen analizi yapıp hedeflenen çıktıyı ortaya koyabilmesi için, ilgili verilerin sağlanması gerekmektedir. Bu durum, yapay zekânın, "veri güdümlü" (*data-driven*) olması şeklinde ifade edilir ve aynı zamanda günümüzde yapay zekâ alanında kaydedilen ilerlemenin de temel sebebini oluşturur. Gerçekten de yapay öğrenme ve derin öğrenme teknikleriyle sağlanan ilerleme, 21. yüzyılda, veri miktarı ve çeşitliliğindeki artış nedeniyle yeni bir ivme kazanmıştır.[14] Çünkü yapay öğrenmenin başarılı sonuçlar vermesi, büyük hacimli verilerin (büyük veri/*big data*) işlenmesi ile mümkün olmaktadır. Artan internet kullanımı ve kişilerin her gün pek çok sebeple veri paylaşması büyük bir veri birikimine sebep olmuş, aynı zamanda teknolojik gelişmenin sonucu olarak veri depolama imkanları da artmıştır. Bütün bu gelişmeler, sahip olunan verilerin kullanılması ile özellikle görsel tanıma, doğal dil işleme gibi alanlarda kayda değer ilerlemeleri beraberinde getirmiştir. Bu nedenle "yapay zekânın gıdası", "yeni petrol" gibi nitelemelere konu olan verinin, günümüzde dijital ekonomiyi ve yenilikçiliği (inovasyonu) besleyen en önemli kaynaklardan biri olduğunu söylemek yanlış olmaz.

Yukarıda söylenenlerden de anlaşılabileceği gibi, veri ve yapay zekâ karşılıklı bir etkileşim içerisindedir.[15]Yapay zekâ sistemlerinin kendilerinden beklenen faydaları sağlayabilmesi için mümkün olduğunca çok miktarda veriyle eğitilmeleri gerekir. Öte yandan büyük veri setlerinden anlamlı sonuçlar çıkarabilmek, yani verileri işleyebilmek için de yapay zekâ sistemleri kullanılmakta ve böylece yeni

---

13 https://sozluk.gov.tr/ (E.T. 1.3.2021).

14 *White Paper On Artificial Intelligence - A European approach to excellence and trust*, European Commission, 2019, s. 1, https://ec.europa.eu/info/publications/white-paper-artificial-intelligence-european-approach-excellence-and-trust_en (Çevrimiçi) (E.T. 1.3.2021).

15 Dülger, Murat Volkan, "Yapay Zekâ Teknolojileri ve Veri Koruma Hukuku", https://www.hukukihaber.net/yapay-zek-teknolojileri-ve-veri-koruma-hukuku-makale,7033.html (Çevrimiçi) (E.T. 1.3.2021).

verilere ulaşılmaktadır. Örneğin, yapay zekâ sistemi, kişilerin alışveriş alışkanlıklarına ilişkin verilerle eğitilmekte, sonrasında elde edilen yeni veriler de yine söz konusu sistemler kullanılarak yorumlanmaktadır. Böylece, bir kimsenin ne zaman yeni bir ürün satın alabileceği, satın aldığı ürünle birlikte başka hangi ürüne ihtiyaç duyabileceği veya ne özellikte bir ürünü tercih edebileceği gibi sonuçlara (yeni verilere) ulaşmak mümkün olmaktadır.

Günümüz ekonomisinin önemli bir unsuru olan veri, kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin olduğunda, "kişisel veri" olarak nitelenir. Bu bağlamda, gerçek kişilere ait her türlü bilgi, bireyin özel hayatının unsuru olup, kişisel veri niteliğindedir. Kişisel verilerin korunması, felsefi açıdan genellikle insan onuruna dayandırılmaktadır.[16] Pozitif hukuk açısından bakıldığında da, öncelikle Anayasa'nın 20. maddesinin üçüncü fıkrası, herkese kişisel verilerin korunmasını isteme hakkını tanımaktadır. Hukukumuzda bu konu özel olarak Kişisel Verilerin Korunması Kanunu (KVKK) ile düzenlenmiştir. Anayasa'nın 90. maddesinin beşinci fıkrası uyarınca iç hukukumuzun bir parçası olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesine göre de, herkes, özel ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Türkiye, 108 sayılı "Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunması" başlıklı Avrupa Konseyi sözleşmesine de taraftır.[17] Ayrıca Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü'nün (GDPR), uygulama alanına, belli şartlar altında, Birlik dışında gerçekleşen veri işleme faaliyetleri de dâhildir (GDPR 3).[18] Anılan tüm bu düzenlemeler, kişisel verilerin işlenmesinin (*data processing*), yani söz konusu verilerin elde edilmesinden, bunlara dayalı sonuçlara varılmasına kadarki sürecin hukukî çerçevesini ve sınırlarını belirlemektedir.

Ülkemiz açısından konuya ilişkin temel düzenleme niteliğindeki KVKK'da kişisel verilerin işlenmesi, "*Kişisel verilerin tamamen veya kısmen otomatik olan ya da herhangi bir veri kayıt sisteminin parçası olmak kaydıyla otomatik olmayan yollarla elde edilmesi, kaydedilmesi, depolanması, muhafaza edilmesi, değiştirilmesi, yeniden düzenlenmesi, açıklanması, aktarılması, devralınması, elde edilebilir hâle getirilmesi, sınıflandırılması ya da kullanılmasının engellenmesi gibi veriler üzerinde gerçekleştirilen her türlü işlem*" olarak tanımlanmıştır (m. 3/I-e). Bu çerçevede, algoritmalar

---

16 Kişisel verilerin korunması hakkının tarihsel ve felsefî temelleri ile niteliği konusunda bkz. Dülger, Murat Volkan, "İnsan Hakları ve Temel Hak ve Özgürlükler Bağlamında Kişisel Verilerin Korunması", İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 5 (1), Bahar 2018, s. 74 vd.

17 RG., T. 18 Şubat 2016, S. 29628.

18 Başalp, Nilgün, "Avrupa Birliği Veri Koruması Genel Regülasyonu'nun Temel Yenilikleri", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi- Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.21, S.1, s. 88.; ayrıca bkz. Dal, Ufuk, "Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü'nün ülke dışı uygulama yetkisi ve bu yetkinin uluslararası hukukta meşruiyeti", Kişisel Verileri Koruma Dergisi, C.1 S.1 (2019), s. 24 vd.

aracılığıyla kişisel verilerin toplanması, belirli sonuçları elde etmek amacıyla değerlendirilmesi, silinmesi, yok edilmesi ya da anonim hale getirilmesi işlemlerine kadar olan süreçte gerçekleştirilen her türlü faaliyet, kişisel verilerin işlenmesi anlamına gelir.[19] Veri koruma hukuku ve yapay zekânın yolları, tam da bu noktada kesişir. Zira yapay zekâ, "belli bir sonuca varmak" şeklinde özetleyebileceğimiz işlevini, çoğunlukla, Anayasa ve diğer mevzuatla koruma altına alınmış olan kişisel verileri işleyerek yerine getirebilmekte; bu ise, verisi işlenen kişi ile veriyi işleyen kişi arasında bir menfaat çatışması meydana getirmektedir.

Yukarıda açıklanan şekilde çatışan menfaatler, gerek hukukumuzda, gerekse uluslararası alanda, prensip olarak, "rıza" kavramı ile dengelenmektedir. Nitekim KVKK, kişisel verilerin ilgili kişinin açık rızası olmaksızın işlenemeyeceği prensibini öngörmekte (KVKK 5/I, 6/II); açık rızayı ise "*belirli bir konuya ilişkin, bilgilendirilmeye dayanan ve özgür iradeyle açıklanan rıza*" olarak tanımlamaktadır (KVKK 3/I-a) Böylece, kural olarak, ilgilinin açık rızasının bulunduğu hallerde kişisel verilerin işlenmesi hukuka uygun sayılırken, aksi durumda ise veri işleme hukuka aykırı olacak ve Kanun'da belirtilen sorumlular, yine Kanun'da veya gönderme yapılan mevzuatta belirtilen yaptırımlarla karşı karşıya kalacaktır.

Teknolojideki hızlı gelişim, kaçınılmaz olarak, veri koruma hukukunda da gözden geçirme ve değişim taleplerini sıklıkla gündeme getirmektedir. Örneğin, veri üzerindeki hakkın niteliği, kişisel verilerin ülke dışına aktarılması gibi konular halen çeşitli açılardan tartışılmaktadır. Bunun yanısıra Covid-19 pandemisi de, dünya üzerindeki hayatın tüm unsurlarında olduğu gibi, kişisel verilere bakış açısında da köklü değişimleri tetiklemiştir. Nitekim, yakın zamanda kamuoyuna açıklanan, İnsan Hakları Eylem Planı[20] ve Ekonomik Reformlar Eylem Planı'nda[21], KVKK'nın, özellikle GDPR da dikkate alınarak gözden geçirilmesinin hedeflendiği ifade edilmiştir.

Yukarıda da değinildiği üzere, yapay zeka, veri işleme potansiyeline yaptığı katkı nedeniyle, verinin günümüzde büyük bir ekonomik değer kaynağı halinde gelmesinde önemli bir role sahiptir. Verinin sahip olduğu ekonomik değer nedeniyle, tüm dünyada adeta bir "veriye hâkim olma" yarışı yaşanmaktadır. Öyle ki, bu yarışta geri kalan ve yalnızca veri üreten ülkelerin, deyim yerindeyse, adeta bir "veri

---

19 https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/2048/Kisisel-Verilerin-Islenmesi (E.T.: 1.3.2021).

20 *İnsan Hakları Eylem Planı*, T.C. Adalet Bakanlığı, Mart 2021. https://rayp.adalet.gov.tr/resimler/1/dosya/insan-haklari-ep02-03-202115-14.pdf (Çevrimiçi) (E.T. 3.3.2021)

21 *Ekonomik Reformlar Eylem Planı*, T.C. Hazine ve Maliye Bakanlığı, Mart 2021. https://ms.hmb.gov.tr/uploads/2021/03/Ekonomi-Reform-Takvimi.pdf (Çevrimiçi) (E.T.23.3.2021)

çöplüğüne" dönüşeceklerini; buna karşılık veriye ve onu işlemek için gerekli teknolojik imkânlara sahip olanların ise, sömürgecilik dönemini andırır şekilde, ürettikleri teknolojiyi yine o ülkelere satarak, refahlarını büyüteceklerini öngörmek güç değildir. Öte yandan, kişisel veriler söz konusu olduğunda, terazinin diğer kefesinde ise temel hak ve özgürlükler bulunmaktadır. Bu nedenle veriye hâkim olma yarışında önde olmak isteyen ülkelerin, söz konusu ekonomik mülahazalar ve temel hakları en uygun noktada dengeleyen hukukî altyapıyı oluşturma gayreti içerisinde olduğu görülmektedir.

Aşağıda, sözü edilen altyapının oluşturulmasında, yapay zekâ açısından özel olarak ele alınmayı gerektiren hususlara örnek teşkil eden bazı durumlara yer verilmiştir.

2. Veri Koruma Hukukunun Yapay Zekâ Bakımından Özellikle Ele Alınması Gereken Yönlerine İlişkin Bazı Örnekler

a) "Veri İşleme Amacının Belirliliği" ve "Gerekenden Fazla Veri İşlememe" İlkeleri Karşısında Yapay Zekâ

Kişisel verilerin işlenme amaçlarının belirli, açık ve meşru olması (*finality, purpose limitation*) (KVKK 4/II-c, GDPR 5/I-b) ile verilerin, işlendikleri amaçla bağlantılı, sınırlı ve ölçülü olması (*data minimisation*) (KVKK 4/II-ç, GDPR 5/I-c), veri koruma hukukunun en temel ilkelerindendir. Ayrıca, verilerin işlenmesi yönünde veri sahibi tarafından açıklanan rıza da ancak belirli bir konuya ilişkin olduğu takdirde geçerli kabul edilmektedir. (KVKK 3/I-a, GDPR 7).

Buna karşılık, makine öğrenmesine dayanan yapay zekâ sistemleri, bir kez oluşturulduktan sonra, eylemlerini kendileri belirleyebildiğinden, sistemin hangi verileri toplayacağı ve özellikle hangi amaçlarla işleyebileceği baştan öngörülemeyebilir.[22] Diğer bir ifadeyle yapay zekâ, başlangıçta öngörülmeyen verileri toplayabilir ya da onları veri sahibinin rızası alınırken öngörülmeyen bir amaç için işleyebilir. Tüm bu olasılıklar, veri sorumlularının ilgili mevzuatın öngördüğü yaptırımlarla karşı karşıya kalmalarına neden olabilir. Yapay zekâ sistemlerinin şeffaf (*transparent*) ve açıklanabilir (*explainable*) olmamasının yanısıra, konunun fikrî mülkiyet ve ticarî sırlarla ilgisi de göz önünde bulundurulduğunda, türlü yapay zekâ sistemleri açısından, veri işlemenin amaca uygun ve ölçülü olup olmadığının tespitinin güçlüğü ortaya çıkmaktadır.

Sözü edilen güçlüğe bir çare olarak GDPR 25'te, tasarımla ve varsayılan ayarlarla veri koruma (*data protection by design and by default*)

[22] Barfield, Woodrow/Pagallo Ugo, "*Advanced Introduction to Law and Artificial Intelligence*", Edward Elgar Publishing, 2020. [VitalSource Bookshelf]. https://bookshelf.vitalsource.com/#/books/9781789905137/ (Çevrimiçi) (E.T.: 1.3.2021)

anlayışı benimsenmiştir.[23] Tasarımla koruma, veri korumaya yönelik teknik ve organizasyonel önlemlerin, veri işleme sisteminin tasarlanması, ürün geliştirilmesi gibi en baştaki aşamalarda alınmasını; varsayılan ayarlarla koruma ise, piyasaya sürülen bir ürünün ya da hizmetin, son kullanıcının ayarlamasına gerek kalmadan, en güçlü veri koruma ayarları seçili olarak kullanıcıya sunulmasını ifade eder.[24] Açıklanan yönleriyle bu kavramlar, teknolojiyi üretenlere yönelik, yazılım ve donanımın veri koruma hukukuna uygun şekilde üretilmesi yönünde bir beklenti ve yükümlülüğü ifade etmekte ve teorik olarak iyi bir çözüm gibi görünmektedir. Bununla birlikte, muhatapların teknik açıdan bu beklentiyi nasıl karşılayabilecekleri sorusu halen açıklığa kavuşturulmuş değildir.[25]

b) Veri Sorumlusu Kavramı ve Yapay Zekâ

Veri koruma hukuku açısından "veri sorumlusu" (*data controller*), "*kişisel verilerin işleme amaçlarını ve vasıtalarını belirleyen, veri kayıt sisteminin kurulmasından ve yönetilmesinden sorumlu olan gerçek veya tüzel kişiyi*" ifade eder (KVKK 3/I-ı). "*Veri sorumlusunun verdiği yetkiye dayanarak onun adına kişisel verileri işleyen gerçek veya tüzel kişiye*" ise, "veri işleyen" (*data processor*) denilmektedir (KVKK 3/I-ğ). Bu tanımın da ortaya koyduğu gibi veri sorumlusu, veri koruma mevzuatında öngörülen yükümlülükleri (KVKK 10, 12) yerine getirmesi gereken; söz konusu yükümlülükler yerine getirilmediğinde de bunun hukukî sonuçlarına katlanacak olan asıl kişidir. Bununla birlikte, veri işleyen de kendisi için öngörülmüş olan yükümlülükleri (KVKK 12/II, IV) yerine getirmemesi halinde, veri sorumlusu ile birlikte veya ayrı olarak sorumlu tutulabilir.

Yapay zekâ sistemleri gelişip karmaşıklaştıkça, verilerin hukuka aykırı bir şekilde işlenmesinden kimin sorumlu tutulacağının belirlenmesinin de güçleşeceğini öngörmek mümkündür. Zira verinin doğrudan bir yapay zekâ sistemi tarafından toplanıp işlendiği bazı hallerde, kimin "*verilerin işleme amaçlarını ve vasıtalarını belirleyen*" kişi olduğu; diğer bir ifadeyle, sistemi kullanan kişinin veri sorumlusu mu, yoksa yalnızca son kullanıcı mı sayılacağı gibi sorulara cevap vermek kolay olmayabilir.[26] Diğer bir ifadeyle, son kullanıcının hiçbir şekilde dahil olmadığı tasarım, geliştirme veya eğitim aşamalarındaki hatalardan kaynaklanan veri ihlâllerinde, veri koruma hukukundan kaynaklanan sorumluluğun kime yüklenmesinin daha âdil olduğu, üzerinde

---

23 Başalp, s. 92.

24 Koops, Bert-Jaap/Leenes, Ronald E: "Privacy regulation cannot be hardcoded. A critical comment on the 'privacy by design' provision in data-protection law", International Review of Law, Computers & Technology, 28:2, (2014), s. 159 vd; Barfield/Pagallo, Chapter 5, 2.4.,

25 Bkz. Koops/Leenes, s. 162 vd.; Barfield/Pagallo, Chapter 5, 2.4.; Başalp, s. 92.

26 Barfield/Pagallo, Chapter 5, 2.5.

düşünülmesi gereken bir soru olarak karşımızda durmaktadır. Esasen bu soru, bir sonraki başlık altında incelenecek olan sorumluluk hukuku konusunda benimsenecek yaklaşımla da yakından ilgilidir.

Veri sorumlusu kavramıyla ilgili olarak dile getirilmesi gereken bir başka husus da, hukukumuzda "ortak veri sorumluluğu" kurumuna yer verilmemiş olmasıdır.[27] GDPR'ın 26. maddesinde düzenlenmiş olan ortak veri sorumluluğu, verilerin, aynı amaçla tek bir kayıt sistemine farklı kişiler tarafından işlenmesi durumunda ortaya çıkar ve söz konusu kişilerin veri ihlâllerinden birlikte sorumluluğu sonucunu doğurur. Örneğin, bir e-ticaret sitesinde, bir sosyal ağ sitesinin beğeni tuşuna yer verilmesi halinde, her iki site de aynı veriyi birlikte işlediklerinden, veri koruma hukukuna aykırılıklardan da birlikte sorumlu tutulmalıdır.[28] Bu nedenle, ortak veri sorumluluğu kurumunun hukukumuzda da yasal düzenlemeye kavuşturulmasının, kişisel verilere ve veri sahiplerine sağlanan korumayı genişletici yönde bir adım olacağı kuşkusuzdur.

c) Kişisel Verilerin Münhasıran Otomatik Sistemler Vasıtasıyla İşlenmesiyle Ortaya Çıkan Sonuca İtiraz Hakkı ve Yapay Zekâ

Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun 11. Maddesinin birinci fıkrasının (g) bendi, ilgili kişiye, kendisiyle ilgili verilerin münhasıran otomatik sistemler kullanılarak işlenmiş olması halinde, veri sorumlusuna başvurarak, aleyhine olarak ortaya çıkan bir sonuca itiraz etme hakkı tanımaktadır. Hiç şüphesiz, böyle bir hakkın anlam ifade edebilmesi için, varılan sonucun gerekçesinin ilgili kişiye, en azından genel hatlarıyla açıklanabilmesi gerekir.

Yapay zekâ sistemlerinin şeffaf ve açıklanabilir olmaması sorunu, bu nokta da karşımıza çıkar. Zira söz konusu sistemler kullanılarak varılan sonucun dayanaklarının açıklanamaması halinde, ilgiliye tanınan itiraz hakkı anlamını yitirecektir.[29] Bu nedenle, teknolojik açıdan açıklanabilirlik standart haline gelmedikçe, konuyla ilgili yasal düzenlemelerin bu gerçeğe uygun bir yapıda olması gerekmektedir.

---

[27] Bkz. Yılmaz, Süleyman/Çavuşoğlu, Gökçe Filiz, "*Kişisel Verileri Koruma Hukuku*", Yetkin Yayınevi, Ankara 2020, s. 53; Dülger, Murat Volkan, "GDPR'da Bulunan Ancak KVKK'da Yer Verilmeyen Bir Kavram: Ortak Veri Sorumlusu Kavramı ve Güncel Kararlar Işığında Değerlendirilmesi", https://www.hukukihaber.net/gdprda-bulunan-ancak-kvkkda-yer-verilmeyen-bir-kavram-ortak-veri-sorumlusu-kavrami-ve-guncel-kararlar-isiginda-degerlendirilmesi-makale,6898.html (Çevrimiçi) (E.T.: 1.3.2021)

[28] Örneğe ilişkin Avrupa Birliği Adalet Divanı kararı için bkz. https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf;jsessionid=8DBD69E7AE1F7E84F2821CD64A2189A0?text=&docid=216555&pageIndex=0&doclang=EN&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=4907333 (Çevrimiçi) (E.T. 1.3.2021)

[29] Barfield/Pagallo, Chapter 5, 2.5.

B. HUKUKİ SORUMLULUK VE YAPAY ZEKA

1. Genel Olarak

Yapay zeka sistemleri, insan kontrolü dışında (otonom) bir şekilde işleyebilmekte ve yapay öğrenmeye (*machine learning*) dayalı olmaları nedeniyle eylemleri de öngörülemeyebilmektedir. Üstelik, bu sistemler, gün geçtikçe birbirleriyle ve başka bazı sistem veya cihazlarla daha da bağlantılı (*interconnected*) hale gelmektedir.[30] Sözü edilen sistemler, sağlıktan, finansa; savunmadan, pazarlamaya, toplum hayatını yakından ilgilendiren bir çok alanda yaygın olarak kullanılmaya başlamıştır. Bunun yanısıra, robotik alanında, yani dijital sistemlerin, fiziksel algılayıcılar (sensör) ve harekete geçirme mekanizmalarıyla (aktüatör) birleşiminden oluşan sistemlerde, önemli ilerlemeler kat edilmiştir.[31] Tüm bu olgular, yapay zeka sistemlerinin kullanılmasından kaynaklanan fakat arzu edilmeyen sonuçlara kimin katlanması gerektiği; diğer bir ifadeyle söz konusu sistemlerin sebep olduğu zararların kim tarafından, nasıl tazmin edileceği sorusunu hukukun gündemine oturtmuştur.[32]

Yapay zekâyı, sorumluluk hukuku açısından özel kılan sebeplerin başında yapay öğrenme veya makine öğrenmesi (*machine learning*) gelir. Yapay öğrenme, dijital sistemlerin, matematiksel ve istatistiksel yöntemler kullanarak, kendilerine sağlanan verilerden bazı çıkarımlar yapma ve davranışlarını bu çıkarımlara göre belirleme yeteneği olarak tanımlanabilir.[33]Yapay öğrenme, bir yandan sistemin tüm davranışlarının önceden programlanması gereğini ortadan kaldırırken, diğer yandan, programcının bu davranışlar üzerindeki etkisini ve

---

[30] Zech, Herbert, "Liability for AI: public policy considerations", Bölüm 1.1., EraForum (2021), https://doi.org/10.1007/s12027-020-00648-0 (Çevrimiçi) (E.T. 1.3.2021).

[31] Zech, Bölüm 1.1.

[32] Hiç şüphesiz aynı durum, yapay zeka kaynaklı bir eylemin suç teşkil etmesi durumunda, cezaî sorumluluğun nasıl tespit edebileceği bakımından da geçerli olmakla birlikte, söz konusu sorumluluk, bu çalışmanın kapsamı dışında kalmaktadır. Bu konuyla ilgili olarak bkz. Özbek, Ceren/Özbek, Veli Özer, "Yapay Zekânın Dâhil Olduğu Suçlar Bakımından Ceza Hukuku Sorumluluğunun Belirlenmesi", Ceza Hukuku Dergisi, C.14, S. 41 (Aralık 2019), s. 603 vd.; Kelep Pekmez, Tuba, "Otonom Araçların Kullanımından Doğan Cezaî Sorumluluk: Türk Hukuku Bakımından Genel Bir Değerlendirme", Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi- Journal of Penal Law and Criminology 2018; 6 (2), s. 175 vd.; Değirmenci, Olgun, "Yapay Zekâ ve Ceza Hukuku Sorumluluğu", https://www.academia.edu/42794137/Yapay_Zeka_ve_Ceza_Sorumlulu%C4%9Fu (Çevrimiçi) (E.T.1.3.2021); Altunç, Sinan, "Robotlar, Yapay Zeka ve Ceza Hukuku", https://www.researchgate.net/publication/336406393_Robotlar_Yapay_Zeka_ve_Ceza_Hukuku (Çevrimiçi) (E.T. 1.3.2021).

[33] "Makine Öğrenmesi Nedir?", Microsoft Azure, 2021. https://azure.microsoft.com/tr-tr/overview/what-is-machine-learning-platform/; "Makine Öğrenmesi Nedir?" Aladağ, Emre, 2015. https://www.emrealadag.com/makine-ogrenmesi-nedir.html (Çevrimiçi) (E.T.1.3.2021); Zech, Bölüm 1.1.

dolayısıyla söz konusu davranışların öngörülebilirliğini azaltmaktadır.[34] Bu durum, sistemle ilgili olarak, çoğu hukuk düzeninde özel bir sorumluluk rejimine tâbi tutulmuş olan "ürün" ya da sorumluluğun ve/veya kapsamının belirlenmesinde rol oynayabilen "kusur" gibi kavramlar açısından önem arz eder.[35]

Yapay zekânın sorumluluk hukukunu ilgilendiren bir diğer önemli özelliği, sistemin vardığı sonuçların sebeplerinin genellikle açıklanamaz (*unexplainable*) olmasıdır. "Kara kutu sorunu" (*black-box problem*) olarak adlandırılan bu durum, yapay zekâ algoritmalarının kendilerine sağlanan verilere dayalı olarak vardıkları sonuçlara hangi nedenlerle ulaştıklarının bilinemez olmasını ifade eder.[36] Yapay zekâ sistemlerinin bu özelliği, sistem kaynaklı bir zarar doğduğunda hatanın nerede olduğunun tespitini güçleştirir. Bu durum ise illiyet (nedensellik) bağı ve gerektiğinde kusur gibi, hukukî sorumluluğun temel unsurlarının belirlenmesi açısından aşılması gereken bir engel niteliği taşır.[37]

Yapay öğrenme ve açıklanamazlığın yanısıra, yapay zekâ sistemlerinin karar ve eylemlerine yön veren algoritmaların maddî varlığının bulunmaması, söz konusu sistemlerin veri güdümlü (*data-driven*) olması ve siber saldırılara açıklığı (*vulnerability*) gibi hususları da, söz konusu sistemlerin hukukî sorumluluk bakımından özel olarak ele alınmasını gerektiren sebepler arasında saymak mümkündür.[38] Örneğin maddî varlığın bulunmaması, prensip olarak ürün sorumluluğunun uygulanmasını engeller iken, veri güdümlülük ise, olası sorumlular çevresine veri sağlayanlar gibi kimselerin dahil olması sonucunu doğurmaya elverişlidir.[39]

---

34 Zech, Bölüm 1.1.

35 Bkz. Scherer, Matthew U., "Regulating Artificial Intelligence Systems: Risks, Challenges, Competencies, and Strategies", Harvard Journal of Law & Technology, Volume 29, Number 2 (Spring 2016), s. 392; Borghetti, Jean Sébastian, "Civil Liability for Artificial Intelligence: What Should its Basis Be?" La Revue des Juristes de Sciences Po, Juin 2019, s. 97; Zech, Bölüm 3.1.; Sullivan, Hannah R./Schweikart Scott J., "Are Current Tort Liability Doctrines Adequate for Addressing Injury Caused by AI?" AMA Journal of Ethics, Volume 21, Number 2 (February 2019), s.162-163.

36 Bathaee, Yavar, "The Artificial Intelligence Black Box and The Failure of Intent and Causation", Harvard Journal of Law & Technology, Volume 31, Number 2 (Spring 2018), s. 891 vd.

37 Bathaee, s. 922 vd.; Scherer, s. 372; Barfield/Pagallo, Chapter 6, 1.

38 *Report on Liability for AI and Other Digital Technologies- New Technologies Formation*, European Commission, (2019), s. 5, https://ec.europa.eu/transparency/regexpert/index.cfm?do=groupDetail.groupMeetingDoc&docid=36608 (Çevrimiçi) (E.T. 1.3.2021)

39 Borghetti, s. 95; Sullivan/Schweikart, s. 163; Barfield/Pagallo, Chapter 6, 1; Zech, Bölüm 1.2

Yapay zekâ sistemlerinin mevcut ve olası kullanım biçimleri göz önünde bulundurulduğunda, sorumluluk konusunu ikili bir ayrım çerçevesinde ele almak gerekir:

2. Karar Destek Sistemi Olarak Yapay Zekâ ve Hukukî Sorumluluk

Birinci olasılık, yapay zekânın karar destek sistemi (*decision support system*) olarak kullanılmasıdır ki; günümüzde başta sağlık ve finans olmak üzere, çeşitli sektörlerde yaygın kullanım biçimi budur. Belirtilen durumda, yapay zekâ sistemlerinin sahip olunan verilere dayalı olarak ürettiği sonuçlara göre, hastalıkların teşhis ve tedavisi veya belli bir finansal varlığa yatırım yapılması gibi konulara yönelik kararlar verilmektedir. Yapay zekâ sistemlerinin bu şekilde kullanımı, önemli kolaylıkları beraberinde getirmiş, bir çok kararın eskisinden daha isabetli ve hızlı bir şekilde alınmasına imkan sağlamıştır. Örneğin, normal koşullar altında 15 güne kadar sürebilen beyin manyetik rezonans görüntüleme (MR) sonucunun alınması, ülkemizde geliştirilen yapay zekâ tabanlı bir sistem sayesinde, yalnızca 5-10 saniye içerisinde gerçekleştirilebilmektedir.[40]

Bununla birlikte, çeşitli sebeplerle, yapay zekâ destekli kararların hatalı veya isabetsiz olması durumuyla da karşılaşılabilmektedir. Örneğin, bir yapay zekâ sisteminin geliştirdiği önerilere dayalı olarak yapılan yatırımlar sonucunda, bir gün içerisinde 23 milyon ABD doları zarara uğradığını iddia eden bir kişi, aralarındaki sözleşme uyarınca kendisine bu hizmeti sağlayan yatırım danışmanlığı şirketi aleyhine, zararının tazmini talebiyle dava açmıştır.[41] Keza, basında yer alan haberlerde, kanser teşhis ve tedavisinde kullanılan bir yapay zekâ sisteminin, hastalar için hatalı veya tehlikeli tedavi yöntemleri önerdiği ileri sürülmüştür.[42]

Yukarıdaki örneklerde olduğu gibi, yapay zekâ sistemlerine dayalı olarak alınan kararlar sonucunca bir zarar doğması halinde, zarardan kimin sorumlu olacağının tespiti görece daha kolaydır. Zira zarar görenin karşısında, kural olarak sözleşme ilişkileri çerçevesinde

---

40 T.C. Cumhurbaşkanlığı Dijital Dönüşüm Ofisi, Yapay Zekâ ve Büyük Veri Birimi ve Gazi Üniversitesi iş birliğiyle hayata geçirilen Türk Beyin Projesi hakkında bkz. https://cbddo.gov.tr/haberler/4890/turkiye-de-bir-ilk-turk-beyin-projesi-cumhurbaskanligi-dijital-donusum-ofisi-ve-gazi-universitesi-is-birligi-ile-hayata-gecirildi- (Çevrimiçi) (E.T.1.3.2021)

41 "Who to Sue When a Robot Loses Your Fortune", Beardsworth, Tomas/Kumar, Nishant, https://www.bloomberg.com/news/articles/2019-05-06/who-to-sue-when-a-robot-loses-your-fortune (Çevrimiçi) (E.T.1.3.2021)

42 "IBM's Watson supercomputer recommended 'unsafe and incorrect' cancer treatments, internal documents Show" Ross, Casey/Swetlitz Ike, https://www.statnews.com/2018/07/25/ibm-watson-recommended-unsafe-incorrect-treatments/ (Çevrimiçi) (E.T.1.3.2021)

kendisine karşı sorumlu bulunan, hekim, finansal danışman gibi uzman kişiler veya bunların bağlı olarak çalıştığı gerçek veya tüzel kişiler vardır. Bu noktada yapay zekâ kullanımının oluşturduğu güçlük, daha çok sorumluluğun bulunup bulunmadığını tespit noktasındadır. Şöyle ki; sözü edilen hallerde zarar gören ile uzman kişiler (hekim, danışman vs.) arasındaki ilişki genellikle Türk Borçlar Kanunu (TBK) çerçevesinde, vekalet sözleşmesi (TBK 502) niteliğinde olup, uzman kişiler "vekil" konumundadır. Bu uzman kişiler, sözleşme gereği üstlendikleri işi, sadakat ve özenle, mesleklerinde kabul görmüş standartlara uygun bir şekilde yerine getirmek yükümlülüğü altındadır (TBK 506/II-III). Dolayısıyla, meslekî faaliyetleriyle bağlantılı olarak ortaya çıkan zarardan sorumlu olup olmadıkları, söz konusu yükümlülüklerin yerine getirilip getirilmediğine bağlıdır. İşte bu noktada, yapay zekâ sistemlerinin varlığı, önemli etkiler yaratabilir. Zira meslek standartları, yapay zekâ sistemlerinden destek alınmasını veya kullanılan yapay zekâ sistemlerinin ürettiği sonuçların meslekî bilgi ve tecrübeyle gözden geçirilmesini gerektirebilir.[43] Birinci durumda, yapay zekâ sisteminden destek alınmamış, ikinci durumda ise söz konusu sistemin ürettiği sonucun meslekî bilgi ve tecrübeyle teyit edilmemiş olması, hukukî sorumluluğun doğmasına neden olabilir. Öte yandan, yapay zekâ sistemlerinin ürettiği sonuçlara dayanan karar ve eylemlerden doğabilecek olası sorumluluk, sadece karar verenleri ilgilendiren bir mesele değildir. Karar verenlerin bağlı çalıştıkları kişiler, onlara karşı sorumlu olan, olası rücu taleplerinin muhatapları (veri sağlayan, yazılımcı, üretici, işletici, satıcı vs.) veya söz konusu sorumluluk riskini sigortalamış bulunan şirketler gibi ilgililerin de varlığı göz önünde bulundurulduğunda, geniş bir menfaat sahipleri yelpazesi ortaya çıkmaktadır.

Ortaya konulan bu hususlar karşısında, mevcut hukuksal düzenlemelerin, zarar riskinin ilgililer arasında âdil bir şekilde paylaşılması ihtiyacına cevap verip vermediği; yeni düzenlemeler yapılacaksa bunların genel mi yoksa sektörlere özel mi olacağı, bu yeni düzenlemelerde, zarar görenlere karşı sözleşmeye dayalı sorumluluğu bulunan kişiler dışında, yapay zeka sistemlerini üreten/işleten kimselerin sorumlu tutulmasına gerek bulunup bulunmadığı, konuya ilişkin hukukî çerçevenin oluşumunda, meslek kuruluşlarının ve yargı organlarının ne gibi roller üstlenebileceği gibi konular, önümüzdeki dönemin cevap bekleyen soruları olarak karşımızda durmaktadır.

---

[43] Bkz. Price II, W. Nicholson, "Medical Malpractice and Black-Box Medicine", University of Michigan Public Law Research Paper No. 536, s. 9 vd. https://ssrn.com/abstract=2910417 (Çevrimiçi) (E.T.: 1.3.2021)

3. Yapay Zekâ Sistemlerinin Zarar Görenlerle Doğrudan Etkileşimi ve Hukukî Sorumluluk

Yapay zekâ sistemlerinin zarar görenlerle etkileşimleri konusundaki ikinci olasılık, söz konusu etkileşimin araya herhangi bir kimse girmeksizin, doğrudan gerçekleşmesidir. Diğer bir ifadeyle bu olasılıkta, yapay zekânın karar destek sistemi olarak kullanılmasından farklı olarak, meydana gelen zarar, doğrudan sistemin gerçekleştirdiği bir işlem veya eylemden kaynaklanmaktadır. Daha önce de ifade edildiği üzere, özellikle robotik alanındaki gelişmeler, bu tür bir zararla karşılaşılma olasılığını artırmıştır.

Sözü edilen olasılık, şimdilik daha çok otonom (sürücüsüz) araçlar çerçevesinde karşımıza çıkmaktadır. Bu konuda yaşanmış bir örnek olarak, Amerika Birleşik Devletleri'nin Arizona eyaletinde 2018 yılında meydana gelen bir trafik kazası verilebilir. Yapay zekânın dâhil olduğu ilk ölümcül olay olarak kayıtlara geçen bu kazada, yapay zekâ destekli sürücüsüz araç, seyir halindeyken bir yayaya çarparak, onun ölümüne sebep olmuştur.[44] Sürücüsüz aracın sahibi olan şirket, olayla ilgili hukukî sorumluluğu anlaşma yoluyla üstlenerek, hayatını kaybeden kişinin yakınlarına tazminat ödemiştir. Cezaî sorumluluk bakımından ise, başlangıçta kimseye herhangi bir isnatta bulunulmamış olmakla birlikte, olayın üzerinden yaklaşık bir buçuk yıl sonra, gerektiğinde kontrolü devralmak üzere araçta bulunan fakat kaza anında cep telefonuna baktığı için yayayı görmeyen şirket çalışanı hakkında, taksirle ölüme sebebiyet vermekten ceza davası açılmıştır.[45]

Öte yandan, teknolojik gelişimin hızı göz önünde bulundurulduğunda, çok uzak olmayan bir gelecekte, bu konudaki örneklerin sayısının artacağı beklenebilir. Örneğin, tıp alanında uzunca bir süredir zaten kullanılmakta olan fakat otonom karar verme ve hareket etme özelliği bulunmayan *Da Vinci* gibi robotların yanısıra, yapay zekaya dayalı olarak, insan müdahalesi olmaksızın, cerrahî müdahale yapabilen robotlar da geliştirilmektedir.[46]

Verilen örneklerde olduğu gibi, zarara sebebiyet veren yapay zekâ sistemi ile olası zarar gören arasında herhangi bir kişinin bulunmadığı haller, yapay zekâ ve hukukî sorumluluk ekseninde en can alıcı noktayı

---

[44] Olaya ilişkin haber için bkz. "Sürücüsüz Uber bisikletlinin ölümüne neden oldu", https://www.ntv.com.tr/galeri/dunya/surucusuz-uber-bisikletlinin-olumune-neden oldu,7NV9KlFqgkKNCp74JxInqg/aXTf0GNLY0Cm9HrdzlQtsQ (Çevrimiçi) (E.T. 1.3.2021)

[45] "Uber self-driving car operator charged in pedestrian death", McFarland, Matt, https://edition.cnn.com/2020/09/18/cars/uber-vasquez-charged/index.html (Çevrimiçi) (E.T. 1.3.2021)

[46] "*Study on Artificial Intelligence and Civil Liability*", European Parliament, 2020, s. 112. https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/621926/IPOL_STU(2020)621926_EN.pdf (Çevrimiçi) (E.T. 1.3.2021)

oluşturur. Bilindiği üzere hukukî sorumluluk, her şeyden önce, sorumlu tutulabilecek bir kişiliği ve bu sorumluluğun olası sonuçlarının karşılanabileceği bir malvarlığını gerektirir[47]. Yapay zekâ sistemleri, bir yandan hukukî sonuçları olabilecek işlem ve eylemlerin kaynağı olabilirken, diğer yandan sorumluluğun süjesi olabilecek hukukî kişilikten ve olası tazminatı karşılayabilecek malvarlığından yoksundur. Öte yandan, hukukî sorumluluğun temel isnat kriteri olan kusur (TBK 49), insan davranışlarında bulunan veya bulunmayan bir unsuru ifade ettiğinden, yapay zekâ sistemlerinden kaynaklanan eylemlerin, bu anlamda "kusurlu" olup olmadığından söz etmek de mümkün değildir.[48]

Yukarıdaki tespitler doğrultusunda, yapay zekâ sistemlerinin kendilerinin, meydana gelen zararlardan sorumlu tutulması olasılığı bulunmadığından, ya söz konusu zararlar zarar görenin üzerinde kalacak, yani hiç kimse sorumlu olmayacak; ya da hukuk düzeni bu zararları tazmin etmek üzere bir "sorumlu" işaret edecektir. Hiç kimsenin sorumlu olmaması, yapay zekâ sistemlerinin kötüye kullanımı sonucunu doğurabileceğinden, bir çok hukuk düzeninde, yapay zekâ kaynaklı zararların kim tarafından, hangi şartlar altında tazmin edilmesi gerektiği sorusuna cevap arandığı gözlemlenmektedir. Bu arayışın temelinde, aksine açık bir yasal düzenleme olmadıkça, kişilerin ancak kendi davranışlarının sonucu olan zararlardan sorumlu tutulabilecekleri yönündeki ilke yatar[49]. Nitekim, mevcut hukuk düzenlerinde, yapay zekâ kaynaklı zararlardan kimin sorumlu tutulacağı sorusuna, bazı durumlar için hiçbir cevap bulunamazken, bazı durumlar için de mevcut cevapların hukuken isabetli ve âdil olup olmadıkları tartışılmaktadır. Örneğin hukukumuzda, Karayolları Trafik Kanunu (KTK) uyarınca "motorlu araç" niteliğinde olan sürücüsüz (otonom) araçların işletilmesinden doğan zararlardan, "*motorlu aracın işleteni"* ve -varsa- *"bağlı olduğu teşebbüsün sahibi"* müteselsilen sorumludur (KTK 85). Bununla birlikte, yüksek seviye otonom araçlarda,[50] yani belli bir noktaya hangi yoldan ulaşılacağı, ne zaman, hangi hızda seyredileceği, ne zaman durulup ne zaman hareket edileceği gibi hususların, algoritmalar tarafından belirlendiği hallerde, yani "sürücü" nün alelâde bir yolcudan farksız olduğu durumlarda,[51] olası zararlardan yine de

---

47 Eren, Fikret, *"Borçlar Hukuku Genel Hükümler"*, 21. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2017, s. 83.

48 Borghetti, s. 95; Ercan, Cannur, "Robotların Fiillerinden Doğan Hukuki Sorumluluk Sözleşme Dışı Sorumluluk Hallerinde Çözüm Önerileri", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl: 11, Sayı: 40 (Ekim 2019), s. 28.

49 Bkz. Eren, s. 508 vd.

50 Araçların çeşitli otonomi seviyeleri hakkında bkz. Pekmez, Cüneyt, "Alman Karayolları Trafik Kanunu'nda 20 Haziran 2017'de Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Türk/ İsviçre Hukuku'nda Araçların Otonomlaştırılmasının İşletenin Sorumluluğuna Etkisi", İstanbul Hukuk Mecmuası, 77 (1), (2019), s. 160 vd.

51 Wagner, Gerhard, "Robot liability", Liability for Artificial Intelligence and the Internet of Things, Ed. Lohsse, S., Schulze, R., Staudenmeyer, D., Baden-Baden, 2019, s. 39.

işletenin sorumlu tutulmasının âdil bir sonuç olup olmadığı, üzerinde düşünülmesi gereken bir sorun olarak kendini göstermektedir.[52]

Yukarıda açıklanan olgular karşısında, mevcut yasal düzenlemelerin, en azından bazı değişikliklerle ihtiyaçları karşılayıp karşılayamayacağı; konunun genel olarak mı, yoksa sektörlere özgü çözümlerle mi ele alınacağı; yeni yasal düzenlemeler yapılacaksa, yapay zekâ sistemlerine hukukî anlamda "kişilik" veya benzeri bir statü tanınmasına gerek olup olmadığı,[53] eğer böyle bir gereklilik yoksa, yeni düzenlemelerde mevcut sorumluluk rejimlerinden (ürün sorumluluğu, istihdam edenin sorumluluğu, hayvan tutanın sorumluluğu vb.) örnekseme yoluyla yararlanılıp yararlanılamayacağı; gerek zarar gören-sorumlu ilişkisinde, gerekse olası sorumlular arasındaki rücu ilişkilerinde, nedensellik bağı, ispat yükü gibi konularda yapay zekâ sistemlerinin özelliklerinden kaynaklanan güçlüklerin nasıl aşılabileceği; zorunlu sigortalara ne tür bir işlev tanınabileceği ve hatta konuya ilişkin yabancı unsur içeren uyuşmazlıkların hangi hukuka göre çözüleceği gibi hususlar, yapay zekâ ve sorumluluk ekseninde kanun koyucuların çözmesi gereken meseleler olarak karşımıza çıkmaktadır.

3. Yapay Zekâ İçin Hukukî Sorumluluk Rejimi Hakkında Avrupa Parlamentosu İlke Kararı ve Tüzük Taslağı

Avrupa Birliği, yapay zekâya ilişkin hukukî çerçevenin belirlenmesinde, yapay zekâ kaynaklı zararlardan sorumluluk meselesini öncelikli konulardan biri olarak görmektedir. Bu bağlamda, çeşitli tarihlerde Birlik bünyesinde, görevlendirilen uzmanlar tarafından konuyla ilgili raporlar hazırlanmış, hukukî öneriler geliştirilmiş ve ilke kararları alınmıştır.[54] Nihayet Avrupa Parlamentosu'nun 20 Ekim 2020

---

52 Karş. *Report on Liability for AI and Other Digital Technologies- New Technologies Formation*, European Commission, 2019, s. 35,

https://ec.europa.eu/transparency/regexpert/index.cfm?do=groupDetail.groupMeetingDoc&docid=36608 (Çevrimiçi) (E.T. 1.3.2021).

53 Bkz. Solum, Lawrence, "Legal Personhood for Artificial Intelligences". North Carolina Law Review 70, (1992), No:4, s. 1231 vd.; *Resolution on Civil Law Rules on Robotics*, European Parliament, 2017, Paragraf 59, (f), https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0051_EN.pdf (E.T.1.3.2021).

54 Bkz. *Resolution on Civil Law Rules on Robotics*, European Parliament, 2017, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0051_EN.pdf ; *Report on Liability for AI and Other Digital Technologies- New Technologies Formation*, European Commission, 2019 https://ec.europa.eu/transparency/regexpert/index.cfm?do=groupDetail.groupMeetingDoc&docid=36608 ; *White Paper on Artificial Intelligence, A European approach to excellence and trust*, Europen Commission, 2020, https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/commission-white-paper-artificial-intelligence-feb2020_en.pdf; *Study on Artificial Intelligence and Civil Liability*, European Parliament, 2020,

tarihli ve Yapay Zekâ İçin Hukukî Sorumluluk Rejimi (*Civil Liability Regime For Artificial Intelligence*) başlıklı ilke kararı ekinde, konuya ilişkin bir tüzük (*regulation*) taslağına (Taslak) yer verilmiştir.[55] Söz konusu taslak, başlı başına bir çalışmanın konusu olacak ölçüde kapsamlı bir incelemeyi gerektirmektedir. Bununla birlikte, konuya ilişkin somut bir hukukî düzenleme önerisi içeren ilk metin olması nedeniyle, bu çalışmanın sınırları çerçevesinde, sözü edilen taslağa ana hatlarıyla değinmekte fayda bulunmaktadır:

Öncelikle belirtmek gerekir ki; taslakta, ürün sorumluluğu, sözleşmeden doğan sorumluluk vb. diğer tüm sorumluluk sebepleri saklı kalmak üzere, yapay zekâ sistemlerini "işleten" (*operator*) kişilerin, söz konusu sistemlerinin sebep olduğu zararlardan sorumlu tutulması yönünde bir yaklaşım benimsenmiştir (Taslak m. 4, 8). Bu anlamda "işleten" kavramı, sistemin faaliyetinden kaynaklanan riskler üzerinde kontrole sahip kişilerden, hem zarar görenle doğrudan etkileşim içerisinde olup, sistemin faaliyetinden yarar sağlayanları (*frontend operator*), hem de arka planda, sürekli bir biçimde, teknolojinin özelliklerini belirleyen, veri sağlayan ve teknik destek hizmeti veren kişileri (*backend operator*) kapsamaktadır (Taslak, m. 3/d, e, f). Sözü edilen iki tür işleten, zarar görenlere karşı müteselsilen (Taslak, m. 11), iç ilişkide ise sistem üzerinde sahip oldukları kontrol imkânı oranında sorumludur (Taslak m. 12).

Öte yandan taslakta, sistemin doğurduğu riskin yüksek olup olmadığına göre bir ayrım yapılmış, yüksek riskli sistemlerin sebep olduğu zararlar için işletenin kusursuz sorumluluğu (Taslak m. 4/), diğer sistemler için ise ispat yükünün işletende olduğu kusura bağlı sorumluluk öngörülmüştür (Taslak m. 8). Yüksek riskli sistemleri işletenler taslağın öngördüğü sorumluluktan yalnızca zararın mücbir sebepten (*force majeure*) kaynaklandığını ispat ettikleri takdirde kurtulabilecek iken (Taslak, m. 4/III), diğer sistemleri işletenler ise genel olarak kendilerinden beklenen özeni gösterdiklerini kanıtlayabilmeleri halinde sorumluluktan kurtulabileceklerdir (Taslak m. 8/II). Riskin yüksekliği, genel olarak, sistemin kullanıldığı sektöre ve kullanılış amacına göre belirlenecek, bu amaçla yüksek riskli sistemlerin bir listesi tutulacak ve bu liste en geç altı ayda bir güncellenecektir (Taslak m. 4/II).

Taslakta ayrıca, yüksek risk taşıyan yapay zekâ sistemlerini işletenler için, sorumluluk sigortası zorunluluğuna (Taslak, m. 4/IV) ve sigorta açısından riski hesaplanabilir kılmak adına, sorumluluğun parasal

---

https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/621926/IPOL_STU(2020)621926_EN.pdf (Çevrimiçi) (E.T. 1.3.2021)

[55] Anılan ilke kararı ve ekindeki tüzük taslağı için bkz. https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0276_EN.pdf (Çevrimiçi) (E.T. 1.3.2021).

üst sınırlarına (Taslak m. 5) ve sorumluluğun tâbi olduğu zamanaşımı hükümlerine (Taslak m. 7) yer verilmiştir.

C. FİKRİ MÜLKİYET HUKUKU VE YAPAY ZEKA

Yapay zekâ ve hukukun yollarının kesiştiği alanlardan biri de fikrî mülkiyet hukukudur. Bu kesişme, yapay zekâ sistemlerinin, telif, patent gibi fikri haklarla korunabilecek bazı sonuçlar ortaya çıkardığı iddialarıyla birlikte gündeme gelmiştir. Zira, söz konusu sistemler, analiz ettikleri örneklere dayalı olarak ve insan müdahalesi olmadan resim,[56] öykü, roman[57] ya da beste[58] üretebilmekte, gazete haberleri yazabilmekte,[59] hatta kendilerinden daha üstün, yeni sistemler oluşturabilecek yazılımlar dahi ortaya çıkarabilmektedir.[60] Bu ve benzeri üretimlerin, telif veya patent gibi fikri mülkiyet haklarına konu olup olamayacağı; olabilecekse hakların, ilgililerden (programcı, yazılım şirketi, son kullanıcı ya da yazılımın kendisi) kime ait olması gerektiği, çözümlenmesi gereken hukukî sorunlar olarak karşımıza çıkmaktadır.[61]

Ülkemizde halen yürürlükte bulunan 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'na göre de eser sahibi, eseri meydana getiren "kişi" olarak tanımlanmıştır (m.1/B-b). Keza Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 3. maddesi uyarınca da, sözü edilen Kanun'la sağlanan korumadan ancak "kişi" yararlanabilir. Pek çok ülkenin ilgili mevzuatına göre de, patent, telif vs. fikri mülkiyet haklarının sahibi ancak bir "kişi" olabilir.[62]

---

56 Kaynak Balta, Büşra, "Yapay Zeka Ürünlerinin Hukuki Niteliği Ve Fikri Eser Kavramı", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XXIV, Y. 2020, S. 3, s. 215-216; ayrıca bkz. "Microsoft AI creates 'new' Rembrandt painting" Langford, Robin. https://www.netimperative.com/2016/04/11/microsoft-ai-creates-new-rembrandt-painting/ (Çevrimiçi) (E.T.1.3.2021).

57 "A Japanese A.I. program just wrote a short novel, and it almost won a literary prize", Olewitz Chloe. https://www.digitaltrends.com/cool-tech/japanese-ai-writes-novel-passes-first-round-nationanl-literary-prize/ (Çevrimiçi) (E.T. 1.3.2021)

58 "This new AI-composed pop song sounds like something from a Spotify playlist", Titlow, John Paul. https://www.fastcompany.com/40455600/this-new-ai-composed-pop-song-sounds-like-something-from-a-spotify-playlist (Çevrimiçi) (E.T.1.3.2021)

59 "Court rules AI-written article has copyright", Yangfei, Zhang. https://www.chinadaily.com.cn/a/202001/09/WS5e16621fa310cf3e3558351f.html (Çevrimiçi) (E.T.1.3.2021).

60 "AI Software Learns to Make AI Software", Simonite, Tom. https://www.technologyreview.com/2017/01/18/154516/ai-software-learns-to-make-ai-software/ (Çevrimiçi) (E.T.1.3.2021)

61 Bu konuda bkz. De Cock Buning, Madeleine, "Artificial Intelligence and the Creative Industry: New Challenges for the EU Paradigm for Art and Technology by Autonomous Creation", Research Handbook on the Law of Artificial Intelligence, Ed. Barfield, W., Pagallo/U., Celtenham & Northampton, 2018, s. 511 vd.; Kaynak Balta, s. 205 vd.; Bozkurt Yüksel, Armağan Ebru, "Yapay Zekanın Buluşlarının Patentlenmesi", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, 11, (2018), s. 585 vd.

62 De Cock Buning, s. 519 vd; Barfield/Pagallo, Chapter 8.

Nitekim, DABUS (*Device for the Autonomous Bootstrapping of Unified Sentience*) adı verilen yapay zekâ tabanlı bir programın, bir yiyecek içecek kabı ile bir acil uyarı ışığı icat ettiği iddiasıyla, söz konusu sistem adına, Amerika Birleşik Devletleri, İngiltere ve Avrupa Birliği patent ofislerine yapılan patent başvuruları, buluşçunun (*inventor*) ancak bir gerçek kişi (insan) olabileceği gerekçesiyle reddedilmiştir.[63] Söz konusu ret kararlarına karşı açılan davalardan henüz sadece İngiltere'deki sonuçlanmış; İngiltere ve Galler Yüksek Mahkemesi, aynı gerekçeyle davayı reddetmiştir.[64]

Mevcut düzenlemelere göre, fikrî hak sahibinin bir "kişi" olması gerekliliği karşısında, yapay zekâ sistemlerinin hukukî anlamda kişiliğe sahip olmaması, iki tür sonuca yol açabilir:

Birinci olasılık, yapay zekâ tarafından meydana getirilmiş buluş, eser vb. üzerinde kimsenin hak sahibi olmaması ve herkesin bunları serbestçe kullanabilmesidir. Bu olasılıkta, bu tür teknolojilere yatırım yapan kimseler zarara uğrayacak ve dolayısıyla yenilikçiliğe (inovasyona) ket vurulmuş olacaktır.[65]

İkinci olasılık ise, ilgili kişi veya kişilerin fikrî hak sahibi olduğunun kabulüdür. İlgili kişiler, yazılımın kullanıcısı, programcı ya da yazılım şirketi gibi kişiler olabilir. Örneğin, İngiltere'de halen yürürlükte bulunan 1988 tarihli Telif Hakkı, Tasarımlar ve Patentler Kanunu (*Copyright, Designs And Patents Act*), düzenleme alanına giren fikrî hak konularının bilgisayar tarafından üretilmesi halinde, hak sahibinin, söz konusu bilgisayar programına yatırım yapan kişi veya kuruluş olacağını öngörmektedir.[66] Çin'de yaşanan bir olayda da mahkeme, finans, teknoloji, spor gibi alanlarda günde yaklaşık 2500 haber/rapor yazabilen "*Dreamwriter*" adlı yapay zekâ tabanlı programın yazdığı metinler üzerinde telif hakkı bulunduğuna ve bu metinleri izinsiz kullanan bir şirketin, programın sahibi olan şirkete tazminat ödemesine hükmetmiştir.[67]

Öte yandan, daha önce değinilen, yapay zekâya bir tür hukukî kişilik tanınması yönündeki önerinin benimsenip, gerekli hukukî

---

[63] "Artificial intelligence", European Patent Office, https://www.epo.org/news-events/in-focus/ict/artificial-intelligence.html (Çevrimiçi) (E.T. 1.3.2021).

[64] Karar metni için bkz. https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Patents/2020/2412.html (Çevrimiçi) (E.T. 1.3.2021).

[65] Samuelson, Pamela, "Allocating Ownership Rights in Computer-Generated Works," University of Pittsburgh Law Review, 47, (1986), s. 1226; Barfield/Pagallo, Chapter 8, 1.1.

[66] Kanun metni için bkz. https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1988/48/contents (E.T.1.3.2021).

[67] Anılan kararın İngilizce çevirisi ve karar hakkında kısa bir değerlendirme için bkz. "Protection of Works Generated by Machine Learning Software", Journal of European and International IP Law (GRUR International), Volume 69, Issue 7 (July 2020), s. 763 vd.

altyapının sağlanması halinde, eser sahipliği haklarının ve patentlerin yapay zekâ sistemine ait olması düşünülebilir. Örneğin, yapay zekâ tabanlı bir müzik programı olan AIVA, halihazırda hukukî anlamda kişiliğe sahip olmamasına rağmen, Fransa ve Lüxemburg Sanatçı Hakları Birliği'ne "besteci" olarak kaydedilmiş ve telif hakkı sahibi olmuştur.[68] Bununla birlikte, yapay zekâ sistemlerinin fikrî hak sahibi olmasının, fikrî mülkiyet hukukunun sağladığı korumanın amacına ne kadar uygun olduğu kuşkuludur. Zira, eser ve buluş sahiplerine hukukî koruma sağlanmasının, yani fikrî mülkiyet hukukunun kökeninde, yaratıcılığı teşvik etme amaç ve düşüncesi yatar. Buna karşılık bir yapay zekâ sisteminin, fikrî haklara sahip olmasının, onu, yaratıcı çalışmalar yapmaya teşvik edeceği söylenemez.[69] Bu nedenle, her durumda, ilgili fikrî hakların, hukuk düzenince belirlenecek programcı veya yazılım sahibi gibi başka bir süjeye ait olması, fikrî mülkiyet hukukunun amacına daha uygun görünmektedir.

Yukarıda ele alınan "hak sahipliği" sorunun yanısıra, hukuksal açıdan çözülmesi gereken bir diğer problem de, yapay zekâ sistemleri tarafından üretilen sonuçların, başkalarının fikri mülkiyet hakkını ihlal etmesi (*infringement*) halinde, bundan kimin sorumlu olacağıdır. Örneğin, Ağustos 2018'de, Kanada'da açılan bir davada, yapay zekâ tabanlı bir program tarafından üretilen bir resmin, sanatçı Adam Basanta'ya ait web sitesi ve sosyal medya hesaplarından yayımlanması üzerine, ressam Amel Chamandy'nin, telif (*copyright*) ve marka (*trademark*) haklarının ihlâl edildiği öne sürülmüştür.[70] Bu ve benzeri durumlarda, örneğin algoritmanın eğitilmesinde başka kimselere ait eserlerin kullanılmasının telif hakkı ihlâli teşkil edip etmediği; fikri mülkiyet hakkı ihlâllerinde "ihlâl kastı" (kusur) şartını arayan hukuk sistemlerinde bu şart bakımından nasıl bir yol izleneceği;[71] bir ihlalin varlığının tespit edilmesi halinde ilgili mevzuatın öngördüğü hukukî ve cezai yaptırımların kime karşı, nasıl uygulanacağı hukuk düzenleri tarafından cevaplandırılması gereken sorular olarak karşımıza çıkmaktadır.

---

[68] "Aiva is the first AI to Officially be Recognised as a Composer", Lauder, Ed. https://aibusiness.com/document.asp?doc_id=760181 (Çevrimiçi) (E.T.1.3.2021).

[69] Samuelson, s. 1199-1200.

[70] "Can an artist sue an AI over copyright infringement?" https://www.cbc.ca/radio/spark/409-1.4860495/can-an-artist-sue-an-ai-over-copyright-infringement-1.4860762 (Çevrimiçi) (E.T. 1.3.2021).

[71] Cubert, Jeremy, A./Bone, Richard G. A, "The Law of Intellectual Property Created by Artificial Intelligence", Research Handbook on the Law of Artificial Intelligence, Research Handbook on the Law of Artificial Intelligence, Ed. Barfield, W./Pagallo, U., Celtenham & Northampton, 2018, s. 422.

SONUÇ

Yapay zekâ alanında yaşanan gelişmeler, her şeyden önce söz konusu alanı düzenleyen hukukî bir çerçeveye ihtiyaç olduğunu göstermektedir. Söz konusu çerçeve oluşturulurken; genel olarak, düzenlenmek istenen teknolojiye göre benimsenecek yasal tanımların nasıl olması gerektiği, korunması gereken menfaatlerin hangileri olduğu, mevcut hukukî araçların söz konusu çerçeveyi oluşturmak bakımından yeterli olup olmadığı, yapay zekayı konu alan genel bir düzenlemenin mi, yoksa sektörlere özel düzenlemelerin mi tercih edilmesi gerektiği, olası hukukî düzenlemelerin yeni ve tek bir merkezî kurumla mı yoksa devletin mevcut ve konuyla ilgili çeşitli birimleri aracılığıyla mı hayata geçirileceği gibi sorulara cevap bulunması gerekmektedir.

Yapay zekâ ve hukuk ilişkisi konu bazlı ele alındığında, ilk olarak veri koruma hukuku göze çarpmaktadır. Söz konusu alanda temel gereksinim, veri işlemenin, yapay zeka çağının gereklerine uygun bir hukukî altyapıya sahip olmasıdır. Bu çerçevede, özellikle veri işleme amacının belirliliği ve gerekenden fazla veri işlememe ilkeleri, veri sorumlusu kavramı ve münhasıran otomatik veri işleme gibi konulardan kaynaklanan hukukî sorunlara, yapay zeka sistemlerinin, yapay öğrenme (*machine learning*) şeffaf olmama, ve açıklanabilir olmama gibi özellikleri dikkate alınarak hukukî çözümler üretilmelidir.

Yapay zeka açısından önem arz eden bir diğer alan sorumluluk hukukudur. Başta yapay öğrenme olmak üzere, yapay zeka sistemlerinin, insan kontrolü dışında (otonom) bir şekilde işleyebilmesi, birbirleriyle ve başka bazı sistem veya cihazlarla bağlılığı, vardıkları sonuçların genellikle açıklanamaz nitelikte oluşu, karar ve eylemlerine yön veren algoritmaların maddî varlığının bulunmaması, veri güdümlü olması ve siber saldırılara açıklığı gibi nitelikleri, söz konusu sistemlerin hukukî sorumluluk bakımından özel olarak ele alınmasını gerektiren hususlardır. Belirtilen nitelikler karşısında, sorumluluk konusunda mevcut hukuksal düzenlemelerin zarar riskinin ilgililer arasında âdil bir şekilde paylaşılması ihtiyacına cevap verip vermediği; yeni düzenlemeler yapılacaksa bunların genel mi yoksa sektörlere özel mi olacağı, bu yeni düzenlemelerde, zarar görenlere karşı sözleşmeye dayalı sorumluluğu bulunan kişiler dışında, yapay zeka sistemlerini üreten/işleten kimselerin sorumlu tutulmasına gerek bulunup bulunmadığı, yapay zekâ sistemlerine hukukî anlamda "kişilik" veya benzeri bir statü tanınmasına gerek olup olmadığı, eğer böyle bir gereklilik yoksa, yeni düzenlemelerde mevcut sorumluluk rejimlerinden örnekseme yoluyla yararlanılıp yararlanılamayacağı; gerek zarar gören-sorumlu ilişkisinde, gerekse olası sorumlular arasındaki rücu ilişkilerinde, nedensellik bağı, ispat yükü gibi konularda yapay zekâ sistemlerinin özelliklerinden kaynaklanan güçlüklerin nasıl aşılabileceği; zorunlu sigortalara ne tür bir işlev tanınabileceği, yabancı unsur içeren uyuşmazlıkların hangi hukuka göre çözüleceği, konuya ilişkin hukukî çerçevenin oluşumunda, meslek kuruluşlarının ve yargı organlarının ne

gibi roller üstlenebileceği, gibi sorulara hukukî yanıtlar bulunmasına gereksinim duyulmaktadır.

Fikri mülkiyet hukuku alanında ise, her şeyden önce, yapay zekâ sistemlerinin ortaya çıkardığı sonuçların, yaratıcılığa dayanan eser veya buluş sayılıp sayılmayacağı, diğer bir ifadeyle sözü edilen sonuçların fikrî hak konusu olup olamayacağı sorusunun cevaplanması gerekir. Bu bağlamda, ilk etapta, yapay zekâ sistemlerinin gerçekleştirdiği iddia edilen üretimlerin, telif veya patent gibi fikri mülkiyet haklarına konu olup olamayacağı; olabilecekse hakların, ilgili kişilerden hangisine ait olması gerektiği gibi sorularla karşılaşılmaktadır. Öte yandan, yapay zekâ sistemleri tarafından üretilen sonuçların, başkalarının fikri mülkiyet hakkını ihlal etmesi halinde, bundan kimin sorumlu olacağı, algoritmanın eğitilmesinde başka kimselere ait eserlerin kullanılması gibi durumların telif hakkı ihlâli teşkil edip etmediği; fikri mülkiyet hakkı ihlâllerinde "ihlâl kastı" (kusur) şartını arayan hukuk sistemlerinde bu şart bakımından nasıl bir yol izleneceği; bir ihlalin varlığının tespit edilmesi halinde ilgili mevzuatın öngördüğü hukukî ve cezai yaptırımların kime karşı, nasıl uygulanacağı gibi soruların da hukuk düzenleri tarafından cevaplandırılması gerekmektedir.

Çalışmada değinilen teknoloji kaynaklı tüm sorunlarla ilgili atılacak hukukî adımlarda, hassas bir denge gözetilmeli; bir yandan hukukî belirlilik, güvenilirlik ve menfaatler dengesi sağlanırken, diğer yandan, yapay zekânın sağladığı faydaların korunması adına, yenilikçiliği (*inovasyonu*) desteklemek hedeflenmelidir. Bu hedefe ulaşmak için ise, yapay zekânın hukukî etkilerinin, salt bürokratik bir yaklaşım yerine, çeşitli açılardan ve tüm paydaşların görüş ve önerileriyle birlikte ele alınması, konunun teknik boyutlarının göz ardı edilmemesi ve disiplinler arası bir bakış açısıyla, ilgili tüm bilim alanlarının sağladığı bulguların göz önünde bulundurulması gerekmektedir.

KAYNAKÇA

Aladağ, Emre, "Makine Öğrenmesi Nedir?" 2015. https://www.emrealadag.com/makine-ogrenmesi-nedir.html

Altunç, Sinan, "Robotlar, Yapay Zeka ve Ceza Hukuku", https://www.researchgate.net/publication/336406393_Robotlar_Yapay_Zeka_ve_Ceza_Hukuku

Barfield, Woodrow/Pagallo Ugo, "*Advanced Introduction to Law and Artificial Intelligence*", Edward Elgar Publishing, 2020. [VitalSource Bookshelf]. https://bookshelf.vitalsource.com/#/books/9781789905137/

Başalp, Nilgün, "Avrupa Birliği Veri Koruması Genel Regülasyonu'nun Temel Yenilikleri", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi- Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.21, S.1, ss. 77-105.

Bathaee, Yavar, "The Artificial Intelligence Black Box and The Failure of Intent and Causation", Harvard Journal of Law & Technology, Volume 31, Number 2 (Spring 2018), ss. 890-938.

Beardsworth, Tomas/Kumar, Nishant, "Who to Sue When a Robot Loses Your Fortune", https://www.bloomberg.com/news/articles/2019-05-06/who-to-sue-when-a-robot-loses-your-fortune

Borghetti, Jean Sébastian, "Civil Liability for Artificial Intelligence: What Should its Basis Be?" La Revue des Juristes de Sciences Po, Juin 2019, ss. 94-102.

Bozkurt Yüksel, Armağan Ebru, "Yapay Zekanın Buluşlarının Patentlenmesi", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, 11, (2018), ss. 585-622.

CBC Radio- Canada, "Can an artist sue an AI over copyright infringement?" https://www.cbc.ca/radio/spark/409-1.4860495/can-an-artist-sue-an-ai-over-copyright-infringement-1.4860762

Council of Europe, A study of the implications of advanced digital technologies (including AI systems) for the concept of responsibility within a human rights framework, 2019. https://rm.coe.int/a-study-of-the-implications-of-advanced-digital-technologies-including/168096bdab 2019

Cubert, Jeremy, A./Bone, Richard G. A, "The Law of Intellectual Property Created by Artificial Intelligence", Research Handbook on the Law of Artificial Intelligence, Research Handbook on the Law of Artificial Intelligence, Ed. Barfield, W., Pagallo, U., Celtenham & Northampton, 2018, ss. 411-427

Dal, Ufuk, "Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü'nün ülke dışı uygulama yetkisi ve bu yetkinin uluslararası hukukta meşruiyeti", Kişisel Verileri Koruma Dergisi, C.1 S.1 (2019), ss. 21-33

De Cock Buning, Madeleine, "Artificial Intelligence and the Creative Industry: New Challenges for the EU Paradigm for Art and Technology by Autonomous Creation", Research Handbook on the Law of Artificial Intelligence, Ed. Barfield, W., Pagallo, U., Celtenham & Northampton, 2018, ss. 511-535.

Değirmenci, Olgun, "Yapay Zekâ ve Ceza Hukuku Sorumluluğu", https://www.academia.edu/42794137/Yapay_Zeka_ve_Ceza_Sorumlulu%C4%9Fu

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

Dülger, Murat Volkan, "GDPR'da Bulunan Ancak KVKK'da Yer Verilmeyen Bir Kavram: Ortak Veri Sorumlusu Kavramı ve Güncel Kararlar Işığında Değerlendirilmesi", 2019. https://www.hukukihaber.net/gdprda-bulunan-ancak-kvkkda-yer-verilmeyen-bir-kavram-ortak-veri-sorumlusu-kavrami-ve-guncel-kararlar-isiginda-degerlendirilmesi-makale,6898.html

Dülger, Murat Volkan, "Yapay Zekâ Teknolojileri ve Veri Koruma Hukuku", 2019. https://www.hukukihaber.net/yapay-zek-teknolojileri-ve-veri-koruma-hukuku-makale,7033.html

Ercan, Cannur, "Robotların Fiillerinden Doğan Hukuki Sorumluluk Sözleşme Dışı Sorumluluk Hallerinde Çözüm Önerileri", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl: 11, Sayı: 40 (Ekim 2019), ss. 19-51.

Eren, Fikret, "Borçlar Hukuku Genel Hükümler", 21. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2017

European Commission, Report on Liability for AI and Other Digital Technologies- New Technologies Formation, 2019. https://ec.europa.eu/transparency/regexpert/index.cfm?do=groupDetail.groupMeetingDoc&docid=36608

European Commission, Report on the safety and liability implications of Artificial Intelligence, the Internet of Things and robotics, 2020. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0064&from=en

European Commission, White Paper On Artificial Intelligence - A European approach to excellence and trust, 2019 https://ec.europa.eu/info/publications/white-paper-artificial-intelligence-european-approach-excellence-and-trust_en

European Parliament, Study on Artificial Intelligence and Civil Liability, 2020. https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/621926/IPOL_STU(2020)621926_EN.pdf

European Parliament, Resolution on Civil Law Rules on Robotics, 2017. https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0051_EN.pdf

European Parliament, Resolution on Civil Liability Regime for Artificial Intelligence, 2020. https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0276_EN.pdf

European Parliament, Study on Civil Liability Regime for Artificial Intelligence, European added value assessment, 2020. https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/654178/EPRS_STU(2020)654178_EN.pdf

European Patent Office, "Artificial intelligence", https://www.epo.org/news-events/in-focus/ict/artificial-intelligence.html

GRUR International, "Protection of Works Generated by Machine Learning Software", Journal of European and International IP Law, Volume 69, Issue 7 (July 2020), ss. 763–767.

Gurney, Jefrrey K., "Sue My Car Not Me: Products Liability and Accidents Involving Autonomous Vehicles", Journal of Law, Technology & Policy, 2013, ss. 247-277.

Karakoç, Yusuf., "Hukuk- Etik İlişkisi", Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar- V Sempozyumu, 13-17 Eylül 2010 İstanbul, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi, S. 24, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2012, ss. 91-95.

Kaynak Balta, Büşra, "Yapay Zeka Ürünlerinin Hukuki Niteliği Ve Fikri Eser Kavramı", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XXIV, Y. 2020, S. 3, ss. 205-230.

Kelep Pekmez, Tuba, "Otonom Araçların Kullanımından Doğan Cezaî Sorumluluk: Türk Hukuku Bakımından Genel Bir Değerlendirme", Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi- Journal of Penal Law and Criminology 2018; 6 (2), ss. 173-195.

Koops, Bert-Jaap/Leenes, Ronald E: "Privacy regulation cannot be hardcoded. A critical comment on the 'privacy by design' provision in data-protection law", International Review of Law, Computers & Technology, 28:2, (2014) ss.159-171.

Langford, Robin, "Microsoft AI creates 'new' Rembrandt painting" https://www.netimperative.com/2016/04/11/microsoft-ai-creates-new-rembrandt-painting/

Lauder, Ed, "Aiva is the first AI to Officially be Recognised as a Composer", https://aibusiness.com/document.asp?doc_id=760181

McFarland, Matt, "Uber self-driving car operator charged in pedestrian death" https://edition.cnn.com/2020/09/18/cars/uber-vasquez-charged/index.html

Microsoft Azure, Makine Öğrenmesi Nedir? 2021. https://azure.microsoft.com/tr-tr/overview/what-is-machine-learning-platform/

Olewitz, Chloe, "A Japanese A.I. program just wrote a short novel, and it almost won a literary prize", https://www.digitaltrends.com/cool-tech/japanese-ai-writes-novel-passes-first-round-nationanl-literary-prize/

Oracle, "Yapay Zekâ Nedir?", 2021. https://www.oracle.com/tr/artificial-intelligence/what-is-artificial-intelligence.html

Özbek, Ceren/Özbek, Veli Özer, "Yapay Zekânın Dâhil Olduğu Suçlar Bakımından Ceza Hukuku Sorumluluğunun Belirlenmesi", Ceza Hukuku Dergisi, C.14, S. 41 (Aralık 2019), ss. 603-622.

Özel, Kadir Can, "Etik ve Etik- Hukuk Arasındaki İlişki", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl:9, Sayı:33 (Ocak 2018), ss. 685-708.

Pekmez, Cüneyt, "Alman Karayolları Trafik Kanunu'nda 20 Haziran 2017'de Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Türk/ İsviçre Hukuku'nda Araçların Otonomlaştırılmasının İşletenin Sorumluluğuna Etkisi", İstanbul Hukuk Mecmuası, 77 (1), (2019), ss. 153–184.

Price II, W. Nicholson, "Medical Malpractice and Black-Box Medicine", University of Michigan Public Law Research Paper No. 536, 2017. https://ssrn.com/abstract=2910417

PricewaterhouseCoopers, *Sizing the prize, What's the real value of AI for your business and how canyou capitalise?* 2017. https://www.pwc.com.tr/tr/gundemdeki-konular/dijital/pwc-kuresel-yapay-zeka-calismasi.pdf

Ross, Casey/Swetlitz Ike, "IBM's Watson supercomputer recommended 'unsafe and incorrect' cancer treatments, internal documents Show" https://www.statnews.com/2018/07/25/ibm-watson-recommended-unsafe-incorrect-treatments/

Samuelson, Pamela, "Allocating Ownership Rights in Computer-Generated Works" University of Pittsburgh Law Review, 47, (1986), ss. 1185-1228.

Scherer, Matthew U., "Regulating Artificial Intelligence Systems: Risks, Challenges, Competencies, and Strategies", Harvard Journal of Law & Technology, Volume 29, Number 2 (Spring 2016), ss. 353-400.

Simonite, Tom, "AI Software Learns to Make AI Software" https://www.technologyreview.com/2017/01/18/154516/ai-software-learns-to-make-ai-software/

Solum, Lawrence, "Legal Personhood for Artificial Intelligences". North Carolina Law Review 70, (1992), No:4, ss. 1231-1287.

Sullivan, Hannah R./Schweikart Scott J., "Are Current Tort Liability Doctrines Adequate for Addressing Injury Caused by AI?" AMA Journal of Ethics, Volume 21, Number 2 (February 2019), ss. 160-166.

T.C. Adalet Bakanlığı, İnsan Hakları Eylem Planı, Mart 2021. https://rayp.adalet.gov.tr/resimler/1/dosya/insan-haklari-ep02-03-202115-14.pdf

T.C. Hazine ve Maliye Bakanlığı, Ekonomik Reformlar Eylem Planı, Mart 2021. https://ms.hmb.gov.tr/uploads/2021/03/Ekonomi-Reform-Takvimi.pdf

Titlow, John Paul, "This new AI-composed pop song sounds like something from a Spotify playlist". https://www.fastcompany.com/40455600/this-new-ai-composed-pop-song-sounds-like-something-from-a-spotify-playlist

Wagner, Gerhard, "Robot liability", Liability for Artificial Intelligence and the Internet of Things, Ed. Lohsse, S., Schulze, R., Staudenmeyer, D., Baden-Baden, 2019, ss. 27-61.

World Economic Forum, *The Future of Jobs Report 2020*, 2020. http://www3.weforum.org/docs/WEF_Future_of_Jobs_2020.pdf

Yangfei, Zhang, "Court rules AI-written article has copyright", https://www.chinadaily.com.cn/a/202001/09/WS5e16621fa310cf3e3558351f.html

Yılmaz, Süleyman/Çavuşoğlu, Gökçe Filiz, "*Kişisel Verileri Koruma Hukuku*", Yetkin Yayınevi, Ankara 2020.

Zech, Herbert, "Liability for AI: public policy considerations", EraForum (2021), https://doi.org/10.1007/s12027-020-00648-0

YAPAY ZEKÂ VE HUKUKUNA GENEL BİR BAKIŞ

An Overview Of Artificial Intelligence And Its Law

Gökhan ERDOĞAN*

Özet: Bu çalışma, yapay zekânın ne olduğu, kullanım alanları, hukuk dünyası ile etkileşiminden doğabilecek etkiler, yapay zekâ taşıyan nesnelere hukukun bakış açısı ve bunların hukuk tarafından nasıl algılanması gerektiği ve bu alanda uluslararası teşkilatların yürüttüğü temel sayılabilecek çalışmalar hakkındaki bilgileri genel hatlarıyla hukuk alanında çalışanlara sunmak ve bu kavram konusunda farkındalık oluşturmak amacıyla yapılmıştır. İnsanlık için yapay zekâ, olumlu yanları itibariyle yazının bulunmasıyla kıyaslanamayacak derecede ileri bir adımdır. İnsanlık yaşamı boyunca elde edilen verilerin artık yönetilemez olduğu bir bilgi çağını yaşamaktayız. Bu bilginin dayandığı hemen her verinin yerli yerince kullanımını hedefleyen yapay zekâ, insanın bilişsel faaliyet ve becerilerinin nesnelere çeşitli seviyelerde yaptırılabilmesinin genel adıdır. Günümüzde gelinen aşama itibariyle geçmişle kıyas kabul edilemeyecek seviyede birçok alanda yapay zekâ ile işlerin yürütülebildiğine ilişkin haberler duymaktayız. Bu konudaki ilerlemeler çok hızlı gerçekleşmektedir. Diğer alanlardan farklı olarak hukuk, yapay zekânın hem kullanılabileceği hem de bu kavramın çevresiyle olan çok yönlü etkileşiminden kaynaklı olarak farklı düzenleyici mekanizmaları kullanmak

Abstract: This study has been made to present the information, in general terms, about what artificial intelligence is, its areas of using, the effects that may arise from its interaction with the legal world, the perspective of the law on objects carrying artificial intelligence and how they should be perceived by law, and the basic studies carried out by international organizations in this field, and to raise awareness about this concept. For humanity, artificial intelligence is a step forward that cannot be compared with the discovery of writing due to its positive aspects. We live in an information age in which the data obtained throughout human life is no longer manageable.Artificial intelligence, which aims to use almost every data on which this information is based, is the general name of the cognitive activities and skills of human beings to be made by objects at various levels.Nowadays, we hear news that works can be carried out with artificial intelligence in many areas that cannot be compared with the past. Progress in this area is happening very quickly. Unlike other disciplines, law has a status that is both affected from artificial intelligence and affecting artificial intelligence as it can guide artificial intelligence by using different regulatory mechanisms due to the multi-

* Daire Başkanı, Adalet Bakanlığı Dış İlişkiler ve Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü, gokhan.erdogan@adalet.gov.tr, ORCID: 0000-0001-8726-4241
Makale Geliş Tarihi: 20.02.2021, Makale Kabul Tarihi: 29.03.2021

suretiyle yapay zekâya yön verebileceği için yapay zekâdan hem etkilenen hem de yapay zekâyı etkileyen durumundadır. Şimdilik belli seviyede becerileri olsa da yapay zekâ taşıyan nesnelerin hayatın her sahasında ve çok fazla yer tutmaya başlaması karşısında bunların çevresiyle olan etkileşimlerinden kaynaklanan olaylardan kim sorumlu tutulacak ve eğer sorumluluk varsa bu kavram altında üretilenlere hukuk hangi statüyle bakmalıdır, şeklindeki sorulara hukuk tarafından cevaplar bulunmalıdır. Yapay zekânın önem ve potansiyelinin farkına varan birçok ülke bu alanda bir yandan teknik gelişmelere hız verirken, hukuki ve teknik boyutları olan araştırma merkezleri kurarak bu alanda uzmanlar yetiştirmekte ve kendi halklarını da eğitmek suretiyle yapay zekâya hazırlamaktadır. Diğer yandan yapay zekânın insanlığı toptan etkileme gücünü gören bazı uluslararası kuruluşlar da bu alanda düzenleyici işlemler yapabilme imkanlarını araştırmaktadır.
Anahtar Kelimeler: Yapay zekâ, veri, algoritma, hukuki statü, hukuki sorumluluk, robot, uluslararası örgütler.

faceted interaction of this concept with its environment and in which artificial intelligence can be used. Even though they have a certain level of skills for now, objects with artificial intelligence start to occupy an increasing role in all walks of life, and law needs to find answers to questions such as who will be held responsible for the events arising from their interactions with their environment, and if there is responsibility, under what status should the law look at those objects produced with this concept? Realizing the importance and potential of artificial intelligence, many countries have accelerated technical developments in this field, and established research centers with legal and technical dimensions and prepared their own people for artificial intelligence by training. On the other hand, some international organizations, which realize the power of artificial intelligence to affect humanity collectively, are also investigating the possibilities to make regulatory actions in this field.
Keywords: Artificial intelligence, data, algorithm, legal status, legal responsibility, robot, international organisation.

Giriş

"Yasanın sorumluları olarak, [...] yeni teknolojinin inovasyonunda ve uygulanmasında sadece ön planda olmak gibi bir sorumluluğumuz yok, aynı zamanda sağlaması muhtemel faydalarından dolayı heyecanlanmak için de nedenimiz var."[1]

Justice Nettle,
Avustralya Yüksek Mahkemesi Hâkimi

"Yapay zekâ oluşturmadaki başarı, insanlık tarihindeki en büyük olay olacaktır. Ne yazık ki, risklerden nasıl kaçınacağımızı öğrenmedikçe, sonuncusu da olabilir."

Stephen Hawking,
Teorik Fizikçi

"Facebook, uzun zamandır, yapay zekâ temelli chatbotlar[2] *marifetiyle, insanlarla metin-temelli konuşuyor ve bu uygulamayı özellikle müşteri hizmetleri rollerinde kullanıyor. Facebook, chatbotlarını geliştirmek için insanı aradan çıkararak, kendi programlarını birbiriyle konuşturdu. Ancak işlem sonucunda chatbot diyaloglarının öngörülmeyen bir şekilde farklılaştığı gözlemlendi.*

İlk bakışta, yapay zekâlar arası gerçekleşen diyaloglar, saçmalama gibi görünüyordu. Şöyle ki, bir yapay zekâ: "I can can I I everything else" tümcesini kullanırken, diğeri "Balls have zero to me to me to me to me to me to me to me to me to," gibi sanki tutukluk yapmış plak gibi tekrara düşüyordu. Örneğin, "Toplar sıfır bana bana bana bana bana bana.." gibi. Uzmanlar ilk etapta, uzun ve anlamsız tümceye bakarak, bunun, bir arıza olabileceğini düşündüler. Bununla birlikte, bir mühendis, saçmalık gibi görünen uzun ve tekrara düşen tümcelerin anlamsız olmadığını fark etti.

---

1 Kamener, Larry,"Courting change: the verdict on AI and the courts", 2017, (https://www.centreforpublic impact.org/ courting-change-verdict-ai-courts/, Çevrimiçi, e.t. 14.10.2020).

2 Yapay zekâ tabanlı teknolojilerden beslenen sesli veya metinsel yöntemler ile diyalog kuran bilgisayar programlarına verilen isimdir. Bir chatbot kullanarak pizza sipariş etmek, sinema bileti almak, uçuş için check-in yapmak, hesap bakiyesi öğrenmek mümkün. Chatbotlar WhatsApp, Facebook Messenger gibi mesajlaşma platformlarında, Google Asistan, Siri gibi sesli asistanlarda yer alabildikleri gibi, ilgili kurumun kendi web sitesi veya mobil uygulamasında da yer alabilmektedir. (https://www.cbot.ai/tr-blog/chatbot-konusuna-genel-bir-bakis/, Çevrimiçi, e.t. 10.11.2020).

Aslında, yapay zekâ, sözcükleri, kullanabileceği en etkili biçimde kullanıyordu. Dahası, saçma bir İngilizce gibi görünen diyalog aslında, insanların anlayamayacağı ve botlar tarafından geliştirilen bir dildi.

Bunu yaparken, insanlar arası diyalogdaki tüm fazlalıklar ayıklanmış, makinalar arası diyalogda salt fonksiyonel bir dile dönüşmüştü. İşin korkutucu tarafı ise, araştırmacıların hiçbir kontrolünün olmadığı bir dönemde, makinaların, uzun, saçma bir İngilizce gibi görünen özel dilinin insanları yanıltmak[3] için kullanmasıydı."

Yukarıda bahsi geçen gelişme, 12 Şubat 2019 tarihli bir internet sitesindeki habere[4] dayanmaktadır. Yapay zekâ ve uygulamaları hakkındaki bu ve benzeri gelişmeler neredeyse birkaç günde bir haberlere konu olmaktadır. Bilhassa 2000'li yıllarda ulaşılan teknolojik gelişmeler sayesinde, bugüne kadar başta askeri, güvenlik, borsa[5], sağlık, araştırma, ekonomi, istatistik, sanat[6] ve eğlence gibi türlü amaçlarla elde edilmiş veri[7]lerin toplanmasına, işlenmesine, kullanımına ve

---

[3] Yapılan bu ve benzeri teknolojik gelişmelere dayalı çalışmalardan da esinlenen bazı fütüristler tarafından yapay zekânın insanı her yönden geçeceği fikri ciddi bir şekilde savunulmaktadır. Bu fikrin önde gelen savunucularından teknoloji uzmanı Ray Kurzweil'in destekçileri arasında bulunduğu ve Vernor Vinge'in, 1993'te yazdığı ünlü bir makalesinde yer verdiği singularity (teknolojik tekillik) olarak bilinen düşünce akımına göre zekâ seviyesi insanın üzerinde olan makinelerin tasarlanmasıyla başlayacak 2045 yılından sonraki dönemde yapay zekâ ürünlerinde yeni bir benlik seviyesine ulaşılacağı öngörülmektedir. Kurzweil, insanın yapay zekâ temelli makinelerle birleşerek transhuman dedikleri, yeni tür ya da yeni mekanik-robot insan olarak sınırlarını aşacağını, hastalık, sakatlık ve tüm bedensel aksaklıkların tarihe karışacağını savunmasına karşın, başta İngiliz fizikçi Stephen Hawking olmak üzere birçok bilim insanı tekillik düşüncesinin en sonunda insanlar dahil olmak üzere değerli yapıların sonu olacağını ileri sürmektedir. Saripan, Hartini/Mohd, Shith Putera/ Nurus, Sakinatul Fikriah, "Are Robots Human? A Review of the Legal Personality Model", World Applied Sciences Journal, C.34, S.6, 2016, s.824.

(http://euro.ecom.cmu.edu/program/law/08-732/AI/AreRobotsHuman.pdf, Çevrimiçi, e.t. 02.02.2021).

[4] (https://bilimvegelecek.com.tr/index.php/2017/11/17/facebookun-yapay-zekâ-robotlari-kendi-urettikleri-dil-araciligiyla-iletisim-kurabildi/, Çevrimiçi, e.t. 25.10.2020).

[5] Say, Cem, *50 Soruda Yapay Zekâ*, Bilim ve Gelecek Kitaplığı, Mart 2019, 9. Baskı, s. 169.

[6] Bir sanatçı tarafından kodları yazılan yapay ressam AARON, 1973 yılından 2000'li yıllara kadar üzerinde çalışılan tarihin en uzun soluklu, sürekli geliştirilen yapay zekâ sistemlerinden biridir. Soyut resimlerden işe başlayıp taşlar, bitkiler ve insanlar gibi objeleri çizmeyi başarmıştır. Bir diğer sanat dalı olan şiir yazımında ise; yapay zekâ sanatçısı olan Bager Akbay'ın Posta gazetesinin "Yurdumun Şairleri" köşesinde yayımlanabilecek seviyede şiirler yazan robot şair 'Deniz Yılmaz'ın adından bahsetmek gerekir. Ancak hiçbir şiiri Posta gazetesinde yayımlanmamıştır. Say, 2019, s. 110-111.

[7] Veri; bilgi işleme sürecinin temel hammaddesi olarak, çeşitli işaretler, harfler, semboller yahut rakamlar ile temsil edilen; ham, işlenmeye hazır, işlenmemiş gerçekler ya da izlenimler olarak tanımlanmaktadır. Aşıkoğlu, Şehriban İpek, "Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması ve Büyük Veri", İstanbul

paylaşımına dayalı olarak ortaya çıkan yapay zekâ[8], ortaya çıkardığı ilk örneklerin[9] iç gıdıklayıcı itici gücü ve gelecekte sunabileceği olanakların büyük çarpan etkisiyle insanların günden güne artan merakını ve yakın ilgisini çekmektedir.

Farklı bir söyleyişle, otonom[10] sürüş sayesinde tüm kontrolün kendisinde olduğu otonom araçlarda, insan sesi ve teri yerine ısınan devre kokusu ve mekanik işleyişin sesinin duyulduğu fabrikalarda, hangi yemeğimizin nasıl pişirileceğini kendisine bıraktığımız şef robot[11]ları işe aldığımız mutfaklarımızda, günlük hayatımıza büyük kolaylıklar getirmesine karşılık; diğer yandan sanki *Blackmirror*[12] dizisinin bir bölümünü izliyormuşçasına zihin dünyamıza endişe ve hatta korku salarak kimi felsefi ekoller[13] tarafından insanlık için en büyük teknolojik tehditler arasında sayılan ancak hâlihazırdaki gelişmelerden dahi cesur girişimcilerin merakını cezbettiği anlaşılan yapay zekâ; hemen her

---

Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2018, s. 7.

8 ‘ İhtiyaçlar icadın anasıdır.’ vecizesi uyarınca 21.yüzyılda insanların kendi başlarına verimli şekilde yönetemeyeceği ve kullanamayacağı verilerle baş etmede yapay zekâ, oldukça işe yarayacak gözükmektedir.

9 İnsanın, bilgisayar tarafından alt edilmesinin belki de ilk örneği olması nedeniyle IBM şirketi tarafından üretilen Deep Blue adlı bilgisayarın, 11 Mayıs 1997 yılında New York’da düzenlenen 6 oyunluk maçta, dünya satranç şampiyonu Gari Kasparov’u yenmesi, yapay zekâ konusunda anılması gereken gelişmelerin önemli köşe taşlarından birisidir.

10 Teknik uzmanlara göre otonom sistemleri, ‘davranışta bağımsız’ sistemler olarak tanımlanmaktadır. Ersoy, Çağlar, *Robotlar, Yapay Zekâ ve Hukuk,* On İki Levha, İstanbul, 2017, s. 21.

11 Çekoslavak yazar Karel Čapek tarafından yazılan “Rossum’un Evrensel Robotları” isimli eserde Çekçe “zorunlu hizmet” anlamına gelen “robot” kelimesi ilk defa kullanılmıştır. Onay, Alay/ Övür, Ayten, “Yapay Zekâ Örneği Olarak Black Mirror Dizisi Metal Kafa Bölümünün İncelenmesi”, Yeni Medya Elektronik Dergi – eJNM, C. 2, S. 3, 2018, s. 123. (https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/513991, Çevrimiçi, e.t. 10.09.2020.)

12 Bir televizyon kanalında elde ettiği popülerlikten sonra 2016 yılından itibaren Amerikan dizi izleme platformu Netflix tarafından internet sitesi üzerinden yayınlanmaktadır. Dizi, Netflix’te akıl almaz, tüyler ürpertici, sürükleyici, korkutucu ve tehditkâr olarak nitelendirilmektedir. Yapay zekâyı futuristik olarak ele alan dizi, yapay zekânın gelebileceği aşamalar karşısında insanın çaresizliğine ve acziyetine vurgu yapmaktadır. Onay/ Övür 2018, s. 125.

13 Bu ekollerden olan Neo-Luddizm veya yeni Luddizm, birçok modern teknoloji biçimine karşı çıkmaktadır. Kökenleri 19. yüzyıl başlarında İngiltere’de tekstil işçilerinin işsiz kalacakları korkusuyla makineleşmeye karşı başlattıkları eylemlere dayanan bir felsefedir. Neo-Luddizm tarafından yasaklanması talep edilen teknolojilerden birisi de, toplumda psikolojik rahatsızlık, sosyal iletişim ve bütünlüğün kaybı yanı sıra ekonomik ve politik eşitsizlik yaratacağı savunulan yetenekli yapay zekâlı robotlardır. Saripan/ Mohd/ Nurus, 2016, s.824.

alanda oluşturduğu benzeri görülmemiş bir rekabet ve dönüştürme gücünün rüzgârıyla son sürat[14] hayatımıza girmektedir.

Bilgi artış hızına yetişemeyen insan, bu yükü hafifletmek amacıyla kendi kendine hareket edebilen ve kararlar verebilen robotları üretmek ve tamamen bağımsız karar verme kapasitesini arttırmak için uğraşırken aynı zamanda ortaya çıkacak değişik seviyelerdeki otonominin çevresine zarar vermeden kullanılabilmesini sağlayacak yapay zekâ denilen diğer bir unsurun da eklenmesinin gerektiği dile getirilmektedir.[15]

Yapay zekâyı kullanan robotik[16] alandaki hızlı ilerlemeyi göstermesine yönelik Japon Robotik Politika Komitesi'nin, 2030 yılına kadar insan ve robotik arasındaki aktif bir arada yaşamın gerçekleşeceği öngörüsü, bu alanın çevresiyle etkileşiminin düzenlenmesine ilişkin adımlar atılmasının gerekliliğini göstermektedir. Bu öngörü neredeyse on binlerce robotik sistemin hali hazırda evlerde ve sosyal kurumlarda kullanılmasıyla desteklenmektedir.[17]

Hayatımızda gün geçtikçe daha çok duyduğumuz bu kavramın giderek daha da gelişeceğine olan itimat ve çok önemli yatırımların bulunması sebebiyle, insana benzer kabiliyetleri olan ve daha da otonomlaşan bu nesneleri, gözardı ederek karşılaşılması muhtemel sorunlara çözüm bulmak mümkün gözükmemektedir.

Bir yapay zekâ sisteminde yapılması gereken ilk iş verilerin elde edilerek toplanmasıdır. Toplanan bu verilerin sağlıklı bir şekilde korunması, çeşitli amaçlarla paylaşılması, etik[18] değerlerle ilişkilendirilerek insanın yaşamında karşılaştığı sorunlara çareler

---

[14] Teknolojideki gelişme hızının dayanak noktası olan Moore yasası, transistörlerin değerinin düşmesiyle sayılarının her 18 ayda bir ikiye katlanacağına dayanmaktadır. Moore daha sonra bu süreyi 24 ay olarak düzeltmiştir. Üstel büyüme üzerine tanımlanan bu kavram günümüze kadar halihazırda kabul edilmektedir. Ray Kurzweil ise, tıpkı Moore'un şimdiye kadar literatürde baz alınması gibi, "Hızlandırılmış Kazanımlar Yasası-İnsan Tarihinin İvme Kanunu" teorisinin geleceği yöneteceği görüşündedir. Bu teoriye göre her yeni teknoloji ve artan işlemci kapasitesi, üstel bir kazanım yaratacaktır. Teknoloji gelişiminin zaman geçtikçe daha da hızlı ilerleyeceği varsayılmaktadır. Kurzweil, İvme Kanunu dolayısıyla 20. yüzyılda yaşanan gelişmenin 1,000 katının 21. yüzyılda yaşanacağına inanmaktadır. Urban, Tim, "The AI Revolution: The Road to Superintelligence", 2015, (https://waitbutwhy.com/2015/01/artificial-intelligence-revolution-1.html, Çevrimiçi, e.t. 08.01.2021).

[15] Onay/ Övür, 2018, s. 123.

[16] Robotik, robotların tasarımı, üretimi ve kullanımı ile ilgilenen çok disiplinli bir bilim dalıdır.

[17] Saripan/ Mohd/ Nurus, 2016, s.828.

[18] Etik, insan davranışlarına ilişkin olarak bazı eylemlerin doğruluğuna ve yanlışlığına ve bu eylemlerin amaçları ile sonuçlarının iyiliği ve kötülüğüne ilişkin değerlerle uğraşan felsefe dalı olarak tanımlanmaktadır. Ersoy, 2017, s. 145.

üretilmesi ile bilhassa sürekli biçimde tekrarlanan işlerin otomatikleştirilmesi suretiyle insana zaman kazandırılması bu konuya yatırım yapanların amacıdır. İşte bu hedefe ulaşmak için geçilmesi gereken aşamalarda hukuktan beklenen, koyacağı kurallar vasıtasıyla her bir sürecin sağlıklı işlemesine yardımcı olmasıdır. Benzer biçimde yapay zekânın insan ile karşı karşıya geldiği her durum, hem hukuk tarafından düzenleme altına alınması hem de yapay zeka-insan karşılaşmasından doğan sonuçlara bu düzenlemelerin uygulanması anlamında birçok karşılık bulacaktır. Diğer yandan, hukukun kendisi de yapay zekâ ile sorunlarına çözümler üretebilecek bir alandır. Bu kapsamda örneğin dosya tasnifi, karar arama, suçluların risk durumuna göre değerlendirilmesi ve karar destek sistemi gibi uygulamalar ile yapay zekâ, hukuk alanına destek olabilecektir.

Peki, yapay zekâ nedir? Nerelerde kullanılıyor? Hukuk ve yargı alanındaki yansımaları ne olacak? Mesela, yakın bir gelecekte uluslararası adli yardımlaşmanın konusu olabilir mi? Uluslararası teşkilatlar bu konuyla ilgili ne tür adımlar atıyor?

Yapay Zekâ

Bu kavram[19], bir takım teori, bilim ve teknik sayesinde makinelerin (bilgisayar veya bilgisayar kontrolündeki bir robot) insanoğlunun özellikle bilişsel kabiliyetlerini insanlara benzer şekilde yerine getirme kabiliyeti olarak tanımlanmaktadır.[20] Diğer yandan doğal sistemlerin yapabildiği (zekice olsun veya olmasın) her bilişsel etkinliğin, bedeni olan veya olmayan yapay sistemlere daha da yüksek başarı düzeyinde nasıl yaptırılabileceğini araştıran bilim dalı olarak tanımlayan uzmanlar da bulunmaktadır.[21] Bunun yanında, insanların sergilediği doğal zekânın aksine, etkileşimli makineler yahut bilişim sistemleri tarafından gösterilen akıl yürütme, yargılama ve sonuç çıkarma yeteneği, yapay zekâ olarak da adlandırılmaktadır.[22] Teorinin ötesine geçildiğinde uygulamada, ABD'de yapay zekâlı sürücüsüz araçlar hakkında 2011 yılında çıkarılan bir yasada; yapay zekâ, bir makinenin insan davranışını kopyalamasını veya taklit etmesini sağlamak için

---

[19] Yapay zekâ kavramı, New Hampshire eyaletinin Hanover kasabasındaki Dartmouth Koleji'nde matematikçi olarak görev yapan John McCarthy ve arkadaşları tarafından düşünen bilgisayarlar üretmek için yapacakları çalışmalarda kullanmak üzere para talep etmek amacıyla 2 Eylül 1955 yılında Rockefeller Vakfı'na yaptıkları resmi başvuruda, ilk defa kullanılmıştır. Say, 2019, s. 85.

[20] (https://www.coe.int/en/web/artificial-intelligence/glossary, Çevrimiçi, e.t. 04.10.2020).

[21] Say, 2019, s. 83.

[22] Akkurt, Sinan Sami, Yapay Zekânın Otonom Davranışlarından Kaynaklanan Hukukî Sorumluluk, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Yıl 7, Sayı 13, Haziran 2019, s. 39.

bilgisayarların ve ilgili ekipmanların kullanılması olarak tanımlanmıştır.[23]

Bununla birlikte yapay zekânın üzerinde hem fikir olunan bir tanımı bugün itibariyle bulunmamaktadır.[24] İngilizce artificial intelligence kelimelerinin kısaltması olan "AI" sözcüğü de bilişimde sıklıkla kullanılmaktadır.

Yapay zekâ, aslında bir problemin çözümünde izlenecek yol demek olan algoritmadır. Problemin çözümünün adımlar halinde yazılmasıyla oluşmaktadır. Daha insani bir ifade ile yapay zekâ, bir makine veya bilgisayar programının düşünmesi ve öğrenmesidir.[25] İşte bir makine veya bilgisayar programının, verilen bir problemi probleme ait ortamdan edindiği veriye göre modelleyerek ortaya çıkardığı algoritmaların genel adına da makine öğrenmesi[26] (machine learning) denilmektedir. Makine öğrenmesi, makinelerin genellikle doğal dil işleme[27] gibi insan zekâsı ile ilişkilendirilen görevleri yerine getirmek üzere eğitildiği, yapay zekânın kullandığı tekniklerden birisidir.

Yapay zekâ, birçok bilim dalı ve tekniklerin (matematiksel mantık, istatistik, olasılıklar, işlemsel sinir sistemi biyolojisi ve bilgisayar bilimi gibi) bir araya getiren genç bir disiplin olarak yaklaşık 60 yıllık bir geçmişe sahiptir.[28]

Aslında bir hukukçu olan mühendis Gottfried Wilhelm Leibniz 1600'lü yılların ikinci yarısında, aritmetiğin dört işlemini yapabilecek bir makine üzerinde çalışıyordu. Aslında bir kolu çevirmek sayesinde dört işlemin yapılmasını sağlayan bu alet, aritmetik bilen okumuş gençler karşısında 17. yüzyıl için bir yapay zekâ başarısı sayılabilirdi. "*Muhakemelerimizi düzeltmenin tek yolu, onları matematikçilerinkiler kadar*

---

23 Richards, Neil M./ Smart, William D., "How should the law think about robots?", 2013, s. 14, (SSRN: https://ssrn.com/abstract=2263363, Çevrimiçi, e.t. 15.11.2020).

24 Rotenberg, Marc, *The AI Policy Sourcebook 2019*, Electronic Privacy Information Center(EPIC), Washington DC, 2019, s. 17.

25 Esenal, Ersin, "Yapay Zekâ ve Hukuk", Adalet İstanbul Dergisi, S. 12, Aralık 2018, s. 89.

26 Başka bir ifadeyle, bilgisayar, telefon vb. elektronik cihazların, geçmiş verileri analiz edip, sonuçlar çıkarması ve çıkardığı bu sonuçlara göre yeni bir davranış oluşturması veya geliştirmesidir. Pek çok makine öğrenmesi yöntemi geliştirilmiş olup bunlardan en çok bilineni karar ağaçları ve yapay sinir ağlarıdır. Atalay, Muhammet/ Çelik, Enes, Büyük Veri Analizinde Yapay Zekâ Ve Makine Öğrenmesi Uygulamaları Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi Cilt.9 Sayı.22 2017 - Aralık s.161.

27 Bu bilim dalı, genel olarak, dillerin bilgisayar yardımıyla işlenmesi üzerinde çalışmaktadır. Bu çalışmaların sonunda, bir konuşma veya yazının anlaşılması, sorulana yanıt verilmesi ve dillerarası çeviriler hedeflenmektedir. Bu hedeflere ulaşabilmek için dillerin ses, biçim, dizilim, anlam gibi temel konuları bu bağlamda incelenmektedir. Adalı, Eşref, "Doğal Dil İşleme Natural Language Processing", (https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/207209, Çevrimiçi, e.t. 26.02.2021).

28 (https://www.coe.int/en/web/artificial-intelligence/history-of-ai, Çevrimiçi, e.t. 22.10.2020).

elle tutulur hale getirmektir, öyle ki hatamızı bir bakışta bulabilelim ve kişiler arasında anlaşmazlıklar olduğunda hemencecik hesaplayalım, kimin haklı olduğunu görelim." sözü hukuk dünyası da dâhil olmak üzere sayısız alanda uygulamaya geçirilmesi öngörülen yapay zekânın belki de ilk fikri alt yapısını oluşturmuştur.[29]

1950'ye gelindiğinde ise, Alan Turing,[30] tarafından geliştirilen bir test sayesinde bir makinenin ne kadar zeki olup olmadığı öğrenilebilmiştir. Yayımlamış olduğu makaleye göre eğer, bir insan karşı karşıya olduğu bir etkileşimin bir insandan mı kaynaklandığı yoksa bir makinenin mi eylemi olduğunu fark edemiyorsa o makine zeki ve düşünebilen bir makinedir.[31]

Makineler, algoritmaları kullanarak çok miktarda veriden öğrenmektedir. Günümüzde yapay zekâ algoritmaları, verileri analiz etmek suretiyle oluşturduğu şablon yollar üzerinde ilerleyerek yaptığı çıkarımlara göre davranışları tahmin ederek insan yeteneklerini büyük ölçüde aşan bir seviye ve hıza kavuşmuştur.

Yapay Zekânın Kullanım Alanları

Geldiğimiz aşama itibariyle bilgi birikiminin bizi getirdiği nokta, dün denebilecek kısa bir süre öncesinde düşünülmesi zor veya imkansız görülen birçok gelişmenin içinde yaşıyor olmamızdır. Bu gelişmeler içerisinde yapay zekâ alanında ulaşılan halihazırdaki aşama dahi, düşündükçe, hem adrenalimizin yükselmesine hem de yaşanan bazı olaylar[32] ve olası ihtimaller karşısında düşündürücü ve ürkütücü bir mahiyet arz etmektedir. Zira yapay zekânın birçok meslek sahibini işinden edebileceği, ameliyatlar yapabileceği, yüzyıl geçmeden kendilerinin bile yapay zekâ konusunda uzman olabileceği ve

---

[29] Say, 2019, s. 16.

[30] Yapay zekâ felsefesini ilk ortaya çıkaran ünlü İngiliz mantık ve matematikçidir. 1950 yılında Turing, Mind adlı felsefe dergisinin Ağustos sayısında "Computing Machinery and Intelligence" adlı bir makale yayınlamıştır. Bu makalede Turing "Makineler düşünebilir mi?" sorusunu felsefi bir tartışmaya açmış ve makineler düşünebilir iddiasına karşı olan itirazları reddetmiştir. Pirim, Harun, s, 89 (https://journal.yasar.edu.tr/wp-content/uploads/2011/07/no1_vol1_07_harun_pirim.pdf, Çevrimiçi, e.t. 22.11.2020).

[31] (https://www.endustri40.com/yapay-zekâ-makine-ogrenimi-ve-derin-ogrenme-arasindaki-farklar/, Çevrimiçi, e.t. 01.12.2020).

[32] 2017 yılında Kaliforniya eyaletinde çıkan yangınlar, büyük bir şehre sıçramıştı. Araçlarıyla güvenli bölgelere kaçmaya çalışan insanların cep telefonlarındaki uygulamaların trafik yoğunluğu bulunan yollar ile yangın bölgelerindeki yollardan elde ettiği verilere dayanarak araç sürücülerini yanan mahallelerdeki boş yollara yönlendirmesi ilginç bir örnektir. Say, 2019, s. 150.

nihayetinde yapay zekâlı nesnelerin, bir asır içinde bizlere benzeyeceği dile getirilmektedir.[33]

Bizler gibi olmaları bir yana yapay zekânın gelecek on yıllarda yenilikler sağlayacağına muhakkak gözüyle bakılmaktadır. Hatta bazıları tarafından yapay zekânın yeni *elektrik*[34] olduğu ileri sürülmektedir.[35] Yapay zekâ taraftarları bu tür teknolojilerin toplumu geliştirebileceğini, sosyal refahı ve üretkenliği artırabileceğini ve hatta küresel iklim ve sağlık sorunları için çözümler sunabileceğini öngörmektedirler. Yapay zekânın aynı zamanda örneğin, insan kaçakçılığı ağını ortaya koyan finansal işlemlerin tespit edilmesinde olduğu gibi insan hakları suiistimalleriyle mücadele konusunda da yardımcı olabileceği ifade edilmektedir.[36]

İşte yapay zekânın potansiyelini gören başta Çin ve ABD olmak üzere İngiltere, Fransa, Kanada gibi ülkeler, yapay zekâ karşısındaki durumlarını ortaya koyan ve yapılması gerekenler hakkında raporlar ve planlar oluşturmakla kalmayarak, yapay zekâ ile ilgili çalışmalar yapmak üzere komite ve akademiler kurmuşlardır. Bunun da ötesinde konuyu parlamentolarına kadar taşımak suretiyle en üst seviyede ele alarak, yapay zekâyı sadece özel sektörün alanında görmeyip bu alanı, devletin düzenleyici ve teşvik edici müdahalelerle nüfuz etmesi gereken bir konu olarak değerlendirmişlerdir.[37]

Bir yapay zekanın üretilmesindeki amaç, kendisine verilenlerden yola çıkarak öğrenme becerisi kazanması, öğrenerek aldıklarını tahlil ederek ortaya çıkardığı yeni verileri değerlendirmesi ve yaptığı değerlendirme sonucuna göre bir karar verebilmesidir. Buna ilaveten

---

[33] Dülger, Murat Volkan, "Yapay Zekâlı Varlıkların Hukuk Dünyasına Yansıması: Bu Varlıkların Hukuki Statüleri Nasıl Belirlenmeli?", 2018, (https://www.hukukihaber.net/yapay-zekâli-varliklarin-hukuk-dunyasina-yansimasi-bu-varliklarin-hukuki-statuleri-nasil-belirlenmeli-makale,5758.html, Çevrimiçi, e.t. 12.10.2020).

[34] Yapay zekânın, insanoğlunun ilk zamanlardan günümüze kadar her biri milat sayılan buluşlarından olan ateş, yazı, barut veya elektrik gibi buluşlardan, insanların faydasına kullanılmaları ortak yönünden farklı olarak potansiyel olarak taşıdığı çeşitli olumsuzlukların tüm insanların hemen her yönünü toptan etkileyebilme gücü ürkütücü bulunmalıdır.

[35] Lynch, Shana, "Andrew Ng: Why AI Is the New Electricity", (https://www.gsb.stanford.edu/insights/Andrew Ng: Why AI Is the New Electricity | Stanford Graduate School of Business, Çevrimiçi, e.t. 11.10.2020.)

[36] Beduschi, Ana, "Human Rights and the Governance of Artificial Intelligence", 2020, s. 2, (https://www.geneva-academy.ch/research/publications/detail/513-human-rights-and-the-governance-of-artificial-intelligence, Çevrimiçi, e.t. 13.11.2020).

[37] Fındık, H.Kerem, "Dünyada yapay zekâda neler oluyor?", (https://digitalage.com.tr/dunyada- yapay-zekâda-neler-oluyor/, Çevrimiçi, e.t. 24.10.2020).

mekanik bir bedene sahip robot[38] bir yapay zekadan beklenen ise, hareket edebilme yeteneği sayesinde verdiği kararlarının etkisini dış dünyada eyleme dönüştürebilmesidir. Piyasaya sürülen ürünler gözönüne alındığında bu alandaki mevcut çalışmalar, bu amaçların gerçekleştirilmesinin mümkün olduğunu çoktan ispatlamış bulunmaktadır.[39]

Tıp, astronomi, savunma ve matematik bilimlerinin yanı sıra iletişim, eğitim, hukuk, sanayi, turizm, pazarlama ve daha birçok farklı alanlarda yapay zekâ, türlü işler yaparak insanlığa hizmet etmeye başlamıştır.[40] Günümüzde özellikle yapay zekâ kullanan bilgisayarlar ve benzeri elektronik aygıtlar tarafından düzenli ve akla uygun biçimde bilginin işlenmesini konu alan bir bilim dalı olan bilişimin girmediği hiçbir sektör neredeyse kalmamıştır. Öyle ki; bilim ve teknolojinin sınırlarını zorlayan bu konu doğrudan insanın beynine, kanına[41] ve midesine dokunur hale gelmiştir.[42]

Öyle ki, içinde bulunduğumuz şu günlerde yapay zekânın, devletlerin içinde bulundukları bazı krizlerin iyi yönetilmesi amacıyla değişik aşamalarda (hazırlık, önleme, müdahale ve iyileştirme) aktif bir şekilde kullanılarak etkili sonuçlar verdiğine şahit olmaktayız. Örneğin COVID-19 salgını ile mücadelede hastalığın teşhisinden toplu karantina önlemlerine kadar krizin pek çok boyutunda yapay zekâ tekniklerinden yararlanılmıştır.[43]

Günlük hayatımızda hemen her alanda artık kolaylıkla karşılaşabileceğimiz yapay zekâ örneklerinin bazılarına zihin dünyamızda bir farkındalık oluşturması bakımından aşağıda yer verme gereği duyulmuştur.

Cyborg Nest firmasının North Sense adlı ürünü piercing tekniği ile vücuda yüklenince insanlar, kuşlar ve balıklar gibi yönlerini otomatik

---

38 Robotlar, farklı işlevleri görmek üzere üretilmiş birer bedene sahip olmalarıyla yapay zekâ uygulamalarından önemli bir fark göstermektedir. Say, 2019, s. 120.

39 Dülger, 2018.

40 Dolaş, Mehmet, "Hukukta Yapay Zekâ Kullanımı Yaygınlaşıyor", (http://www.lawtudent.com /teknoloji /hukukta-yapay-zekâ-kullanimi-yayginlasiyor/, Çevrimiçi, e.t. 16/03/2019).

41 Apple şirketinin dijital asistan programı Siri, telefona eliyle uzanamayan insanlar için birçok kez ambulans çağırarak hayatlar kurtarmıştır. Say 2019, s. 126.

42 Dilipak, Abdurrahman, "Deep Learning", (https://www.yeniakit.com.tr/yazarlar/abdurrahman-dilipak/deep-learning-27773.html, Çevrimiçi, e.t. 11.11.2020).

43 Uzun, M. Metin, "Yapay Zekâ: Fırsat Ve Tehditler", Demir, İbrahim(ed.), Disiplinlerarası Politika Vizyonu ve Stratejiler 2020, Iksad Publishing House, 2020, s.141.

olarak bulabilmektedir.[44] Google'ın akıllı ev hoparlörü Home, kullanıcılarla sesli iletişim kurmakta, sesli emirler almak suretiyle anlaşmalı işletmelere sipariş göndererek alışverişe imkân vermektedir.[45]

Amazon'un Alexa yapay zekâ servisini kullanan Ford sürücüleri, Alexa'dan herhangi bir şarkının çalmasını isteyebilmektedir. Yakındaki restoranlar, alışveriş merkezleri, hastaneler, eczaneler gibi lokasyonlar hakkında bilgi alıp, rota çizdirebilmektedir. Sürücüler bu sayede hava durumuna, trafik sıkışıklığına dair bilgileri, internette arama sonuçları gibi detaylara ulaşabilmektedir.[46]

Google'ın tercüme servisi Çeviri (Translate) birkaç yıldır yapay zekânın kontrolünde çalışmaktadır. Çeviri için kullanılan yapay zekâ o kadar gelişmiş durumda ki, Google mühendisleri, yapay zekânın nasıl çalıştığına dair kontrolü yitirdiklerini itiraf etmişlerdir. Çünkü yapay zekâ yaklaşık iki yıldır kendisine öğretilmemiş[47] çapraz dil çevirilerini de yapar hale gelmiştir.[48]

IBM'in Watson yapay zekâ sisteminin, özellikle siber saldırıları[49] önlemek üzere dizayn edilmiş özel bir versiyonu, bilgisayar sisteminde kötü niyetli ve şüpheli işlemleri tespit etmek suretiyle Yahoo, İngiliz sigorta şirketi Lloyds ve internet servis sağlayıcısı TalkTalk gibi şirketlere yapılan büyük saldırıları engelleyebilmiştir. Bu sayede yılda 20 bin saate kadar bir sürenin, yanlış alarm peşinde harcanmasından tasarruf edildiği duyurulmuştur.[50]

Buna ilaveten, Watson, 2013 yılında New York'ta bir kanser merkezinde belli bir vakada taranması gereken birçok bilgiyi elemek suretiyle onkoloji doktorlarına ilgili bilgileri sunarak daha iyi teşhis bilgilerine ulaşmalarını sağlayabilmiştir. İnsan doktorlar tarafından

---

44 Thaddeus, Josie, "Meet the first humans to sense where north is", (https://www.theguardian.com/ technology/2017/jan/06/first-humans-sense-where-north-is-cyborg-gadget, Çevrimiçi, e.t. 12.11.2020).

45 (https://www.cnnturk.com/teknoloji/gunluk-hayatimiza-girmis-yapay-zekâ-urunleri, Çevrimiçi, e.t. 12.11.2020).

46 (https://www.theverge.com/ces/2017/1/4/14173324/ford-amazon-echo-alexa-integration-ces-2017, Çevrimiçi, e.t. 09.10.2020).

47 Hem İngilizce-Japonca hem de İngilizce-Korece çevirinin Google mühendisleri tarafından öğretildiği bir sinir ağı, kendisine hiç gösterilmemiş olan Japonca-Korece çiftini başarıyla tercüme edebilmiştir. Say, 2019, s. 137.

48 (https://www.newscientist.com/article/2114748-google-translate-ai-invents-its-own-language-to-translate-with/, Çevrimiçi, e.t. 12.12.2020).

49 Güvenlik danışmanlığı Juniper Research tarafından yapılan bir araştırmaya göre, veri ihlallerinin maliyetinin her yıl 3 trilyon dolardan 2024'te 5 trilyon doların üzerine çıkacağı ve bunun da yıllık ortalama % 11'lik bir büyüme anlamına geldiği açıklanmıştır. (https://www.juniperresearch.com/press/press-releases/business-losses-cybercrime-data-breaches, Çevrimiçi, e.t. 02.11.2020).

50 (https://www.wired.co.uk/article/ibm-watson-artificial-intelligence, Çevrimiçi, e.t.02.11.2020).

hastanın hangi ilacı kullanacağına karar verme süresinin bir haftayı bulmasına rağmen Watson'un bu işi sadece birkaç dakikada yapabildiği tespit edilmiştir.[51]

Hukuk Alanında Yapay Zekâ Kullanımı

İnsanlar tarafından yapay zekâ çalışmalarının, yanlış bir şekilde sadece bilgisayar, makine ve robotik gibi fen mühendisliği alanlarını ilgilendirdiği sanılmaktadır. Oysa bu alan etik, psikoloji, iktisat, iletişim, dil bilimi, sosyoloji ve hukuk gibi sosyal bilim dallarının da doğrudan ilgi alanında bulunmaktadır.

Bu sosyal bilimler içerisinde önemli bir yere sahip bulunan hukuk; mantık yürütme, kural zincirleri ve gerekçelendirme gibi "eski moda" simgesel yapay zekâ tekniklerinin[52] kullanımına çok elverişli bir alandır. Ayrıca yapay zekâ sistemleriyle, yinelemeli işlemlere dayalı hukuk hizmetlerinin başarılı şekilde yürütülmesi de mümkün görülmektedir. Buna ilaveten hukuk alanında büyük kolaylıklar sağlayacak yeni uygulamalar büyük veri[53]yle baş etmek için geliştirilen tekniklere ve yapay öğrenmeye[54] dayanmaktadır.[55]

---

51 (https://www.centreforpublicimpact.org/courting-change-verdict-ai-courts/, Çevrimiçi, e.t. 02.11.2020).

52 Eski moda Yapay Zekâ olarak da anılan Sembolik Yapay Zekâ, bir bilgisayara yukarıdan aşağıya bir şekilde verilebilecek mantıksal adımlar etrafında inşa edilmiştir. Bu eski moda Yapay Zekâ, belirli bir senaryo ile nasıl başa çıkılacağı konusunda bir bilgisayara (veya bir robota) çok sayıda kural entegre etmekten başka bir şey değildir. (https://technotoday.com.tr/yapay-zekânin-cesitleri/, Çevrimiçi, e.t. 19.12.2020). **Simgeci yaklaşım**, bilgisayar gibi, kural ve mantık tabanlı düşünmeyi esas alır. Bu yaklaşımın kuramı, Alan Turing tarafından ortaya konulmuştur. Beyin gibi düşünmeyi esas alması nedeniyle deneysel özelliği ağır basan **Bağlantıcılar yaklaşımı**nda ise, beyin sinir ağlarını taklit eden yapay sinir ağları art arda dizilmiş katmanlar şeklinde tasarlanmaktadır. Her katmanın çıktısı, sırada kendisini izleyen katmanın girdisidir. İlk katman girdi katmanı, sonuncusu da çıktı katmanıdır. Say, 2019, s. 99.

53 Bilgisayarlarda toplanan verilerin, kullanımları ve çapraz refaranslarıyla (gönderme) birlikte 21. yüzyılın yeni bir servet üreten "petrol"ü olduğu söylenmektedir. European Commission For The Efficiency Of Justice (CEPEJ), European ethical Charter on the use of Artificial Intelligence in judicial systems and their environment, 2018, s.18, (https://rm.coe.int/ethical-charter-en-for-publication-4-december-2018/16808f699c, Çevrimiçi, e.t. 22.11.2020).

54 Bir yapay öğrenme yöntemi olan Derin Öğrenme, algoritmaları katmanlar halinde yapılandırarak oluşturduğu bir yapay sinir ağı sayesinde, makinelerin kendi başlarına öğrenmesine ve kararlar vermesine imkân vermektedir. Bu öğrenme yönteminde ne kadar çok veri olursa yapay zekâ da o kadar çok karşılaştırma yapıp doğru sonuç çıkarmada başarılı olacaktır. Say, 2019, s. 105. Derin öğrenme, makine öğreniminin bir alt kümesi olmakla birlikte bu teknikte, giderek daha fazla görüntü ve yüz tanıma yöntemlerine başvurulmaktadır. Beduschi, 2020 s. 2.

55 Say, Cem, "Yapay Zekâ ve Hukuk", 2018, (https://sarkac.org/2018/06/yapay-zekâ-ve-hukuk/, Çevrimiçi, e.t. 16.11.2020).

Bugün yaptığı bir araştırmada literatürü tarayan bir araştırma görevlisinin veya davasıyla ilgili içtihat arayan bir avukatın konusuyla ilgili öne çıkan bir bilgiyi yakalayamaması ihtimali geçmişe oranla çok daha düşüktür. Zira, dokümanlar, dijital ortamlara aktarılırken bu tür aramalarda kullanılmak için tasarlanmış sınıflandırma sistemlerine göre etiketlenmekte ve "gözetmensiz öğrenme"[56] denilen bir yapay öğrenme tekniğiyle böyle etiketleri bilgisayarın kendi kendine belirlemesi mümkün olabilmektedir.[57]

Günümüzde yargı hizmetlerindeki kimi aksaklıklar nedeniyle insanlar tarafından yargılanmak yerine hukuk kurallarının eksiksiz kodlandığı makinelerce yargılanmayı tercih edebilecek kişilerin sayısının pek de az olmayacağı düşünülmektedir.[58] Bu düşünce, belki de, insanların yaşadıkları olaylarla ilgili bilgi, duygu ve düşüncelerinin karar vericilere tam olarak aktarılmış olduğunu bilme ihtiyacının, her türlü bilginin kendisinde yüklü olduğu bir yapay zekâ tarafından daha iyi sağlanabileceğine inanılan adalet duygusunun en önemli unsuru olmasına bağlıdır.[59] Bu anlamda yakın bir gelecekte gerek iş kapasitesi, gerekse de kurallara uyma doğruluğu açısından ortalama bir insan yargıcın performansının çok üstünde insanları kusursuz şekilde dinleyip her dile getirileni dikkate alacak 'robot yargıçların' imal edilebileceği öngörülmektedir.[60]

---

[56] Öğrenme teknikleri; denetimli, denetimsiz(gözetmensiz) ve pekiştirmeli (takviyeli) olmak üzere üç grupta incelenmektedir. Denetimli öğrenmede oluşturulan model ile, bir grup girdi değerine karşılık onlara ait hedef değerleri verilerek aralarındaki ilişkiyi öğrenmesi ve hedef değerlere en yakın çıktıların üretilmesi amaçlanır. Elde edilen en iyi model, yeni girdi değerleri için en yakın çıktıyı da verebilecektir. Denetimsiz öğrenmede ise hedef değerleri olmadan sadece girdi değerleri arasındaki ilişki bulunmaya çalışılır. Bu ilişki(ler) sayesinde birbirine yakın değerler aynı kümelerde toplanırlar. Yeni bir girdi bu kümelerden hangisiyle ilişkili ise o kümeye ait olacaktır. Pekiştirmeli (takviyeli) öğrenme yönteminde ise, hedef çıktıyı vermek için bir danışman yerine, elde edilen çıktıyı, verilen girdiye karşılık iyi ya da kötü olarak değerlendiren bir kriter kullanılmaktadır. Atalay/ Çelik, 2017, s.161.

[57] Say, 2018.

[58] Bu öngörü gerçekleşse bile, bilgi yüklü soğuk bir metal veya çok çalışmaktan entegreleri aşırı ısınmış bir yazılım tarafından yargılanmaktansa kendi türdeşinden olan bir insan tarafından yargılanmayı tercih edecek insanların hâlâ çoğunlukta olacağına inanmaktayız. Zira bir kısım duygulardan yoksun olma ihtimali bulunsa da, kalbiyle, beyniyle ve tüm azalarıyla birlikte bir bedene ve ruha sahip, hukuk eğitimi almış duyguları olan, empati yapabilen bir insan tarafından yargılanmanın, eşitliğe, onura, ve insan haklarına uygun, daha insanî ve vicdanî yönünün bulunduğu göz önünde bulundurulmalıdır.

[59] Uyan Burhan, "Sav-Savunma-Karar Sürecini Yapay Zekâlılaştırabilir Miyiz?", Duruşma Arası - Kayseri Barosu Dergisi, S. 4, 2020, s. 72.

[60] Say, 2018.

Yapay zekâ, bilgiyi toplamak ve tasnif etmek, karar verme ve temyiz aşamasında karar önermek veya öngörüsünde bulunmak[61] gibi mahkeme işlemlerinin birer parçası olarak farklı şekillerde halihazırda kullanılmakta ve geliştirilmiş modelleriyle giderek artan yoğunlukta kullanılmaya da devam edecek gözükmektedir.

Bu kapsamda birçok şirket ve kuruluş gibi, mahkemeler de dijitalleştirme yoluyla dönüştürülmektedir. Dünyanın dört bir yanındaki yargı sistemleri, kâğıt temelli olmaktan çıkarak, elektronik ve çevrimiçi[62] sistemlere geçmektedir. Mahkemeler gittikçe artan sayıdaki belgelerin elektronik olarak dosyalanmasına, tasnif edilmesine ve erişilmesine, davaların çevrimiçi olarak başlatılmasına ve yönetilmesine izin vermektedir. Video konferans teknolojisi, hâkimlerin, tarafların ve tanıkların fiilen yargılamaya katılmalarına imkân sağlamaktadır. Gelişmelerin sağladığı olanaklarla İngiltere ve Kanada'daki mahkemeler daha da ileri giderek, hukuki alandaki küçük hacimli hak taleplerinin çevrimiçi olarak çözülmesine izin vermektedir.[63]

Adalete erişimi kolaylaştıran araçlar da dahil olmak üzere, mahkemeler ve avukatlar arasındaki iletişimi geliştiren, hâkimler ve mahkeme idaresi için doğrudan yardım sağlayan sözde 'siber adalet' araçları, birçok Avrupa yargı sisteminde halihazırda uygulanmaktadır. Bununla birlikte, 'siber adalet', yapay zekâ ve makine öğreniminin kesişme noktasında daha önce ortaya çıkan 'tahmini adalet'ten ayırt edilmelidir.[64] Tahmini yapay zekâ araçları, mahkeme önündeki bir davada başarı veya başarısızlık olasılıklarını tespit etmek için önerilerde bulunmaktadır. Bu olasılıkların belirlenmesi de doğal dil işleme ve makine öğrenmesi yöntemleri aracılığı ile yapılmaktadır.[65] Avrupa Adaletin Verimliliği Komisyonunun hazırladığı rapora göre, Avrupa'ya[66] kıyasla Amerika Birleşik Devletleri'ndeki yargı sisteminde yapay zekâ kullanımı daha popüler gözükmektedir.[67]

---

61 Heikkinen, Tiia-Helina, "How Does the Use of Artificial Intelligence Affect the Concept of Fair Trial?", Faculty Of Law Lund University, Master Thesis-International Human Rights Law, Lund, 2019, s. 25. (https://lup.lub. lu.se/ student-papers/search/publication/8980709, Çevrimiçi, e.t. 09.11.2020).

62 Bilgisayar sisteminde sunucuya bağlı ve çalışır durumda olma halidir.

63 Kamener, 2017.

64 Gyuranecz, Franciska Zsófia/ Krausz, Bernadett/ Papp, Dorottya, *The AI is now in session-The impact of digitalization on courts*, Kovács, Bálint(ed.), EJTN THEMIS SEMI-FINAL D – Judicial Ethics and Professional Conduct, Team Hungary, 2019, s. 5.(http://www.ejtn.eu/PageFiles/17916/TEAM%20 HUNGARY%20TH% 202019%20D.pdf, Çevrimiçi, e.t. 23.11.2020).

65 Heikkinen, 2019, s. 28.

66 Tahmini adalet uygulama örnekleri, Fransa'da 'Predictice', Estonya'da 'e-residency program ve 'national ID smartcard', Hollanda'da 'e-court' isimli uygulamalarıyla hayata geçirilmeye başlanmıştır.

67 CEPEJ, European ethical Charter, 2018, s.16.

Bu kapsamda suçta tekerrür risklerini tahmin eden algoritmaların[68] kullanılması ABD ceza adalet sisteminde giderek yaygınlaşmaktadır. Washington'daki bir araştırma merkezine göre, devlet genelinde yargıçlara mahkeme öncesi kefalet, mahkumiyet ve şartlı tahliye hakkında bilgi sağlayarak ceza yargılamasının her aşamasında kimin serbest bırakılabileceğine dair fikir verecek risk değerlendirme araçları kullanılmaktadır. Bu tür modern risk değerlendirme araçları, cezai takibatın tüm aşamalarında uygulanmasına rağmen, ilk önceleri suçlulara yönelik denetimli serbestlik tedbirlerinin ve akıl sağlığı yönünden en uygun tedavi stratejilerinin planlanması gibi mahkumiyet sonrası belirli kararlar için destek olmak üzere tasarlanmıştır.[69]

Yapay zekânın diğer alanlarda ortaya koyduğu başarılı örneklerin yanında hukuk dünyasının da hizmetine sunulan uygulamalardan bazılarına aşağıda yer verilmesinin fikir vermesi açısından yararlı olacağı değerlendirilmiştir.

Üretilen yapay zekâ konulu bilimsel araştırmalar yönünden en fazla atıf alan makalelerin sayısı bakımından ABD'yi gelecek yıllarda geçeceği tahmin edilen Çin'de[70] (Şanghay) bulunan bir mahkeme, hırsızlık ve cinayet suçunu kapsayan bir davanın duruşmalarında 'Sistem 206' adı verilen yapay zekâ destekli yazılımı, 2019 yılının Ocak ayından itibaren kullanmaya başlamıştır. Bu uygulama ile hâkim ve savcıların verimliliğinin artırılması ve doğru kararların alınabilmesi amaçlanmıştır. Sistem ayrıca stenograf olarak çalışıp her şeyi kâğıda/dijitale

---

68 New York, Wisconsin, California ve diğer bazı ABD eyaletlerinde en çok kullanılan değerlendirme araçlarından biri Islaha Yönelik Alternatif Yaptırımlar için Suçlu Profili Yönetimi veya diğer adıyla özellikle mahkemeler için geliştirilmiş bir risk değerlendirme yazılımı olan COMPAS'dır. Bu uygulamanın amacı, bir görüşme sırasında suçlunun cevapladığı çeşitli sorulara ve suçlunun ceza geçmişinden elde edilen bilgilere dayalı değerlendirme yoluyla veri odaklı kararlar vermeye katkıda bulunmak ve nihayetinde tekerrürü azaltmak ve kamu güvenliğini artırmaktır. (https://en.wikipedia.org/wiki/COMPAS_(software), Çevrimiçi, e.t. 01.12.2020).

COMPAS, geliştirildiği 1998 yılından, 2018 yılına kadar bir milyondan fazla suçlunun tekerrür için risk değerlendirmesini yapmıştır. COMPAS'ın tekerrür risk ölçeği, bir sanığın; kişisel ve geçmiş sabıka kaydı hakkındaki 137 özelliğini değerlendirerek 2 yıl içinde bir kabahat veya suç işleme riskini tahmin etmektedir.

Dressel, Julia/ Farid,Hany,"The accuracy, fairness, and limits of predicting recidivism", Science Advances, 2018, C. 4, S. 1, s.1, (https://advances.sciencemag.org/content/4/1/eaao5580, Çevrimiçi, e.t. 23.12.2020).

69 Gyuranecz/ Krausz/ Papp, 2019, s. 5.

70 Schoenick, Carissa, "China May Overtake US in AI Research", Allen Institute for Artificial Intelligence, 2019, (https://medium.com/ai2-blog/china-to-overtake-us-in-ai-research-8b6b1fe30595, Çevrimiçi, e.t. 10.10.2020).

dökebilmektedir. Ek olarak hâkimlerin, savcıların, tanık ve sanıkların kimlik tanımlamasını da yapabilmektedir.[71]

Buna ilaveten Çin Adalet Bakanlığı'na bağlı olan ve daha çok yüksek statülü mahkûmların konulduğu, "VIP hapishane" olarak da adlandırılan Yancheng hapishanesinde yapay zekâ tabanlı bir izleme ve uyarı sistemi kurulmuştur. Bu sistemde yer alan kameralar ve sensörler sayesinde yüz tanıma ve algılama ile birlikte hareket analiz etme teknolojileri de bulunmaktadır. Mahkûmlar 7 gün 24 saat aralıksız olarak takip edilerek her türlü olağan dışı durum, taşkınlık, kendine zarar verme ya da kaçma girişimi tespit edilerek gardiyanlara alarm verecek şekilde anılan sistem geliştirilmiştir. Yapay zekâ sayesinde, kameralarla kişilerin yürüyüş şekilleri bile ayırt edici olacak şekilde etiketlenebilmektedir. Kameralar ve sensörlerle birlikte kendini de eğiten bu yapay zekânın, her mahkûmu birbirinden ayırıp, gardiyanlara olası sorunların sorumlularının bile isim listesini verebilmesi beklenmektedir.[72]

Stanford ve Güney Kaliforniya Üniversitesi akademisyen hukukçularının 2018 yılında LawGeex isimli araştırma firması ile birlikte yürüttükleri bir çalışmada; hukuk sözleşmelerini incelemek üzere yapılmış bir yapay zekâ yazılımının, konusunda uzman 20 avukat hukukçuyu yenmesi hedeflenmiştir. Çalışmaya konu sözleşmelerin içerdiği 30 hukuki sorunu tespit etmek, avukatların 4 saatini alırken; aynı sonuca ulaşmak için teste konu yazılımın, yalnızca 26 dakikasını ayırması yetmiştir. Çalışma sonucunda avukat hukukçuların, sorunların tespitini % 85 gibi bir oranla başarmalarına rağmen; yapay zekâ, bu konuda % 94 oranında doğruluk payını yakalamayı başarmıştır.[73]

University College London'daki bilgisayar bilimciler tarafından yasal kanıtları ve doğru ile yanlışın ahlakî sorunlarını tartışabilen yapay zekâ tasarlanmıştır. Söz konusu yapay zekâ, daha önce elde edilmiş yüzlerce gerçek durumdaki sonucu doğru olarak tahmin etmek için kullanılmıştır. Metin temelli araştırmada,[74] "yapay zekâ yargıcı", işkence, aşağılayıcı muamele ve mahremiyet içeren beş vakanın dördünde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesindeki (AİHM) hâkimlerin vermiş olduğu aynı kararları vermiştir.[75] Yapay zekâ, bu kapsamda Avrupa İnsan

---

71 (https://www.chinadaily.com.cn/a/201901/24/WS5c4959f9a3106c65c34e64ea.html, Çevrimiçi, e.t. 11.10.2020).

72 Chen, Stephen, (https://www.scmp.com/news/china/science/article/3003903/no-escape-chinese-vip-jail-puts-ai-monitors-every-cell-make, Çevrimiçi, e.t.12.02.2020).

73 (https://www.artificiallawyer. com/ 2018/02/26/ lawgeex-hits-94-accuracy-in-nda-review-vs-85-for-human-lawyers/, Çevrimiçi, e.t.10.12.2020).

74 Gyuranecz/ Kraus/ Papp, 2019, s. 5.

75 Hakimin verdiği önceki kararların yüklendiği bir yapay zekâ, benzer davalarda adil kararlar verebilecek midir? Bu husus tartışmalıdır. Zira, önceki kararları vermiş olan o hakimin, almış olduğu eğitimi, dini, kültürü, yakınında çalıştığı bir işletme (bacasından yoğun dumanlar çıkaran kömürle çalışan bir fabrika-hakimin eşinin çalıştığı banka

Hakları Sözleşmesi'nin işkence yasağı ile ilgili 3'üncü, adil yargılamayla ilgili 6'ncı ve özel hayata saygıyla ilgili 8'inci maddelerinin ihlal edildiği gerekçesiyle açılan 584 dava dosyasındaki verileri inceleyerek, yaptığı analiz sonucuna göre karar vermiştir. Bahse konu yazılım, bu dosyaların % 79'unda AİHM yargıçlarının daha önce ulaştığı kararların aynısına ulaşabilmiştir.[76]

Bu teknolojinin bir başka örneği, hukukçular tarafından bazı yönlerden eleştirilebilecek[77] olsa da, İngiltere'de geliştirilen dünyanın ilk "robot" avukatıdır. Park cezalarına itiraz konusunda insanlara yardım etmeyi amaçlayan DoNotPay.com adlı bir İngiliz sitesi, "The World's First Robot Lawyer" ismini verdiği bir yazılım geliştirerek insanların, park cezalarına itiraz konusunda sohbet botunu (chatbot) kullanarak hukuki danışmanlık hizmeti alabilmelerini sağlamıştır. Şimdiye kadar yüz binlerce kişiye yardım edilmek suretiyle kullanıcılarının yaklaşık % 60'ının, daha sonra haklı bulunup açtıkları davaları kazanmaları sağlanmıştır.[78]

Ve şüphesiz bu konudaki önemli bir gelişme de, ABD'de 2016 yılında bir hukuk bürosunda işe alınan Ross[79] isimli robotun yapabildikleridir. IBM tarafından geliştirilen robot, icra ve iflas hukuku alanında çalışan 50 avukata yardımcı olmaktadır. Hatta Amerika'nın en

---

şubesi) hakkında vereceği kararı (işletmenin üzerinde oluşturacağı olumsuz veya olumlu intibalara rağmen) gözönüne alarak bu kararların nasıl verildiğini, bunların hakimi nasıl etkilediğini bilmeksizin sadece önceki kararlarına bakıp bir modelleme yaparak karara etki eden nedenleri açıklayabilmesi mümkün gözükmemektedir.

76 Johnston, Chris, "Artificial intelligence 'judge' developed by UCL computer scientists", (https://www.the guardian.com/technology/2016/oct/24/artificial-intelligence-judge-university-college-london-computer-scientists, Çevrimiçi, e.t. 12.11.2020).

77 Söz konusu Bot ve benzerlerine; hukuki temsil kabiliyetinin bulunmaması, herhangi bir yargı alanında hukuk mesleğini icra etmesine ilişkin kabul almamış olması, hukuki yardımları için herhangi bir sorumluluğunun bulunmaması, bu tür bir yapay zekânın avukatlar gibi insan olmaması ve kişiye ve olaya özel çözümler üretememesi, kişiyi cezaevinde ziyaret edemeyecek olması ile dil bariyerinin henüz aşılamamış olması nedeniyle farklı lehçelerin kullanımından doğabilecek sorunlar karşında çaresiz kalacak olması gibi nedenlerle ciddi eleştiriler yönetilebilecektir.

78 Liao, Shannon , " 'World's first robot lawyer' now available in all 50 states", (https://www.theverge.com/ 2017/7/12/15960080/chatbot-ai-legal-donotpay-us-uk, Çevrimiçi, e.t. 22.11.2020).

79 ABD'de bir avukatlık firması tarafından kullanılan yapay zekâya sahip sanal avukat olma özelliği bulunan sistem, alanında bir ilki oluşturmaktadır. En büyük özelliği doğal dil işlemcisinin bulunmasıdır. Sistem hukuki araştırma (legal research) yapmaktadır. Sorulan sorulara belge üzerinden cevap verebilmektedir. Sistem 1 saniye (100 milisaniye) içerisinde 1 milyar belge taramaktadır. Sistem veri aldıkça zekileşmektedir. Yılmaz, Gizem, "Yapay Zekânın Yargı Sistemlerinde Kullanılmasına İlişkin Avrupa Etik Şartı", Marmara Avrupa Araştırmaları Dergisi, C.28, S.1, 2020, s. 45.

büyük dolandırıcılık davası olan Bernie Madoff davası[80]nda kısmen kullanıldığı ve verdiği bilgilerin yararlı olduğu söylenmektedir.[81]

Dünyanın her yerinden yasalara erişimi mümkün kılmak suretiyle amacının demokrasiye katkıda bulunmak olduğunu duyuran Global Regulation isimli karşılaştırmalı mevzuat arama motoru, Brezilya'dan Çin'e, Fransa'dan İtalya'ya kadar 100 ülkeden yaklaşık 2 milyon yasayı makine çevirisi kullanarak indekslediğini ve sisteme işlediğini belirtmektedir. Şimdiye kadar Watson isimli yapay zekâ destekli bulut hizmetleri sayesinde 800.000'den fazla yasayı da İngilizce diline çevirdiklerini ifade etmektedirler.[82]

Yapay zekâ sistemlerinin depolaması ve kullanması gereken son derece hassas bilgiler için güvenli, istikrarlı ve tek bir yere bağlı olmaksızın çalışan bir sistem oluşturabilmesi için yapay zekâ ve blokchain[83] (blok zinciri) teknolojileri birbiriyle entegre olarak çalışabilmektedir. Yapay zekâ teknolojisinin temel yapı taşını oluşturan verinin güvenli bir şekilde depolanması önemli bir yere sahiptir. Blok zinciri, hangi kullanıcıların verilerine ne zaman, kim tarafından erişildiğini şeffaf ve hesap verebilir kılması nedeniyle veri paylaşımını teşvik etmektedir. Bu özellik sayesinde blok zinciri teknolojisinin gelecek on yılda örneğin küresel 'noterlik' sisteminin yerine alternatif oluşturabileceği öngörülmektedir. Zira blok zincirler, hassas ve kişisel verilerin disksiz bir ortamda depolanması imkanını vermektedir. [84]

Bu örneklerin gösterdiği gibi, yapay zekânın hukuk alanında uygulanması hızla büyüme potansiyeline sahiptir. Örneğin, yapay zekâ sistemlerinin, "akıllı asistanlar" olarak hareket ederek yargıçlara, yargısal

---

80 Amerika'da 1960 yılında kurduğu serbest yatırım fonunu yöneten Bernard Madoff, fondaki mevcut yatırımcılara paralarını ödemek için fona yeni giren yatırımcıların parasını kullanmak suretiyle çok sayıda insanı ve kurumu 50 milyar dolardan fazla dolandırmak suçu yanında yargılandığı birçok suçtan mahkemece 2019 yılında suçlu bulunarak, 150 yıl hapse mahkum edilmişti. (https://www.dw.com/tr/50-milyar-dolarlık-dolandırıcılığın-öyküsü/a-3880572, Çevrimiçi, e.t. 03.10.2020).

81 Sevindi, Nur Sena, "Ross: İlk Yapay Zekâ Avukat", (http://www.gazetebilkent.com/?p=83089, Çevrimiçi, e.t. 02.10.2020).

82 Goltz, Nachshon (Sean)/ Cameron-Huff, Addison/ Dondoli, Giulia, "Rethinking Global Regulation World's Law Meets Artificial Intelligence", s.8, (https://www.researchgate.net/publication/ 329033663_Rethinking_ Global _ Regulation_World's_Law_Meets_Artificial_Intelligence, Çevrimiçi, e.t. 11.12.2020).

83 Merkezi bir otoritenin onay veya kontrolüne ihtiyaç duyulmadan, merkezi olmayan-dağınık bir ağ ortamında kimliklendirme ve yetkilendirme gibi güvene dayalı işlemler ile veri paylaşımını mümkün kılan teknoloji protokolü olarak tanımlanabilir. Blokzincir ağı tüm işlemlerin veya sayısal verilerin tutulduğu bir kayıt defteri olarak tasarlanmıştır. Veri bir defa blokzincire kayıt edildikten sonra değiştirilmesi çok zordur. (https://tr.euronews.com/2020/02/23/blokzincir-blockchain-nedir-askeri-teknolojiyi-nasil-etkileyecek, Çevrimiçi, e.t. 13.02.2021).

84 Önder, Murat, "Yapay Zekâ: Kavramsal Çerçeve", Demir, İbrahim(ed.), Disiplinlerarası Politika Vizyonu ve Stratejiler 2020, Iksad Publishing House, 2020, s.98.

karar vermede destek sağlayabilecekleri öngörülmektedir. Temel düzeyde, yapay zekânın, hukuk firmaları tarafından kullanılan Ross Intelligence teknolojisine benzer şekilde, büyük miktarlardaki bilgiyi gözden geçirmek suretiyle insanların sıklıkla gözden kaçırdıkları hukuksal noktaları tespit edebileceği ve hukuki inceleme ve analiz yapmaya yardımcı olmak için ilgili bulguları hukukçuların hizmetine sunabileceği düşünülmektedir.

İlerleyen zaman içerisinde teknolojide yaşanacak gelişmelerle birlikte yapay zekâ tarafından bir vakanın analiz edilmesi, açık ve bariz olan vakalarda nitelendirme yapılması suretiyle ilgili yasaların uygulanarak nihai kararı verecek hâkim için uygulamada yerleşmiş içtihatlara göre taslak kararlar oluşturulabileceği öngörülmektedir. Hâkimin incelemesine sunulacak böyle bir olanak, kıymetli ve verimli sonuçlar doğurabilecektir. Ayrıca bu şekilde ortaya çıkacak zaman ve emeğin hâkimler tarafından daha karmaşık ve acil davalar için kullanılmasına da imkan sağlayabilecektir.

Yapay Zekâ ve Hukuk

Akademik hukuk yazarları belirli bir rezerv ve mesafeyle konuya yaklaşmasına rağmen yapay zekâ, 21. yüzyılın en önemli konularından birisi olmuştur. Yapay zekâ, insanlık için oluşturabileceği tehditler veya vaat ettikleri bakımından mitolojide yer alan Pandora'nın kutusunun açılması misali,[85] gezegenimiz üzerinde hâlihazırda gelişmeye, yayılmaya, derinleşmeye ve çeşitlenmeye devam etmektedir.

Ticari ve idari hayatımızda fonksiyonlar icra etmeye başlayan yapay zekâ ile ilgili hukuki meseleler, bu sistemlerin temel yapıları ve çalışma ilkeleri hakkında her geçen gün daha çok bilgi sahibi olmayı gerektirmektedir. Bu teknik bilgilerin hukuk dünyasındaki yansımalarının iyi okunması, ancak iletişim ve bilgi kavramlarının sosyal boyutunun tanınması ile olabilecektir. Aksi durum, kodlarındaki gizli işleyişin bilinmezliği sayesinde kontrolden çıkabilecek ve çerçevesinin düzenlenemeyeceği bir yapay zekâlı sistem tarafından önerilen bilgilerin ve olası etkilerinin, hukukçu tarafından kabul edilmesini zorunlu kılacaktır. Yapay zekâdaki ilerlemeler mevcut yasalara yeni zorluklar getirmekte ve ciddi etik sorunlar yaratmaktadır. Yapay zekânın gücü ve karmaşıklığı önemli ölçüde ve sürekli olarak artmakta ve bu teknolojinin kontrol altına alınması için düzenlemelere ihtiyaç duyulmaktadır.[86] Bu bağlamda yapay zekânın uygun yasal bir

---

[85] Yunan mitolojisinde kutuyu açan kadın, hastalık, ölüm, üzüntü, yoksulluk, zahmet ve diğer pek çok belirtilmemiş kötülüğü istemeden dünyaya bırakır. Pandora korkar ve kutunun kapağını kapatır. Kutu içerisinde kalan tek öğe, umut, içeride kilitli kalır. Umarım, dünya ve üzerindekiler için büyük beklentiler doğuran yapay zekâ, Pandora'nın içinde kilitli kalmış bulunan, "umut" değildir.

[86] Önder, 2020, s.93.

düzenlemeye ve denetime tabi olması için şeffaf ve standartlaştırılmış bir düzenleme çok büyük önemi haizdir.[87]

Son zamanlarda, teknoloji endüstrisinden uluslararası ve bölgesel kuruluşlara, üniversitelerden sivil toplum kuruluşlarına kadar çeşitli aktörlerden oluşan çok sayıdaki girişim[88], yapay zekâ çözümlerinin tasarımı ve uygulanması için etik çerçeveler[89] oluşturmaya odaklanmıştır. Bu değerli girişimler yapay zekâ için uygulanabilir temel etik ilkeler tespit etmeyi önerirken, aslında etik, dikkate alınması gereken hususlardan yalnızca birisidir.

Uluslararası kuruluşlar ve sivil toplumdaki paydaşlar tarafından yapay zekâ için daha fazla düzenleme yapılması çağrılarının ötesine geçilerek, özel ve kamu sektörü işbirliği içinde, özellikle verilerin korunması ve mahremiyetle ilgili olarak gerekli düzenlemeleri yapmalıdır.[90]

Ünlü bilim insanı Isaac Asimov, robotların yaşamımıza önemli ölçüde karışacağını öngörerek 1950 yılında yazdığı bilim kurgu romanı "Ben Robot"ta, "Üç Robot Yasası" ve "Sıfırıncı Yasa" ismiyle genel bir çerçevede insan-robot ilişkisini yasalaştırmıştır.[91] Daha sonra bazı

---

87 Bayamlıoğlu, Emre, "Intelligent Agents and Their Legal Status", ABR|ankarabarreview, C. 1, S. 1, 2008, s. 47.

88 OECD, Toronto Deklarasyonu, Avrupa Konseyi, Avrupa Komisyonu, Future of Life Enstitüsü, IBM, Google, Microsoft gibi. Rotenberg, 2019.

89 Güney Kore, kullanıcıların ve robot sahiplerinin hak ve görevlerinin yanı sıra robotların hak ve görevlerini belirleyen bir çerçeve çizen ilk ülkedir. Güney Kore, robotların, yaralanma veya ölüm korkusu olmadan var olma haklarının verildiği ve sistematik bir suiistimalden uzak bir yaşama hakkının verildiği Robotlar Etik Şartı'nı geliştirmişlerdir. Robotlar Etik Şartı'na göre, üreticiler ve tasarımcılar vasıtasıyla imalat kuralları robotların özerkliğini limitli tutmalı ve insanın robot üzerinde kontrol sahibi olması her zaman mümkün olmalıdır. Ulaşan, Fatih, "Ulusal Yapay Zekâ Strateji Belgeleri ve Değerlendirmeler", Demir, İbrahim(ed.), Disiplinlerarası Politika Vizyonu ve Stratejiler 2020, Iksad Publishing House, 2020, s.110.

90 Beduschi, 2020, s. 3.

91 Asimov'un üç robot yasası: 1.Bir Robot, bir insana zarar veremez, ya da zarar görmesine seyirci kalamaz. 2.Bir robot, birinci yasayla çelişmediği sürece bir insanın emirlerine uymak zorundadır. 3.Bir robot, birinci ve ikinci yasayla çelişmediği sürece kendi varlığını korumakla yükümlüdür. Asimov bir süre sonra, üç robot yasasına yeni bir yasa daha ekleme gereksinimi duymuştur. Aslında çok haklı bir nedene dayalı olan bu yasayı bir dördüncü yasa olarak belirtmek yerine, ondalık sistemde ardından geldiği sayıyı büyüten bir sayı olan "0" olarak belirledi. Sıfırıncı Yasa olarak adlandırdığı bu yasa: 0. Bir robot, "insanlığa" zarar veremez ya da insanlığın zarar görmesine seyirci kalamaz. Erdoğan, Melih, "Sıfırıncı Yasa", Muhasebe Bilim Dünyası Dergisi, C.19, S. 3, 2017, s. 755, (https://dergipark.org.tr/tr/pub/mbdd/issue/31332, Çevrimiçi, e.t. 23.01.2021).

ülkeler tarafından otonom yazılımlara yönelik ilk ulusal yasalar yapılmaya başlanmıştır.[92]

Robot özelinde ilk kanun 2011 yılında çıkarılmıştır. ABD'de bulunan Nevada, Haziran 2011'de sürücüsüz robotik arabalara ilişkin düzenleme içeren bir yasayı geçiren ilk eyalet olmuştur. Söz konusu kanun, test, güvenlik ve nihayetinde yapay zekâ ile GPS algılayıcıları gibi sensörleri ve lazerleri kullanan "otonom araçların"[93] yollardaki varlığını düzenlemek için Nevada Ulaştırma Bakanlığı'na kural koyma yetkisi vermiştir. Nevada yetkilileri bu kanunu, yapay zekâ alanında yapılacak her düzenlemede benzer bir usulle yapılması gerektiği gibi, otomobil üreticileri, Google, sigorta şirketleri ve tüketici gruplarıyla görüşmeler yapmak suretiyle konunun ilgili taraflarının katıldığı istişareler sonucunda yürürlüğe koymuşlardır.[94]

Yasada, otonom araç[95], "bir insan kullanıcının aktif müdahalesi olmadan kendini sürmek için yapay zekâ, sensörler ve küresel konumlandırma sistemi koordinatlarını kullanan motorlu bir araç, olarak tanımlanmıştır.[96]

Bir taraftan insanın hayatını inanılmaz boyutlarda kolaylaştıracağı ve işlerini büyük bir hızla doğru yapabilme becerisi ile insana hizmet sağlayacağına inanılan yapay zekâ ve bunu taşıyan sistemlerin, diğer taraftan insanın zekâsını geçerek ve hatta onun yerine geçmek suretiyle işini, zihnini, değerlerini ve bedenini daha da ileri gidersek varlığını tehdit etme potansiyeline sahip olduğunun aynı bilim insanlarınca savunulduğunu ifade etmiştik.

Olası tehditler ile teknolojinin umulan faydaları arasında bir denge sağlamak için bir platform olarak düzenleyici sistem yöntemleri kullanılmaktadır. Bu bağlamda hukuk, eski tarz kanun yapımı

---

92 Örneğin; Almanya, Karayolları Trafik Kanununda yapılan değişiklikle araç tanımına otonom araçları da eklemekle birlikte hiçbir şekilde sürücü müdahalesine imkân tanımayan araçları kanun kapsamına almamıştır. Pekmez, Tuba Kelep, "Otonom Araçların Kullanımından Doğan Cezaî Sorumluluk: Türk Hukuku Bakımından Genel Bir Değerlendirme", Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, C. 6, S. 2, 2018, s.178. Güney Kore ise, "The Robot Special Act" ile etik ilkelerin devlet tarafından düzenlenmesini içeren, "Zeki Robotların Geliştirilmesinin ve Yaygınlaştırılmasının Desteklenmesine Dair Kanun" isimli düzenlemeleri yapmıştır. Ersoy, 2017, s. 40.

93 Aracın tüm sürüş fonksiyonlarını kendi başına icra etmesi ve bu esnada insan müdahalesini kabul etmemesi durumunda *tam otonom* araçlardan, ancak seyir halinde dışarıdan bir müdahaleye gereksinim duyan veya bunu mümkün kılan araçlar bakımından ise *yarı-otonom* araçlardan bahsedilmektedir. Nasır, Süphan/ Özçelik, Salih, "Sürücüsüz Araçlara Yönelik Tüketici Tutumları", Avrasya Sosyal ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi , C. 4, S. 12, 2017, s. 591.

94 Richards/ Smart, 2013, s. 13-14.

95 Henüz üzerinde hem fikir olunmuş bir otonom araç tanımı bulunmamaktadır. Pekmez, 2018, s.177.

96 Richards/ Smart, 2013, s. 14.

tecrübesiyle teknolojiyi düzenleyerek hayatımıza sokmakta kolaylaştırıcı[97] etkisini gösterir. Bu nedenle bu tür bir teknolojinin hukuk dünyasında doğuracağı etkinin derinlemesine bir analizinin yapılması zorunlu gözükmektedir. Yapay zekâ alanından büyük katkı sağlayan robotik teknoloji, otomatik bir eylemde bulunma becerisinin gelişimine doğru evrilmektedir. Ortaya çıkacak bu gelişme ise, insan kullanıcının yakınındaki robotların bilinmeyen ve öngörülemeyen davranışlarıyla karşı karşıya gelmesi anlamına gelmektedir. Bu nedenle, belirsiz otonom robot davranışlarının güvenlik gereksinimleri, konuya farklı bir yaklaşım tarzıyla bakmak zorunda olan hukuk ve güvenlik bilimleri açısından çok önemli bir ihtiyaç doğurmaktadır.[98]

Bu kapsamda örneğin dördüncü sanayi devrimi[99]nin ortaya çıkardığı üç boyutlu yazıcı, nesnelerin interneti, büyük veri, yapay zekâ gibi sistemler borçlar hukuku, fikri mülkiyet hukuku, iş hukuku gibi pek çok hukuk dalında benimsenen ilkelerin tekrar değerlendirilmesini gerektirmektedir.[100] Burada günlük hayatımıza giren her büyük yenilik gibi yapay zekâ için de söz konusu olan hukuk kurallarının uygulanmasının teşvik edici veya gelişimi engelleyici etkisi, hukuk ve teknoloji arasındaki bir etkileşim biçimi olarak karşımıza çıkmaktadır.

Bu konuda düzenleyici müdahale talebi görmezden gelinirse, hukuki varlıkların, hak ve sorumluluklarının açıkça belirlenmediği veya kendilerinden beklenmediği, tanımlanmamış bir ortamda olmasına neden olunacağı da gözönünde bulundurulmalıdır. Ancak, hukukun keskin ve kolay değişmeyen bakış açısıyla yapılacak ani ve katı düzenlemeler, çok hızlı bir gelişme evresinden geçen ve ilerlemesini tam olarak ne zaman tamamlayacağı da henüz netleşmeyen ancak mevcut uygulamalarıyla bile insanların üzerinde çok önemli etkiler doğurabilen yapay zekânın gelişimine ket vuracağından, birçok devlet ve özel teşebbüsün büyük ümitler bağladığı bu alanda taraflar arasında büyük çatışmalar yaşanmasını kaçınılmaz kılacaktır. Bu nedenle yapay

---

97 Teknolojik yenilik teması altında 1933 yılında düzenlenen Şikago Dünya Fuarı'nda kullanılan "Bilim, icat eder; Sanayi, uygular; İnsanlar, uyum sağlar." sloganı uyarınca insanoğlunun, bugüne kadar hukukun da kolaylaştırıcı yardımıyla uyum sağladığı teknolojik ürünlerin uygulanması, standartlaştırılması, denetimi, kullanımı ve etkilerinin boyutları açısından çok farklı bir pozisyonda olan yapay zekâ konusunda hukukun işi, hiç de kolay gözükmemektedir. Zuboff, Shoshana, *The Age of Surveillance Capitalism*, Profile Books, Londra, 2019, s.15.

98 Saripan/ Mohd/ Nurus, 2016, s. 825.

99 Endüstri 4.0 ya da 4. Sanayi Devrimi, ilk olarak 2011 yılında Almanya Hannover Fuarı'nda kullanılmıştır. Birçok çağdaş otomasyon sistemini, veri alışverişlerini ve üretim teknolojilerini içeren kollektif bir terimdir. Bu devrim nesnelerin interneti, internetin hizmetleri ve siber-fiziksel sistemlerden oluşan bir değerler bütünüdür. Aynı zamanda bu yapı akıllı fabrika sisteminin oluşmasında büyük rol oynamaktadır. (https://www.endustri40.com/endustri-tarihine-kisa-bir-yolculuk/, Çevrimiçi, e.t. 14.10.2020).

100 Aşıkoğlu, 2018, s. 2.

zekâ konusunda özellikle öngörülemeyen risklere karşı üstün çıkarları korumak için hukukun atacağı her adımın ilgili tüm bilimlerin, uzmanların ve etki alanında bulunan tarafların en geniş katılımıyla gerçekleştirilecek çok boyutlu değerlendirmeler ışığında ele alınıp karara varılması önem taşımaktadır. Yapılacak düzenleyici müdahalelerin, insanlar için güvenlik ihtiyaçlarını karşılayacak boyutlarda kalması ile birlikte hâlâ gelişme gösteren bu alandaki adımları da engelleyici olmamasına dikkat edilmesi gerekmektedir.

Diğer yandan yapay zekâ sistemleri için hukuk, hem çözüm üretebildiği bir alan olarak hem de diğer alanlarda üretilen çözümler için sürecin işleyişinin kontrollü ve güvenilir olması bakımından iki yönlü bir ilişkiye sahiptir.[101] Bu ilişki örneğin, bir taraftan yazılı mahkeme kararlarının tasnifi veya anahtar kelimelerden ilgili mahkeme içtihatlarının bulunması gibi yapay zekâ uygulamaları hukukun yönetimini etkilerken diğer yanda verilerin korunması veya yapay zekâ için sorumluluk türlerinin belirlenmesi gibi yapay zekânın doğurduğu sorunlara hukuki cevaplar bulunması ihtiyacını doğurmaktadır.

Günümüz devletleri e-devlet sistemleri sayesinde vatandaşları hakkında hukuk ile ilgili olanlar dahil büyük verilere sahiptir.[102] Bu verilerin sağlıklı bir şekilde işlenmesi ve korunması da ancak verimli bir yapay zekâ teknolojisi ile mümkün olacaktır. Bu şekilde kamunun elindeki devasa boyutlardaki büyük verinin iyi yönetilmesi hayati önemi haiz olup bunların sağlıklı bir biçimde analiz edilip, faydalı çıkarımlar elde edilerek kamu politikaları ve uygulamalarının belirlenmesi kurumların başlıca hedefi olmalıdır.[103]

Yapay Zekânın Getireceği Hukuki Zorluklar ve Çözüm Önerileri

'Güvenilir' bir yapay zekâ elde etmek ve otomatik karar verme (özellikle insan haklarının ihlali riski) ile ilgili zorlukları ele almak için, yapay zekâyı yorumladığımız ve tartıştığımız bir çerçeve sunmak hayati önem taşımaktadır. Etik kurallar ve insan hakları hukuku, bu çerçevenin

---

[101] Kızrak, M. Ayyüce, "Hukuk ve Teknoloji İlişkisi", Selin Çetin (ed.), Yapay Zekâ Çağında Hukuk, İstanbul, Ankara ve İzmir Baroları Çalıştay Raporu, 2019, s. 19, (https://www.istanbulbarosu. org.tr/files/ docs/ Yapay_Zekâ_Caginda_Hukuk2019.pdf, Çevrimiçi, e.t. 12.12.2020).

[102] Örneğin, Adalet Bakanlığı merkez ve taşra teşkilatının, bağlı ve ilgili kuruluşlarının, adli ve idari tüm yargı ve yargı destek birimlerinin donanım ve yazılım olarak iç otomasyonunu ve benzer şekilde bilgi otomasyonu sistemlerini kurmuş kamu kurum ve kuruluşları ile dış birim entegrasyonunu sağlayan ve e-Dönüşüm sürecinde e-Adalet ayağını oluşturan bir bilişim sistemi olan UYAP sayesinde; Adli Sicil Bilgi Sistemi'nden sabıka kayıtları, MERNİS'ten nüfus kayıtları ve Adres Kayıt Sistemi'nden adres kayıtları, POLNET'ten ehliyet kayıtları, Merkez Bankasından döviz kurları, TAKBİS'ten tapu ve kadastro kayıtları yargı birimlerince otomatik olarak anında alınabilmektedir. (https://uyap.gov.tr/Genel-Bilgi, Çevrimiçi, e.t.10.02.2021).

[103] Uzun, 2020, s.139.

iki temel bileşenini oluşturmaktadır. Etik alt çerçeve, şeffaflık ve hesap verebilirliğe odaklanıp, sürecin adil olmasını garanti ederken, insan hakları hukuku, yapay zekâ sistemlerinin neden olduğu zararları ele almaktadır. Burada ifade etmek gerekir ki, yapay zekâ teknolojileri kapsamı dâhil olmak üzere insanların sahip olduğu haklar nasıl çevrim dışında korunuyorsa, aynı zamanda çevrimiçi ortamda da korunmalıdır. Bu haklar özellikle şunlardır: mahremiyet hakkı, ifade özgürlüğü hakkı, toplantı ve örgütlenme özgürlüğü hakkı, ayrımcılık yapılmaması hakkı ve adil yargılanma hakkı. Bu nedenle insan hakları, yapay zekâ yönetişiminin kilit unsuru olmalı, yapay zekâ düzenlemeleri yapılırken mutlaka göz önüne alınmalıdır.[104]

Bazı yazarlarca, uluslararası insan hakları hukuku tarafından zararın tanımlanıp değerlendirilebildiği; devletlere özel yükümlülükler yüklenmekle birlikte işletmelerden, insan hakları ihlallerine karşı önleme ve koruma istenebileceği, bunun yanında gerekli mekanizmaların kurulup hukuksal süreçlerin belirlenerek yükümlülüklerin ve sorumlulukların tespit edilebileceği savunulmaktadır.[105]

Literatürde yapay zekâ teknolojisinin oluşturacağı olası zorluk ve tehditler arasında yapay zekânın bağlı olacağı yasa ve düzenlemelerdeki belirsizlikler de bulunmaktadır.[106] Bunun nedenlerinden birisi de devasa şirketlerin farkına vararak oluşturdukları ve üzerinde hak iddia ettikleri henüz hukuka tabi olmayan ve bugüne kadar da eşine rastlanmamış sosyal alanların oluşmaya başlamasıdır. Bu anlamda örneğin, yapay zekânın cirit attığı siber uzayın yeryüzündeki kanunlarla doğru bir şekilde düzenlenemeyeceği ve dünyanın en geniş yönetimsiz alanı olduğu ileri sürülmektedir.[107]

Diğer yandan özellikle kişisel verilerin, insanlardan yapay zekâ ile yönetilen dijital platformlara, buralardan da ticari maksatla diğer firmalara akışının yoğun olduğu çevrimiçi yapay zekâya dayalı uygulamaların gelişim ve değişiminin, devlet ve kurumların durumu anlayıp harekete geçme becerisinden çok daha hızlı cereyan etmesinden memnun olanlar bulunmaktadır. Hatta devletin bu alanı düzenlememesi gerektiği zira, bu alanda çıkacak herhangi bir sorunun teknoloji

---

[104] Beduschi, 2020, s. 3.

[105] Mcgregor, Lorna/ Murray, Daragh/ Ng, Vivian,"International Human Rights Law as a framework for algorithmic accountabilit", British Institute of International and Comparative Law 2019, C.68, s.324-325. (https://www.cambridge.org/core/services/aop-cambridge-core/content/view/1D6D0A456B36BA 7512A6A FF 17 F16E9B6/S0020589319000046a.pdf/international_human_rights_law_as_a_framework_for_ algorithmic _accountability.pdf, Çevrimiçi, e.t. 23.11.2020).

[106] Uzun, 2020, s.142.

[107] Zuboff, 2019, s.103.

sayesinde çözüleceği bile savunulmaktadır.[108] İnanılmaz miktarlarda bir getirisi olan bu alanın düzenlenmesine karşı söz sahibi büyük firmalar eliyle büyük bir lobicilik faaliyeti dahi yürütülmektedir.[109] Bu nedenle ulusal devletler bir yana uluslararası kuruluşların bile yapay zekâ ile ilgili hukuki konularda kolay adım atabileceklerini söylemek çok zor gözükmektedir.

Sosyal hayatta yapay zekânın kullanımının artmasıyla birlikte birçok hukuk dalının çözmesi gereken sorunların ortaya çıkacağı aşikar gözükmektedir. Örneğin, çevrimiçi ortamda kullanılan robotların elektronik ticarette doğurduğu etkiler bakımından Elektronik Ticaret Hukuku, otonom araçların karıştığı kazalar bakımından Ceza Hukuku ve Sorumluluk Hukuku, seçmen davranışlarının çevrimiçi ortamdaki robotlar yoluyla analiz edilip etkilenmesi bakımından Seçim Hukuku, robotların hukuki kişiliğinin olup olamayacağı tartışmaları bakımından Medeni Hukuk, geliştirilen robotik modellerin telif hakkı bakımından Fikri Mülkiyet Hukuku alanında çalışanların yoğun mesai harcayacağı öngörülmektedir.[110]

Halihazırda yapay zekâ uygulamalarının doğurduğu sorunların hukuk dünyasında ele alınmaya başladığını rahatlıkla söyleyebiliriz. Bununla birlikte şu an için teoride olsa bile er ya da geç hukukun çözmesi gereken bazı sorunların olduğu da dile getirilmektedir. Bunlardan ilkinin yapay zekâda bulunan zekânın seviyesine ve insanlarla doğal dilde kendilerine özgün içeriklerle iletişim kurabilme yeteneğine bağlı olduğu savunulmaktadır. Buna göre yapay zekâ açıklamaları, temel bir insan hakkı olan ifade özgürlüğüne göre korunacak mıdır? Zira yaşanmış örnek vakalarda yapay zekâ ürünü bazı açıklamaların hile, manipülasyon, tazyik ve ayrımcılık içerecek ifadelere sahip olduğunun kayıt altına alındığı ifade edilmektedir.[111] Yapay zekânın bu haktan yararlanmasının insanlar karşısında yapay zekâya bir ayrıcalık tanınması anlamına geleceği ve yapay zekânın zarar kastının da ispatının oldukça zor olacağı ileri sürülmektedir.

Öte yandan ifade özgürlüğünün verilmemesi halinde ise kamunun yapay zekânın değerli bilgisinden mahrum olması riskiyle karşı karşıya kalabileceği de öne sürülmektedir. Bunun dışında gelecekte yapay

---

108 Zuboff, 2019, s.104-105.

109 Zuboff, 2019, s.122.

110 Çetin, Selin, "Yapay Zekâ ve Hukuk ile ilgili Güncel Tartışmalar", Selin Çetin (ed.), Yapay Zekâ Çağında Hukuk, İstanbul, Ankara ve İzmir Baroları Çalıştay Raporu, 2019, s. 52. (https://www.istanbulbarosu.org.tr/files/docs/Yapay_Zekâ_Caginda_Hukuk2019.pdf, Çevrimiçi, e.t. 12.12.2020).

111 Krausova, Alzbeta, "Intersections between Law and Artificial Intelligence", International Journal of Computer, C. 27, S. 1, 2017, s. 60, (https://www.researchgate.net/publication/320057692_Intersections_ between_Law_ and_Artificial_Intelligence, Çevrimiçi, e.t. 24.10.2020).

zekânın dini inanç ve ibadet özgürlüğünün olup olmayacağı veya insanların robotlarla evlenip evlenemeyeceği gibi hukuk tarafından cevaplanması gereken diğer bazı soruların da gündeme gelebileceği dile getirilmektedir. Aslında teorideki bu ve benzeri sorular, insan temelli toplumda yapay zekâ için öngörülecek hukuki statünün belirsizliklerini işaret etmektedir.[112]

Yapay zekânın çok yeni olması ve birçok alanı ilgilendirmesi nedeniyle hukuksal düzenleme konusunda yaşanacak bir kısım zorlukların ise siber hukukla ilgili önemli deneyimlerden yararlanılması, siber hukukun mevcut teknolojiler ve mevzuatıyla benzetmeler yaparak nasıl bağ kurduğuna, nerede başarılı ve nerede başarısız olduğuna bakılması suretiyle aşılabileceği ifade edilmektedir.[113]

Yapay zekâ sistemleri ve uygulamalarının yargıda kullanılması halinde ortaya birçok sorunun çıkacağı da öngörülmektedir. Bu sorunların birçoğu temel insan hakları ile doğrudan bağlantılı konularla ilgili gözükmektedir. Bunların olumsuz etkilerinden korunmak için çeşitli önerilerde bulunulmaktadır. Bu kapsamda, belirli bir yapay zekâ sisteminin veya kullanımının örneğin, ister devlet isterse özel sektördeki failler tarafından gelişigüzel yüz tanıma veya diğer biyometrik tanıma biçimlerinin ve yapay zekâya dayalı halk yığınlarının gözetlenmesinin geçici süreliğine veya süresiz olarak yasaklanarak ya da kısıtlanarak bunlarla ilgili kırmızı çizgiler oluşturulması tavsiye edilmektedir. Ayrıca yapay zekânın olumsuz etkilerine karşı himaye sağlamak için bu alanda insanların otonomi, seçim yapma ve gözetim hakkı veya yapay zekâ çıktılarının şeffaflığı ve açıklanabilirliğini isteme hakkı gibi yeni insan haklarının belirlenebileceği önerisi getirilmektedir.[114]

Diğer yandan yapay zekâ, adil yargılanma hakkının bahşedilmesi yolunu değiştirmekte ve bazı temel hukuk ilkelerinin layıkıyla nasıl uygulanabileceği sorusunu gündeme getirmektedir. Teknolojik evrimin yaşandığı bu aşamada yapay zekânın bizlere sunmuş olduğu otomatik makine öğrenmesi sistemleri (risk değerlendirme araçları gibi) ile genel-güçlü[115] yapay zekâ sistemlerini (yapay zekâlı yargıçlar gibi) birbirinden ayırmak gerekmektedir.[116]

---

112 Krausova, 2017, s. 61.

113 Richards/ Smart, 2013, s. 24.

114 Muller, Catelijne, *The Impact of Artificial Intelligence on Human Rights, Democracy and the Rule of Law*, Ad Hoc Committee On Artificial Intelligence (Cahai), Strasbourg, 2020, s. 18-19, (https://rm.coe.int/cahai-2020-06-fin-c-muller-the-impact-of-ai-on-human-rights-democracy-/16809ed6da, Çevrimiçi, e.t. 10.01.2021).

115 Bilim-kurgu edebiyatının "güçlü" yapay zekâları günümüzde mevcut değildir. Bu, sadece zekâ (bilgi) ile değil vicdanla da donatılacak olan, tamamen kurgusal bir çeşit zekâdır. Şu anda geliştirilmiş olan makine öğrenim sistemleri, "zayıf" yapay zekâ'lar olarak tanımlanmakta, karmaşık modeller oluşturma, büyük hacimli verilerden verimli

"Öngörücü polis faaliyetleri" olarak tanımlanan araçların kullanımı, (yargı sürecinden önce veya mahkemeye sevk edilmeden önce) halihazırda hızla büyümekte ve bu araçlar halk tarafından da bilinmeye başlamaktadır. Örneğin, uçuş yasağı listesi[117], potansiyel teröristlerin suç işlemesini önlemek amacıyla veri toplayan ve analiz eden büyük bir veri analizi uygulaması veya dolandırıcılık ve kara para aklamayı tespit etmek için kullanılan algoritmalar bütünüdür.

Genel olarak, çok sayıdaki bilgisayar sistemleri, olası işlenme yerleri ile faillerini tespit etmek suretiyle suç olan eylemlerin işlenmesini önlemek veya daha etkili soruşturmak amacıyla yaygın olarak kullanılmaktadır. Bu kapsamda önleme amacıyla kullanılan "öngörücü polislik" araçları, daha çok düzenli şekilde işlenen hırsızlık, sokak şiddeti, araç hırsızlığı veya araçlardan hırsızlık gibi belirli suç türlerinde kullanılmaktadır.

Bu sistemlerin kabiliyetleri, suçların kesin olarak nerede ve ne zaman işlenebileceğini, coğrafi bir harita üzerinde işlemek suretiyle gerçek zamanlı olarak polis devriyeleri tarafından izlenen sorunlu bölgeleri belirlemesinden kaynaklanmaktadır. Bu işleme tahminsel suç haritalaması denilmektedir. Bu alanda kullanılan yazılımların çoğu, polis raporları gibi geçmişteki suç yeri delillerine, hatta, birçok veriden ve test edilmiş değişik kaynakların birleşiminden oluşturulan daha güçlü yeni teknolojilere dayanmaktadır.

Buna karşın, bu yapay zekâ sistemlerinin, zayıf yönlerinden birisi kısır döngü ve kendini doğrulayan kehanet[118] etkisidir ki; risk altında bulunduğu değerlendirilen bölgeler polisin daha fazla dikkatini çekecek ve polis daha fazla suç tespit edecektir. Bu da, buralarda yaşayan toplumun polis tarafından aşırı gözetim altında tutulmasına neden olabileceğinden insanlara potansiyel suçlu muamelesi yapılarak insanların temel özgürlüklerinin ihlali anlamına gelen uygulamalarla karşı karşıya kalmalarına yol açabilecektir.[119]

Modern toplumlar, yargılama işlemlerine nüfuz etmesi gereken ve geçmişten gelen tecrübelerin etkisiyle edinilmiş çok sayıda köklü

---

bir şekilde öğrenme ve genellikle yüksek düzeyde tahmin doğruluğu yapabilme kabiliyetleri bulunmaktadır. CEPEJ, European ethical Charter, 2018, s.31.

116 Gyuranecz/ Krausz/ Papp, 2019, s. 5.

117 Uçuş yasağı listesi, ABD Federal Devleti Federal Soruşturma Bürosunun altında Terörist İzleme Merkezi tarafından oluşturulan ve ülke içindeki, ülke dışından gelen veya ülke dışına çıkan ticari uçaklara binişi yasaklananlara ilişkin bir listedir. 11 Eylül 2001 saldırıları sonrasında oluşturulmuş ve bugüne kadar devam eden uygulama ile onbinlerce isim bu listeye eklenmiştir.(https://www.fbi.gov/file-repository/terrorist-screening-center-frequently-asked-questions.pdf/view, Çevrimiçi, 30.10.2020).

118 Olması beklenildiği için bir olayın vuku bulması.

119 CEPEJ, European ethical Charter, 2018, s.51-52.

beklentilere sahiptir. Bu beklentiler içinde ahlaki pusulamız, bizi adil bir yargılamanın (hukuki süreç) gerekliliğine götürür. Yapay zekâ sistemlerinin uygulanması dolayısıyla yeni bir yaklaşımın gerekliliğinin kabul edilmesi, toplumlardaki bu ortak beklenti ve adalet ile ilgili belli başlı kavramlar örneğin, adil yargılanma ilkesi yönünden olası bazı zorlukları ortaya çıkaracağı varsayılmaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS, Sözleşme) 6. maddesi, adil duruşma, makul süre ve mahkemenin bağımsızlığı ve tarafsızlığı gibi temel unsurlarla adil yargılanma hakkını tanımaktadır. AİHM içtihadları, bu ilkelerden kaynaklanan şartlar hakkında bize detaylı yol göstermesine rağmen, Sözleşme'nin -dolayısıyla 6. maddenin- yorumunun her zaman günümüz şartlarına tabi olacağını unutmamalıyız. Sözleşme'nin "canlı bir araç" olarak kabulü, AİHS'nin ilke ve standartlarının durağan olmadığını göstermekle birlikte bunların yorumlarının sosyal ve ekonomik değişimleri de yansıtmasını gerektirmektedir.

Farklı yapay zekâ sistemlerinin adil yargılanma kavramına nasıl uyacağı ve yeni zorluklarla karşılaşıp karşılaşmayacağımız başta olmak üzere bazı sorulara cevaplar bulunmalıdır. Adil yargılanma ilkesi farklı şekillerde yorumlanmalı mıdır? Bu kapsamda örneğin gelecekte ulaşılması hedeflenen bir yapay zekâ yargıcının göreve başlaması, bizim usulî işlemlere ilişkin garantilere ve bir yargıçta bulunması gereken vasıflara bakış açımızı değiştirecek midir? şeklindeki sorulara nasıl cevaplar vermeliyiz.

Sözleşmenin 6. maddesi, mahkemelerin ancak kanunla kurulabileceğini öngörmektedir. Bu kapsamda ister karar vermeye yardımcı sistemler olsun isterse hüküm kurulmasında rol alan sistemler kullanılsın yapay zekânın, adli bir süreçte kullanılması halinde ilgililer veya şüpheli/sanık, yapay zekâlı yargıç'ın işleri yürüttüğüne ilişkin bilgilendirilmelidir. Bunun yanında mahkemelerin kanunla kurulması gerektiğine ilişkin prensibin bir gereği olarak da, yapay zekâ sistemlerinin hangi davalarda ve ne kapsamda kullanılacağının kanun tarafından açıklıkla düzenlenmesi gerekecektir.

Birçok ülke mahkemeleri, günümüzde aynı tarzdaki düşük değerli hukuk davalarını çözmek sorunuyla karşı karşıyadır. Hukuki alanda daha sık uygulanan yapay zekâ sistemlerinin yardımıyla mahkemelerin verimliliğinin artması beklendiğinden daha fazla kişinin adalete erişim imkanına kavuşacağı öngörülmektedir. Ayrıca hukuki tavsiye ve yardım almanın daha kolay ve ucuz olacağı da ileri sürülmektedir.

Çevrimiçi anlaşmazlık çözümü (Online Dispute Resolution-ODR) yoluyla söz konusu hukuki yargılamaların sürecini kolaylaştırma ve bunlar için mahkemelerin dışında kaynak kullanma fikri oldukça yaygın bir şekilde gündeme getirilmektedir. Büyük Britanya, Hollanda ve Letonya hukuki uyuşmazlıklarda bu tür otomatik çözüm yollarının uygulanmaya başlandığı ülkelere örnek olarak verilmektedir. Ancak,

ülkelerde bu tür hizmetlerin kapsamının giderek genişletilmesi eğiliminin oluştuğu gözlemlenmektedir.

Şikayet konularının çözümünde; olayların mahkemelere götürülmesinden önceki aşamada, kısıtlı konulara münhasır çevrimiçi hizmetler yanında alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine başvurulmasına yönelik eğilim, hizmetlerin giderek artan bir ivmeyle mahkeme süreci haline dönüştürülerek elektronik mahkeme hizmetlerinin taraflara teklifi noktasına kadar getirilmiştir. Hatta bu tür hizmetlerle sadece düşük değerli anlaşmazlıklar değil, aynı zamanda vergi uyuşmazlıkları, sosyal güvenlik hizmetleriyle ilgili anlaşmazlıklar ve boşanma davaları çözüme kavuşturulabilmektedir.[120]

Bu anlaşmazlık çözüm yöntemlerinin yaygın kullanımı, bazıları tarafından dijital "çözümcülüğün" yeni bir tezahürü olarak görülmesine rağmen, cevap gerektiren birçok soruyu da gündeme getirmektedir. Böyle bir sistem tarafından önerilen bir tazminat hangi temelde hesaplanacak? Hangi yöntemle? Algoritma, bilgileri adil bir şekilde işlemiş midir? Sistem tarafından taraflara yapılacak teklif, eğitimli ve onaylanmış bir üçüncü algoritma modelinin yardımıyla çekişme temeline dayalı bir tartışmayı amaçlayabilmiş midir? Çözüm talebi için sistem yerine bir hakime erişim imkanı her zaman olanaklı mı? gibi birçok sorunun doğduğu konuların tatmin edici şekilde açıklığa kavuşturulması, bu sistemlerin kabul görmesine daha yardımcı olabilecektir. Aksi takdirde bu tür yapay zekâ sistemlerinin muhatabı olacak insanların aklında adaletin gerçekleşip gerçekleşmediği konusunda hep bir şüphe kalacağından ve oluşacak tatminsizlik de zamanla artacağından bu teknolojiden beklenen yararın gerçekleşmesi beklenemeyecektir.

Bu kapsamda örneğin, Avrupa Birliği'nde üye devletleri bağlayıcı daha koruyucu bir yasal çerçeve 2016 yılında yürürlüğe konulmuştur. Genel Veri Koruma Tüzüğünün[121] (GDPR) 22. maddesi,[122] belirli

---

[120] CEPEJ, European ethical Charter, 2018, s.44.

[121] 14 Nisan 2016 tarihinde kabul edilmiş ve 25 Mayıs 2018'den itibaren yürürlüğe girmiştir. GDPR bir yönerge değil, doğrudan bağlayıcı ve doğrudan uygulanabilir bir tüzüktür. Avrupa Birliği hukukunda, tüm Avrupa Birliği ve Avrupa Ekonomik Alanı içerisinde yer alan bireyler için veri koruma ve gizliliğine ilişkin hukuki bir düzenlemedir. GDPR öncelikle bireylere kendi kişisel bilgilerini kontrol altına almalarını ve AB içerisindeki şirketlerin bu düzenlemelerle uyumlu hale getirilmesini amaçlamaktadır. Buna göre, hiçbir kişisel veri, ilgili kişiden (kişisel veri sahibinden) açık bir onay alınmadığı sürece işlenemez. İlgili kişi bu izni istediği zaman iptal etme hakkına sahiptir. Kişisel veri sahipleri, istediği zaman kendisine ait depolanan verilerin bir kopyasını talep etme ve bu verileri belirli koşullar altında silme hakkına sahiptir. İşletmeler, kullanıcı gizliliğine olumsuz etkide bulunan herhangi bir veri ihlalinde (örneğin bilgilerin çalınması gibi) kullanıcıları 72 saat içerisinde bilgilendirmelidir. (https://tr.wikipedia.org/wiki/Genel_Veri_Koruma_Y%C3%B6netmeli%C4%9Fi, Çevrimiçi, e.t. 10.01.2021).

istisnalar dışında kişilere yalnızca otomatik işleme dayalı kararlara konu olmayı reddedebilmeleri imkanını açıkça sağlamaktadır.[123]

Yapay zekâ sistemlerinin kullanılması durumunda, adli işlemlere erişimin sağlanmasında işlemin tüm taraflarına eşit olanakların sağlanması (silahların eşitliği) ve kişilerin yapay zekâ sistemleri kullanımındaki yetersizliklerinin, davalarını hâkim önüne götürmelerini engellememesi de sağlanmalıdır. Avrupa Konseyi, 2015 yılında, internet üzerinden uyuşmazlık çözüm sürecinde yer almış tarafların, Sözleşmenin 6. maddesine göre adil yargılanmanın gereksinimlerini karşılayan bir kanun yolu prosedürüne erişim hakkının sürdüğüne ilişkin 'Adalete ve İnternete Erişim: İmkanlar ve Zorluklar' adlı bir kararı kabul etmiştir.[124]

Ayrıca, bir yapay zekâ yargıcının hizmet sunmaya başlamasıyla vereceği kararın, diğer sebepler yanında, yazılım hataları nedeniyle de sorgulanabilmesini hukuk dünyasının gündemine getirmesi mümkün olduğundan, bu durumun denetimi için etkili bir kanun yolu hakkına ilişkin yasal düzenlemeler dahil gerekli önlemlerin alınması gerekmektedir.[125]

Buna ilaveten yapay zekâ hâkimlerinin göreve başlaması üzerine karşılaşılması en yaygın güçlük, yapay zekâya dayalı dijital sistemlerin bilgisayar korsanlarına karşı savunmasızlığı olacaktır. Bu nedenle bu sistemlerin dijital suçlulara ve dışarıdan gelecek müdahalelere karşı yeterince korunması için sürekli güncellemelerin yapılacağı önleyici ve etkili sistemlerin kurulması gerekmektedir.[126] Buna karşın çok önemli veya yüksek meblağ içeren bir tazminat davasını kaybeden tarafın, virüs nedeniyle veya dışarıdan müdahale sonucunda aslında yapay zekâ hakiminin, lehe karar vermesi gerekirken aleyhe bir karar verdiğini

---

[122] Avrupa Parlemantosu ve Avrupa Birliği Konseyi'nin 2016/679 sayılı tüzüğünün 22. maddesinin ilgili düzenlemesinin madde başlığı ile birlikte İngilizce metni "-Automated individual decision-making, including profiling- 1. The data subject shall have the right not to be subject to a decision based solely on automated processing, including profiling, which produces legal effects concerning him or her or similarly significantly affects him or her." şeklindedir. (https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri =CELEX: 32016R0679&from=EN, Çevrimiçi, e.t. 30.10.2020).

[123] CEPEJ, European ethical Charter, 2018, s.45.

[124] Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisi'nin 27/11/2015 tarihinde kabul etmiş olduğu 2081 sayılı kararında bu husus; "In light of the above, the Assembly calls on the Council of Europe member States to:.. 7.3. ensure that parties engaging in ODR procedures retain the right to access a judicial appeal procedure satisfying the requirements of a fair trial pursuant to Article 6 of the Convention.", ifadeleriyle düzenlenmiştir. (https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-EN.asp?fileid=22245&lang=en, Çevrimiçi, e.t. 30.10.2020).

[125] Gyuranecz/ Krausz/ Papp, 2019, s. 10.

[126] Gyuranecz/ Krausz/ Papp, 2019, s. 11.

iddia etmesi karşısında teknik bir yönü de bulunan bu iddianın nasıl ele alınacağına ve hukuki bir başvuru yoluna konu edilme yöntemlerinin belirlenmesi de gerekecektir.

Sözleşme'nin 6. maddesi, ülke mahkemelerinden, bakılan hukuk ve ceza yargılamalarında verecekleri hükmün gerekçelerini açıkça göstermelerini istemektedir. AİHM içtihadı bu konuda oldukça açıktır. Ülkelerin iç hukukları da hangi kararların nasıl bir gerekçeye sahip olması gerektiğini düzenlemektedir. Genel olarak mahkemelerden, ayrıntılı bir hüküm gerekçesi sunulması beklenmektedir. Faaliyete geçmesi halinde bir yapay zekâ hâkimi için de aynı durum geçerli olmalıdır. GDPR'da olduğu gibi ülkeler, yapay zekâ yargıçlarının kararlarının gerekçesinin bulunmasına ilişkin düzenlenmeler yapmalıdır. Bununla birlikte pozitif hukuk sistemlerini modellemek zorunda olan bilgisayar sistemlerinin, bir hakimin akıl yürütmesini modellemesinin imkansız olduğu ileri sürülerek, bunun; hukukun karmaşıklığının, teleolojik (amaçsallık) ve çekişmeli doğasında yatmasından dolayı birbiriyle tutarlı iki savın iki farklı önceliğe göre farklı yargılara ulaşılmasına yol açabilmesinden kaynaklandığı da savunulmuştur.[127]

Diğer yandan, uygulamada, bir 'kara kutu'[128] olarak görülen yapay zekânın sınırlılıklarını dikkate almak gerekmektedir. Özellikle yapay sinir ağlarına dayalı derin öğrenme modellerinde yapay zekâya dayalı olarak bir makine, kendi başına öğrenir ve kararlar alırken insanlar, makinenin bir karara ulaştığı veya bir çıktı ürettiği süreci tam olarak açıklayamazlar. Yapay zekâ geliştiricileri bu sistemde kullanılan matematik kodlarını açıklamazlar ve kullanıcılar da bunları anlamak için eğitilmez. Sonuç olarak, burada; yapay zekâ yazılımı sadece mahkemelerde bir destek aracı olarak kullanılsa bile, bir hâkim karar verme sürecini anlamadıysa söz konusu yazılım sisteminin makine gerekçesi, insan gerekçesi ile aynı mıdır, yoksa makinenin yaptığı işlemler anlaşılamaz bir süreç içeriyor mu? Mahkeme kararında yapay zekâdan ne gibi bir açıklama beklemeliyiz? gibi soruların gündeme gelmesi kaçınılmaz olmaktadır.

Bu noktada, 'şeffaflık' ve 'açıklama yükümlülüğü'nün iki farklı gereklilik olduğunu belirtmeliyiz. Verilen kararların şeffaflığından bahsedilebilmesi için matematiksel algoritmalar kullanan yapay zekânın kullanıldığının insanlar tarafından bilinmesi gerekecektir.

Hukuki sonuçları olabilecek veya insanların yaşamlarını önemli ölçüde etkileyebilecek yapay zekâ sistemleri kullanıldığında, bunun belli şekilde yürütülmesi yönteminin fikri mülkiyeti ile şeffaflık ihtiyacı

---

127 CEPEJ, European ethical Charter, 2018, s.36.

128 Bilgi işlem ve mühendislikte, kara kutu, iç işleri hakkında bilgi sahibi olmadan, girdi ve çıktıları açısından görüntülenebilen bir cihaz, sistem veya nesnedir. (https://en.wikipedia.org/wiki/Black_box, Çevrimiçi, e.t. 12.02.2021).

(tasarıma erişim süreci), tarafsızlık (önyargının bulunmaması), adalet ve entelektüel dürüstlük (adaletin menfaatlerine öncelik verilmesi) arasında bir denge kurulması gerektiği tavsiye edilmiştir.[129]

Şeffaflığın üzerindeki bu sorunun çözümüne ilişkin olarak, iki farklı öneride bulunulmaktadır. İlk olarak, muhtemel yapay zekâ uygulamaları ve adli sistemde kullanılan algoritmalardan kaynaklanacak tüm potansiyel sorunların tanımlanması gerektiği ve farklı alanlardaki uzmanlardan oluşturulacak ortak ekiplerin dünya genelinde belirlenecek standartlar çerçevesinde birbirleriyle iletişim halinde bulunmaları, çözüm olarak ileri sürülmüştür.[130] Mevcut etik güvenceler bu ortak ekiplerce sürekli olarak paylaşılıp, geri bildirimler yoluyla geliştirilmelidir.[131] İkinci olarak da, ticari sır kavramı tanımının, makine öğrenimi mekanizmasının, ticari sır kavramından hariç tutularak kanun koyucu tarafından yeniden tanımlanması; yazılım geliştiren özel şirketlere, değerlendirme araçlarında kullanılan kodların etki derecesini açıklatmaları konusunda hâkimlere yetki verilmesi ve yargı sistemlerinin karar verme sürecinde yapay zekâya güveni sağlamak için adli yazılımların tasarlanmasından yalnızca kamu kurumlarının sorumlu tutulması önerilmiştir.[132]

Buna ilaveten, makine öğrenmesi algoritmasını uygulayan bir yapay zekâ yazılımına girilen adli kararlara dayanan veriler, doğrulanmış-onaylanmış kaynaklardan gelmeli ve öğrenme mekanizması tarafından öğrenilene kadar da değiştirilmemelidir. Bu nedenle, üzerinde işlem yapılan kararın içeriğini veya anlamını değiştirmek amacıyla verilerin üzerinde herhangi bir değişiklik yapılmamasını sağlamak için tüm sürecin izlenebilir ve takip edilebilir olması gerekir.[133]

Bununla birlikte kullanıcılar, yapay zekâ araçlarının sunduğu çözümlerin bağlayıcı olmadığı, mevcut farklı seçeneklerin bulunduğu, yasal tavsiye alma ve mahkemeye erişim hakkı olduğuna ilişkin açık ve anlaşılır bir dilde bilgilendirilmelidir. Ayrıca, bu bilgilendirme hakkının adli süreç öncesinde veya sırasında kullandırılması ile birlikte yapay zekâ ile bir davanın görülmesine itiraz etme hakkının da kişiye tanınması gerekmektedir.[134]

Bu konuda, GDPR'ın gerekçelendirme ve açıklama hakkına ilişkin düzenlemesi kayda değerdir. GDPR'ın 13-15. maddeleri, hukuk alanındaki yapay zekâ sistemleri için de gelecekteki olası gereklilikleri

---

[129] CEPEJ, European ethical Charter, 2018, s.1.

[130] Gyuranecz/ Krausz/ Papp, 2019, s. 16.

[131] CEPEJ, European ethical Charter, 2018, s.10.

[132] Gyuranecz/ Krausz/ Papp, 2019, s. 16.

[133] CEPEJ, European ethical Charter, 2018, s.10.

[134] CEPEJ, European ethical Charter, 2018, s.12.

öngören mantıklı otomatik karar vermenin varlığı yanı sıra bu işlem sürecinin önemi ve öngörülen sonuçları hakkında anlamlı bilgi alma haklarını tanımlamaktadır. Taraflar, işlemlerinin başında yapay zekâ araçlarını kullanmanın temel özellikleri ve etkileri hakkında tam olarak bilgilendirilmelidir.

Mahkemelere halkın güvenini sağlamak için kararlar ve yargılamalarda, belirli bir istikrar ve öngörülebilirlik bulunmalıdır. Bu durum, hukuki belirlilik ve hukukun üstünlüğü ilkelerinin bir parçasıdır. Bununla birlikte, çelişkili veya tutarsız mahkeme kararları, halkın yargı sistemine güveni üzerinde soğutucu etki yaratabilecek bir belirsizliğe neden olabilecektir.

Bu bağlamda, yapay zekâ tabanlı karar verilmesi, mahkemelerin hukuki belirliliklerinin artırılmasına yardımcı olabilecektir. Yapay zekânın objektif, güvenilir ve bölgesel farklılıkları ortadan kaldırdığı ve bu nedenle meşru beklentileri korurken yargı sistemine güven oluşturmaya yardımcı olabilecek tutarlı bir içtihat oluşmasını sağlayabileceği düşünülmektedir.

Bununla birlikte bu kavramın da tehlikeleri bulunmaktadır. Bir yapay zekâ kararlarında istikrarlıysa ve benzer durumlarda aynı kararı verecekse, genellikle hızlı olan sosyal ve ekonomik değişikliklere kararlarını nasıl uyarlayabilecektir? Ayrıca değişen şartlara uygun sistemsel kodların yeniden yazılması da oldukça uzun zaman alacaktır. Hukuk alanında istikrar, her zaman adil veya doğru kararlarla örtüşmediği için bu konuda dikkatli olmak zorundayız. Bazen içtihatın değiştirilmesi gerekir ki bu da - mevcut bilgimize göre - insan denetimi ve müdahalesini zorunlu kılmaktadır.[135]

Ayrıca insan hâkimlerle karşılaştırıldığında, bu program ya da sistemlerin tarafsız olacağı, önyargılı olmayacağı ve duyguları olmadan çalışacağı düşünülmektedir. Oysa yapay zekâ, insan haklarına saygı gösterilmesi ve bu hakların korunmasını ciddi şekilde etkileyecek çeşitli zorluklar da sergilemektedir. Zira, hayattaki düşüncelerine, deneyimlerine, inançlarına ve hatta günlük yaşantılarına dayalı yaşam süren insanların kendi anlayışlarına göre girdiği veri öbeklerine dayalı olarak programlanan yapay zekâ hâkimlerinin, insanlardan daha adil, önyargısız ve tarafsız olduğunun en azından bugün için söylenemeyeceği öngörülmektedir. Ne yazık ki, "adil" algoritmalar geliştirme çabaları, ırk, cinsiyet ve cinsel yönelim dâhil doğuştan gelen bazı özelliklere karşı olan önyargıları, henüz ortadan kaldırabilmiş değildir. Kaldı ki, yapay zekânın hileli kullanımının her zaman mümkün olabileceğini de asla unutmamalıyız. Kasıtlı olarak yapılmasalar bile insan önyargıları ve değerleri yapay zekâ sistemlerinin tasarımına ve geliştirilmesine nüfuz edebilmektedir. Bu kapsamda algoritmalar hatalı

[135] Gyuranecz/ Krausz/ Papp, 2019, s. 14.

işlem yapabilir ve bu tür hatalara dayanarak da yapay zekâ bir karar alabilir. Bu nedenle henüz çok ileri seviyelere gelinmemiş olan yapay zekâ teknolojisinin bu evresinde bu sistemleri kontrol etmek için insanların denetimi zorunlu kılınmalıdır. Elbette bu denetimin kapsamı ve kurallarının da belirlenmesi gerekmektedir. Özellikle karar alma süreçlerinde kullanılan algoritmalardaki hataların insan haklarının korunması açısından açık bir biçimde ciddi sonuçları olacaktır.[136] Örneğin, şartlı tahliyeye ilişkin alınacak adli kararlar kapsamında mahkumun tekrar suç işleme riskinin tahmininde söz konusu algoritmaların kullanılması, tespit edilemeyen hatalar nedeniyle haksız yere tutsağın özgürlüğünden yoksun bırakılmasını sağlayabilecek veya tersine bir şekilde tehlikeli bir kişinin salıverilmesini destekleyerek başkalarının hayatlarını ve güvenliğini riske atabilecektir.[137]

Hatta veri kümelerinden bir ayrımcılık unsuru (örneğin, ırk, yoksulluk) kaldırılsa bile, algoritma modelleri, diğer örnekler, örneğin oturduğunuz semtin neresi olduğu hakkında fikir veren posta kodu veya kişinin maddi durumu hakkında öngörüde bulunulmasını sağlayabilecek belli bir büyüklükte olan bir evdeki çocuk sayısı ile yeniden önyargılı alanlar oluşturulması ihtimali doğabilecektir.[138]

Mevcut yapay zekâ uygulamaları yoğun bir şekilde veri odaklı olduğundan, özellikle veri korumasını, mahremiyet haklarını ve hatta

---

136 Beduschi, 2020, s. 3.

137 Suçlunun tekrar suç işleme durumunu tahmin eden algoritmalar, ön yargılama, şartlı tahliye ve mahkumiyet kararlarında kullanılmaktadır. Bu sistemlerin savunucuları, büyük veri ve gelişmiş makine öğreniminin, bu tür analizleri insanlardan daha doğru ve daha az önyargılı yaptıklarını iddia etmektedirler. Bununla birlikte, yaygın olarak kullanılan ticari risk değerlendirme yazılımı COMPAS'ın ceza adaleti uzmanlığı çok az olan veya hiç olmayan kişiler tarafından yapılan tahminlerden daha doğru veya adil olmadığı ortaya çıkmıştır. COMPAS tarafından kullanılan veriler bir bireyin ırkına ilişkin bilgi içermemesine rağmen, verilerdeki, ırkla bağlantılı diğer hususlar, yapılacak tahminlerde ırksal eşitsizliklere yol açabilir. Mayıs 2016'da, Amerika'da kar amacı gütmeyen ve kamu yararına araştırmacı gazetecilik yapan bir kuruluş (ProPublica) için ele alınan bir yazıda, 2013 ve 2014 yılları arasında Florida eyaletinin Broward County bölgesinde tutuklanan 7000'den fazla kişi hakkında uygulanan COMPAS verilerine ilişkin bir analiz yayımlanmıştır. Bu analiz COMPAS tarafından yapılan tahminlerin güvenilmez ve ırkçı önyargıya dayandığını ortaya koymuştur. COMPAS'ın beyaz sanıklar için % 67 olan genel doğruluk oranı, siyah sanıkların % 63.8'lik doğruluk oranından biraz daha yüksek çıkmıştır. Ancak, COMPAS tarafından yapılan hatalardan siyah ve beyaz sanıklar farklı şekilde etkilenmişlerdir. Şöyle ki; aslında tekrar suç işlemeyen siyah sanıklar yanlış tahminle, beyaz sanıklar için öngörülen %23.5'lik tahmin oranının yaklaşık iki katı kadar fazlasıyla, % 44.9 oranında mükerrir suçlu olarak tahmin edilmişlerdir. Bunun gibi, aslında mükerrir olacak beyaz sanıkların da; siyah sanıklar için öngörülen % 28'lik oranın neredeyse iki katı kadar yanlış tahminle % 47.7'lik bir oranla, tekrar suç işlemeyeceği şeklinde tahmin edilmiştir.
Dressel/ Farid, 2018.

138 Gyuranecz/ Krausz/ Papp, 2019, s. 14.

bireyin özgürlüğünü[139] etkilemektedir. Makine öğrenmesi algoritmaları, bireylerin gönüllü olarak çevrimiçi platformlar ve uygulamalara yükledikleri video, fotoğraf, metin ve ses dosyaları gibi kamuya açık sosyal medya verileri dâhil çeşitli veri kaynaklarından öğrenme işlemini gerçekleştirmektedir. Hatta araba, saat ve fırın, yatak, süpürge, buzdolabı gibi akıllı ev aletlerinden yapay zekâ sayesinde elde edilen veriler insanların alışkanlıklarını, sevdiklerini ve sevmediklerini tahmin etmek ve hareket tarzlarını öğrenmek için kullanılmaktadır.[140]

Dahası, çevrimiçi platformların ve şirketlerin, çevrimiçi davranışların ve bireylerin dijital ayak izlerinin takibini sağlamalarına olanak veren ve gittikçe de karmaşıklaşan yöntemler bulmaları nedeniyle yapay zekâ algoritmaları, tümü hukuk tarafından korunan ırksal, etnik köken, siyasi görüşler, dini veya felsefi inançlar, sendika üyeliği, cinsel yönelim ile sağlık verileri gibi hassas ve kişiye özgü özellikler dâhil insanların davranışları hakkında çıkarımlar yapabilmektedir. Bu tür algoritmalar, müşterilere internetteki arama geçmişine dayalı olarak kendilerine özgülenmiş reklamları ve satın alma önerilerini sağlamak için yaygın olarak özellikle perakende sektöründe kullanılmaktadır.[141]

Bu kapsamda çok yüksek getiriler elde etme imkanı sunan yapay zekâ uygulamalarının çoğu, Amerika'da oligopol olmaya doğru giden ve bazen müşterileri ile verileri üzerinden güreş tutuşan[142] Beş Büyük (Big Five), GAFAM veya Korkunç Beşli[143] (Frightful Five) diye anılan büyük özel şirketler tarafından geliştirilip faaliyete geçirilmektedir. Çok fazla politik gücün, ortaklarının çıkarlarını toplumun menfaatleri üzerinde tutan az sayıdaki özel şahıs veya şirketlerin elinde yoğunlaşmasına izin

---

[139] Mahremiyetin ortadan kalkması kişiliksizleştirme etkisi doğuracaktır. Zira mahremiyet, özerk bir kişi olmanın ne anlama geldiğiyle yakından bağlantılıdır. İnsanın düşüncelerine, hayallerine ve korkularına bir başkasının, erişebilmesi halinde bu özelliklerin, dolayısıyla da o kişinin başkaları tarafından kontrol edilmesi tehlikesini doğuracaktır. Burada söz konusu olan sadece kişinin özerkliği değil, aynı zamanda özgürlüğüdür. Lindroos-Hovinheimo, Susanna, "Private Selves – An Analysis of Legal Individualism", Law and Philosophy Library, C. 119, 2017, s. 35, Kurki, Visa A.J./ Pietrzykowski, Tomasz(ed.), Legal Personhood: Animals, Artificial Intelligence and the Unborn.

[140] Bu duruma, Google, Facebook ve Microsoft gibi büyük firmalar tarafından Karl Marx'ın kapitalizminin emekle beslenen eski vampir imajının beklenmedik bir şekilde yeniden canlandırıldığı eleştirisi getirilerek, bu sefer "gözetim kapitalizmi" denilen yeni sürümünün emek yerine, insanın yaşadığı her tecrübesinin her yönünden beslendiği ileri sürülmektedir. Zuboff, 2019, s.9.

[141] Beduschi, 2020, s. 3.

[142] Facebook ve Apple iPhone kullanıcıların mahremiyet bilgilerini kimin kontrol edeceği konusunda anlaşmazlık yaşamaktadır. The Economist, "Tech competition-The dust-up", Şubat 2021,

[143] Google, Facebook, Microsoft, Apple ve Amazon şirketleri kastedilmektedir. Muller, 2020, s. 14.

verilmesi, demokratik ülkelerin otoritesinin tehdit[144] edilebilir kılınmasına neden olacaktır. Bu nedenle bilginin insanlığın ortak mirası olduğu düşüncesiyle tüm devletlerin katılımıyla oluşturulacak bir platform tarafından veri ve yapay zekâ yönetimine ilişkin uluslararası düzenlemelerin belirlenmesi ve takibinin yapılması düşünülmelidir. Bu kapsamda ortaya çıkacak sorunları çözmekle görevli olacak örneğin, uluslararası teknik mahkemelerin kurulması gündeme getirilmelidir.

Yapay zekâ ile ilgili bir diğer önemli sorunun, bu teknoloji temelli çalışan ürünlerin iş ve eylemlerinin sonuçları konusunda ulusal mercilerce yapılacak idari veya hukuki takdir ve değerlendirmeler için gerekli olan bilgi ve belgelerin sağlanması noktasında yaşanacağı düşünülmelidir. Hâlihazırda özellikle dünyadaki tüm insanlardan kişisel verileri sosyal medya marifetiyle toplayarak yapay zekâ sayesinde işleyip, tasnif ederek pazarlayan birkaç büyük şirketin elde ettiği verilerde saklı bulunan ve gerek idari anlamda sorunlu olarak görülen, gerekse hukuki anlamda delil olarak kabul edilen bu verilerin paylaşımı konusunda ciddi problemler yaşanmaktadır. Örneğin, kasten adam öldürme suçuna ilişkin sosyal medyada paylaşılan bir delilin bulunduğu görüntü, ses kaydı ve yer bilgisinin veya bir terör suçuna ilişkin delillerin ilgili ülke makamlarıyla talebe rağmen zamanlıca veya yeterince paylaşılmaması bir yana bu konuda kayıtları elinde tutan şirketlerin kendilerini bağlayan sözde ama aynı zamanda tam olarak kimsenin bilmediği ilkeleri dışında bağlayıcı ve zorlayıcı ulusal veya uluslararası bir düzenlemenin bulunmayışı, suçların ve suçluların takibini yapan devletleri çaresiz bırakmaktadır.

Bununla birlikte, örneğin, Amazon firmasının Alexa akıllı uygulamasının ileri sürümünün, Ford ürünlerinin yarı veya tam otonomundan sorumlu olacağını varsaydığımız yakın bir gelecekte bu marka bir otomobilin karıştığı ve çok sayıda ölümün ve yaralamanın gerçekleştiği trafik kazasını göz önüne getirelim. Kazanın nedenlerinin ve kimin kusurlu olduğunun araştırılması sırasında; mahkemenin, gerek Ford gerekse Amazon'un, otonoma ait yazılımın kodlarında bir hata olup olmadığı, böyle bir araçta bulunması gereken otonoma ait standartları taşıyıp taşımadığı, otonom yazılımındaki güncellemelerin yapılıp yapılmadığı veya yazılımın hükmettiği donanımdaki örneğin bir sensördeki anlık algılama eksikliğine ilişkin veya benzeri bilgileri temin etmesini istemesi halinde, bunlar hangi hukuki dayanağa, usul, yol ve yönteme göre bu firmalardan talep edilecektir. Günümüzdeki mevcut

---

144 Avustralya hükümeti, ABD'li internet devlerini, içerikleriyle ilgili haber kuruluşlarına adil bir ödeme yapmaya zorlayacak bir yasa tasarısı hazırlamıştı. Google, yasa tasarısının kabul edilmesi halinde Avustralya'daki ana arama motorunu kapatacağı, Facebook da haber paylaşımını engelleyeceği tehdidinde bulunmuştu. (https://www.aa.com. tr /tr/dunya/avustralyada-hukumetle-restlesen-google-arama-motorunu-kapatirsa-boslugu-microsoft-dolduracak/2129849, Çevrimiçi, e.t. 10.02.2021)

uygulamalardan anlaşılmaktadır ki, bu noktada mevcut uluslararası adli işbirliği mekanizmaları işlemeyecektir.

Burada öncelikle konunun çözümüne ilişkin atılacak adımların tüm ülkeler için geçerli olacağını belirtmekte fayda var. Uluslararası Adalet Divanı'nın 1970 tarihli bir kararında[145] da belirtildiği üzere, bu tür çok-uluslu veya ulus-ötesi şirketlerin, uyruğunda bulunduğu devletin hukuk sistemine göre değerlendirilmesi gerektiği yönündeki algılamaların ve uygulamaların, içinde bulunduğumuz yapay zekâ çağında değişmesi gerekmektedir. Uluslararası hukuk kişilikleri tartışmalı olan çok-uluslu şirketlerin, uluslararası düzeyde, uluslararası yargı kuruluşları nezdinde bağımsız olarak davacı ve davalı olabilmesi, ülkelerle ikili andlaşmalar imzalayabilmesi için uluslararası hukuk kişiliklerinin tanınması artık kaçınılmaz görülmelidir.[146] Zira bu tür şirketlerle ülkeler arasında ortaya çıkacak sorunlarda problemlerin çözümünü ele alacak düzenleyici mekanizmalara ihtiyaç vardır. Bu çözümlerden birisi olarak gözüken adli yardımlaşmaya ilişkin anlaşmalar yapılabilmesi için de, gerek 1969 tarihli Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi gerekse, 1986 tarihli Devletlerle Uluslararası Örgütler veya Uluslararası Örgütler Arasında Yapılan Andlaşmalara ilişkin Viyana Sözleşmesi göz önüne alındığında Google, Yahoo, Facebook gibi dev şirketlerin hukuki kişiliklerinin tanınması gerektiği düşüncesindeyiz.

Yapay zekâ ile birlikte ortaya çıkan diğer bir sorun ise, özellikle veri alanındaki bilim adamları için kullanılan 'eksik kuşak' kavramının ifade ettiği sıkıntıdır. Teknoloji firmalarının yüksek maaş önerileri, çok sayıdaki uzmanın okullarda bir sonraki öğrenci kuşağına bilgi aktarmasını engelleyecek seviyelere ulaşmış durumdadır. Daha da kötüsü, alanında başarılı uzmanların, açlık ve karbon salınımı gibi insanlığın ortak problemlerine çözüm üretmelerini sağlayacak projelerde çalışmak yerine zekâlarını, insanların deneyimlerini

---

[145] Uluslararası Adalet Divanı nezdinde açılan Barcelona Traction Davası'nın tarafları Belçika ve İspanya devletleridir. Belçika davacı, İspanya ise davalı konumundadır. Barcelona Traction Davası, esasen Kanada kanunlarına göre kurulmuş ve İspanya'da faaliyet gösteren Barcelona Traction şirketi'ne İspanya tarafından el konulması üzerine şirketin Belçika vatandaşı olan hissedarları adına Belçika hükümetinin diplomatik himaye girişimi ve ortaya çıkan zararın tazmin talebine yönelik bir davadır. Barcelona Traction isimli şirketin Toronto'ya kayıtlı olması nedeniyle Kanada uyruğunda olduğuna karar verilmiştir. Karara göre, şirket hisselerinin çoğunluğunun Belçika vatandaşlarına ait olması, bu şirketi bir Belçikalı firmaya dönüştürmez. Hissedarların uluslararası düzeyde hak iddia edebilmesi, belli bir devletin diplomatik korumasından faydalanması sadece Kanada aracılığıyla gerçekleşebilecektir. Söyler, Yasin, "Barcelona Traction Davası ve Uluslararası Hukuka Etkisi", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XIX, 2015, S. 3, s. 209,(https://kutuphane.dogus.edu.tr/mvt/pdf.php, Çevrimiçi, e.t. 12.02.2021). ss.207-247.

[146] Aksar, Yusuf, *Teoride ve uygulamada Uluslararası Hukuk*, C. l, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2013, 2. Baskı, s. 238-239.

gözetleyerek nasıl veriye dönüştürüp nihayetinde nasıl pazarlayarak servet oluşturulur hedefi peşinde koşan birkaç şirket için kullanmaları insanlık için asıl sorun gibi gözükmektedir.[147] Bu yüzden devletlerin özellikle bu alanda teknik uzmanlar yetiştirilmesine önem verip gereken her türlü alt yapının tesisi ile birlikte konunun gerektirdiği çok boyutlu eğitimi teşvik etmesi ve desteklemesi gerekmektedir.

Yapay zekânın doğurduğu sıkıntılardan birisi de hukuk eğitiminin yeniden ele alınmasını gerektirmesidir. Zira artık hukuk fakültelerinin teknoloji çağında teknolojik gelişime nasıl ayak uydurması gerektiğinin sorgulanması kaçınılmaz olmaktadır. Bir hukuk fakültesi mezununun mesleğinde teknolojiyi ve teknolojinin doğurduğu hukuki sorunları bilmeden mesleğini icra etmesi artık mümkün değildir. Bu nedenle de hukuk fakültelerinde yapay zekânın dönüştürücü etkisiyle paralel ve kademeli olarak öncelikle teknoloji kullanımının yükseköğretimde yaygınlaştırılması gerekmektedir. Bununla birlikte bilişim hukuku konularına seçimlik ders olarak müfredatta yer verilmeye başlanması ve mesleğin icrasına yönelik yapay zekâ, etik değerler ve sair hukuki sorunlar ile çözümlerine ilişkin uygulamalı ve teorik derslere zorunlu dersler arasında yer verilmesi gerektiği de önerilmektedir.[148]

Yapay zekânın, hem çok sayıda kullanım alanının bulunması nedeniyle hem de hayata geçirilmesi ve sağlıklı bir şekilde işleyişinin başarılabilmesi için birden fazla disiplinin birlikte çalışmasını ve etkileşimini gerektiren bir alan olduğu tartışmasızdır. Bu nedenle yapay zekâ konusunda gerekli olan düzenlemeleri hukuk biliminin tek başına yapabileceğini düşünmüyoruz.

Yapay zekânın hem gerçek ve tüzel kişiler yönünden algılanabilmesi ve bu olgu karşısındaki hakları konusunda aydınlatılabilmeleri; teknik yönü ile ilgilenen uzmanların hukuki hakları, ödevleri ve uygulanabilecek yaptırımlar konusunda bilgilendirilebilmeleri; yeni gelişmelerin ve entegrasyonların bir bütün halinde ve uyum içinde yürütülebilmesi; hukuki uyuşmazlıkların hakkaniyetle ve objektif kriterlere göre ele alınabilmesi; elde edilecek verilerin gerek ulusal gerekse uluslararası düzeyde kabul görüp korunabilmesi hukuk, mühendislik, sağlık ve iktisat disiplinlerinin birarada çalışmalar yürütmesine bağlı bulunmaktadır. Yapay zekâ ve hukuk alanında akademik konferanslar yapılmalı ve alana ilginin artması sağlanmalıdır. Aynı zamanda üniversiteler bünyesinde farklı disiplinden kişilerin bulunduğu laboratuvarlar, araştırma merkezleri, enstitüler

---

147 Zuboff, 2019, s.188-189.

148 Gürzumar, Derya Durlu, "Hukuk Fakültelerinin Dönüşümü", Selin Çetin (ed.), Yapay Zekâ Çağında Hukuk, İstanbul, Ankara ve İzmir Baroları Çalıştay Raporu, 2019, s. 24, (https://www.istanbulbarosu. org.tr/files/docs/ Yapay_Zekâ_Caginda_Hukuk2019.pdf, Çevrimiçi, e.t. 12.12.2020).

kurularak, mühendislik, hukuk ve diğer disiplin temelli kişilerin birlikte çalışmalarına imkan oluşturulmalıdır.[149]

Hukukçuların Yerini Yapay Zekâ Taşıyanlar Mı Alacak?

Yapay zekâ teknolojisi, diğer birçok alanda olduğu gibi hukuki alanda da yukarıda örnek kabilinden sayılan şekil ve yöntemleriyle hızlı bir şekilde yaygınlaşmaya ve büyük gelişmelerle toplumu özellikle de iş hayatını etkilemeye devam etmektedir. Yaklaşık yirmi yıl içinde mesleklerin yerinin kabaca üçte birinden fazlasının yapay zekâ ve bağlantılı teknolojiler tarafından doldurulacağı tahmin edilmektedir.[150] Yapılan analizlere göre yapay zekâ karşısında insanların, sahip olduğu iş alanlarının neredeyse yarısını kaybetme tehlikesiyle karşı karşıya olduğu dile getirilmektedir.[151]

Bazı hukuki iş ve işlemleri, insanlara kıyasla daha mükemmel ve daha hızlı halledebildiği ispatlansa da; bu durumun, yapay zekânın, insan hukukçuların yerini alacağı anlamına gelmeyeceği savunulmaktadır.[152] Oxford ünivesitesi hukuk profesörü olan H.L.A. Hart, makinelerin, kendilerine sunulan eğitim veri setlerinin[153] (metin,

---

149 Arslan, Serdar, "Disiplinlerarası Çalışmanın Gerekliliği", Selin Çetin (ed.), Yapay Zekâ Çağında Hukuk, İstanbul, Ankara ve İzmir Baroları Çalıştay Raporu, 2019, s. 28-29, (https://www.istanbulbarosu. org.tr/files/docs/ Yapay_Zekâ_Caginda_Hukuk2019.pdf, Çevrimiçi, e.t. 12.12.2020).

150 Yılmaz, Oğuz Gökhan, "Using Ai In Judicial Practice-Can Ai Sit On The Bench In The Near Future", A Master Thesis for the YLP/IEBL Program, Kyushu Üniversitesi, Fukuoka, 2019, s. 5.

151 Küresel ekonomide 800 meslekte 2.000'den fazla iş faaliyetini analiz eden McKinsey Küresel Enstitü raporuna göre, bugünün iş faaliyetlerinin yüzde 50' sinin mevcut teknolojiler kullanılarak otomatikleştirilebileceği teknik olarak mümkün görülmektedir. Saygılı, Hilal, "Yapay Zekâ: Güçlü Ve Zayıf Yönleri", Demir, İbrahim(ed.), Disiplinlerarası Politika Vizyonu ve Stratejiler 2020, Iksad Publishing House, 2020, s.135.

152 Bununla birlikte bir kısım insanlar, gelecekte bilgisayarlı yapay zekânın, insanlardan çok daha akıllı hale geleceğinden, insanlara ait tüm işleri ve kaynakları ellerinden alacağından ve insanların soyunun tükeneceğinden kaygılanmaya başlamıştır. Yaşadığı dönemde en akıllı insanlardan sayılan Stephen Hawking başta olmak üzere Elon Musk, Max Tegmark, Sam Harris ve Bill Gates gibi bazı uzmanlar da benzer endişeleri, kısmen taşıdıklarını itiraf etmiş bulunmaktadır. Bu insanlar, böyle bir senaryonun büyük olasılıkla doğru olabileceğine inandıklarını kamuoyuyla paylaşmaktan da çekinmemişlerdir. Kelly, Kevin, "The Myth of a Superhuman AI", 2017, (https://www.wired. com/ 2017/04/the-myth-of-a-superhuman-ai/, Çevrimiçi, e.t. 17.12.2020).

153 Veri seti: Birbiriyle arasındaki ilişkinin (korelasyon) olup olmamasının bir önemi olmayan ama birden fazla türden verinin birleşimiyle oluşan veri kaynağına denir. Örneğin: Bir ilçenin bir gün boyunca ölçülen sıcaklıklarının ve nem verilerinin saniyelik olarak kaydedilmesiyle oluşmuş yüzbinlerce satırlık bilgiler, veri seti oluşturur. Eğitim veri seti: Makine öğrenmesi algoritmasının eğitilmesi için verileri tanıması ve tahminlerini bu veriler üzerinden yapması için oluşturulan settir.

görüntü, genetik verisi, sayısal ölçümler, sosyal ağlar, kullanıcı puanlamaları gibi) ne olduğunu bildiğini ancak ne olması gerektiğini bilmediğini, bunun; ancak dünyaya daha geniş bir ahlaki anlayışla bakılması sayesinde sağlanabileceğini belirtmektedir.

Yapay zekâ hâkiminin, mevcut yasaları en başarılı şekilde uygulayabileceği düşünülse bile bir temyiz mahkemesinin dönüm noktası addedilen davalarda verdiği kararlarla hukuku ileriye taşıması gibi bir fonksiyonunun olamayacağı ileri sürülmüştür.[154] Zira hukukçu olabilmek için mevzuatın sistematiğini bilmenin yeterli olmayacağı ifade edilerek, soyut normların somut olaylara göre yorumlanması ve toplumun örf-âdetine ve örf-adet hukukuna haiz olarak kanun ve hukuktaki boşlukların doldurulması gibi becerilere de sahip olunması gerektiği ileri sürülmektedir. Bunun da ötesinde insan yargıcın, gerektiğinde "takdir yetkisini"[155] kullanma yeteneğine sahip olduğu belirtilmektedir. Oysa bunların hiçbirini yapay zekâya sahip bir robot, bugün itibariyle başarabilmiş değildir. Diğer yandan bugünkü teknoloji, henüz örneğin bir yargıç olarak çalışacak kadar geniş bir beceri setine sahip yapay zekâ üretmeye hazır değildir. Zira, iyi bir hakimin yaptığı iş, araştırma, dil, mantık, yaratıcı problem çözme, sosyal beceriler gibi bir yapay zekânın başarmasının çok zor olduğu bazı kabiliyetlerin karışımından oluşmaktadır.[156]

Buna ilaveten bir efsaneden ibaret olan insanüstü yapay zekânın insana ait iş alanlarının tamamını ele geçireceği senaryosunun dayanağı olduğu dile getirilen varsayımların[157] bugüne kadar delillendirilemediği

---

(https://adviceal.com/teknoloji/makine-ogrenmesi-machine-learning-nedir/, Çevrimiçi, e.t. 02.02.2021).

154 Waddell, Kaveh, "Can judging be automated?", 2018, (https://www.axios.com/artificial-intelligence-judges-0ca9d45f-f7d3-43cd-bf03-8bf2486cff36.html, Çevrimiçi, e.t. 23.12.2020).

155 Samsung şirketinin ürettiği, Kuzey ve Güney Kore sınırında kullandığı detayları gizli tutulan yapay zekâya sahip SGR-A1 silahının, kendine özgü bir 'takdir yetkisi' ile mermilerini ateşleme inisiyatifine sahip olduğu ileri sürülmektedir. Say, 2019, s. 143. Kendisine ait takdir yetkisini kullanarak yargılama yapmak suretiyle insanların özgürlüğünü elinden alacak robot yargıçlar belki henüz üretilemedi. Ancak bu silah sistemi ve basında çıkan başka örneklerden de anlaşıldığı kadarıyla, savunma veya savaş esnasında öldürme kararı verme yetkisi konusunda insanları saf dışı bırakacak tam otonom özelliği bulunan ölümcül robotların çoktan üretildiği ve hatta kullanıldığı görülmektedir. Burada en azından beklentimiz böyle durumlarda kim ya da kimlerin ne şekilde sorumlu tutulabileceğinin uluslararası insancıl hukuk bakımından da tespitine imkân verecek hukuki müesseselerin bir an evvel oluşturulmasıdır.

156 Heikkinen, 2019, s. 24.

157 İnsanüstü bir yapay zekânın, her şeyi devralma beklentisinin, kanıtlara dayanmayan beş temel varsayım üzerine kurulu bulunduğuna inanılmaktadır. Bu fikrin daha çok dini bir inanca, bir efsaneye benzetildiği iddia edilmektedir. Bu beş varsayım; 1. Yapay zekâ, üstel bir oranda insanlardan daha akıllı hale geliyor. 2. Yapay zekâları, bizimki gibi genel amaçlı bir zekâya dönüştüreceğiz. 3. Bilgi sınırsız şekilde genişletilebilir. 4.

de savunulmaktadır.[158] Genel amaçlı ve her şeyi düşünebilen bir yapay zekânın üretilemeyeceği, çünkü İsviçre ordusu çakısı tarzı bir düşünme biçiminin, hayal edilebileceği ve hatta icat da edilebileceği ancak genel birçok amaçlı bir ünitenin özel işlev için üretilenlerden daha iyi performans göstermesinin mümkün olmadığı belirtilmektedir. Her konunun bütün boyutlarıyla ele alınarak optimize edilmesinin de mümkün bulunmadığı ifade edilmektedir.[159]

Problemler karşısında hayatta başarılı olmanın sadece bilgi ve bu bilgiler arasında bağlantılar kurmak üzerine konumlandırılan yapay zekânın altından kalkabileceği bir husus olmadığı ileri sürülmektedir. Bunların yanında doğru bilgiye, sadece düşünülerek erişilemediği, bilgi ile birlikte bu bilginin hayatta deneyimlenerek birçok ara bilginin elde edilmesi ve bunların harmanlanması ile en nihayetinde doğruya ulaşılabildiği vurgulanmaktadır. Bu düşüncede olanlara göre, salt düşünme (bilgi), bilimin yalnızca küçük bir parçasıdır. İnsanın düşünme ekosistemleri bulunmaktadır. Tek bir biliş türüne sahip olmayan insanoğlu bedeninde, tümdengelim, tümevarım, sembolik akıl yürütme, duygusal zekâ, uzaysal mantık, kısa süreli bellek ve uzun süreli bellek gibi birçok düşünce çeşidini barındırmaktadır. Nihayet düşünme işinin sadece beynimiz tarafından değil tüm bedenimizle gerçekleştirdiğimiz bir süreç olduğu ifade edilmektedir.[160]

Süper zekâ bulunduğunda sorunlarımızın çoğunu çözebiliriz. 5. İnsan zekâsını silikon içinde yapabiliriz.

158 Kelly, 2017.

159 Sadece belli bir konuda "zekice" davranma yeteneği gösteren ancak başka alanlardan hiçbir şey anlamayan "dar yapay zekâ" uygulamalarıyla, akıl yürüten, problem çözen, planlama yapıp; kompleks düşünme yetilerine sahip insan kadar akıllı olan "genel yapay zekâ-insanüstü yapay zekâ" arasında elde edilen gelişmeler itibariyle bir ayrım yapmak gerekir. Bir arabayı sürmekten, satranç ile go oyununa, tıbbi teşhisten, Amazon'da bir ürün aradıktan sonra Trendyol sitesinde o ve benzer ürünlerin sizin için önerilmesine kadar birçok alanda başarılı dar yapay zekâlar üretilmesine rağmen henüz gelecek senaryolarında uzun dönemli mesele olarak görülen ve uzmanlarca *bilinmeyenin bilinmeyenleri* veya *siyah kuğu* olarak değerlendirilen genel yapay zekâ, yapay bilinç, yapay ahlak ajanları veya süper zekâ gibi türler henüz bulunmamaktadır. Muller, 2020, s. 20.

160 Kelly, 2017. Kendi içinde mantıksal bir kurguya sahip ve doğruluğu olan salt bilgiye dayalı her ne ad altında olursa olsun yapay zekânın, hayatta birçok gelişmeyi başarabileceği varsayılabilir. Ancak hayatın odağında bulunan insanın mutluluğunun yolundaki başarılarının yapay zekâya bağlanabileceği beklentisinin büyük bir hayal kırıklığı ile sonuçlanacağını düşünmekteyiz. Zira, soyutluk ve görecelik değerlendirmelerini bir kenara bıraktığımızda, insanın tüm hayatını, salt bilgiye dayalı sürdürmediği, çocukluktan itibaren çevresinden görüp, dinleyerek, okuyarak ve yaşayarak edindiği tüm bilgileri; salt insan olmanın getirdiği duygu, ahlak, anlayış, muhakeme etme, sezgi, inanç, empati ve çıkarım yapabilme vb. yetileriyle kişinin içinde bulunduğu durum ve ortamla etkileşim içinde o zamana kadar ki edinmiş olduğu tecrübe ve deneyimlerin de katkısıyla yaptığı değerlendirme sonucunda kullanarak tüm yaşamını sürdürdüğüne inanmaktayız. Buna ilaveten insan, salt bilgiye dayalı olarak değil ve fakat unutarak, affederek, çeşitli saiklerle görmezden gelerek,

Bunun karşısında bazı görüşlere göre ise, yapay zekânın ileri seviyelerde kullanımının başarılmasıyla bazı hukuk mesleklerini icra edenlerin büyük çoğunluğunun 21. yüzyılın ilk yarısının sonuna doğru işlerini kaybedecekleri ileri sürülmektedir.[161]

Teknolojideki hızlı gelişmelere rağmen henüz doktorların yerini alamayan robotların, hâkimlerin yerini alması da mümkün gözükmemektedir. Hâkimler, mahkemenin her davadaki nihai kararı üzerinde kontrol sahibi olmaya devam edecektir. Bununla birlikte kendi hukuki birikim ve kabiliyetleri ile birlikte yapay zekâ içeren karar destek sistemlerinin birleşimi, hâkimlerin önlerindeki davalarda daha iyi kararlar vermesini sağlayabilecektir. Hatta gelecekte, mahkeme heyetleri, yapay zekâlara ek olarak kalifiye insan hâkimlerden oluşturularak, yanlış kararlardan doğacak sorumluluk tümüyle insan üyelere ait olacak şekilde kurulabilecektir.[162] Bununla birlikte yapay zekâya kapılarını aralayan hukuk dünyasında hâkimler ve diğer hukukçular, yapay zekâ uygulamalarının sınırlarını anlayacak şekilde eğitilmek zorundadırlar. Böylece, yargının "dijital dönemine" insanların güveninin sağlanmasına yardımcı olunabilecektir.

Yapay Zekânın Sorumluluğu Meselesi

Şimdilik belirli bir seviyede olsa da, belli fonksiyonlarını yapay zekâ ile yerine getirebilen günümüz robotlarının atası sayılan bir robotun ilk kez insan öldürmesi nedeniyle tazminat bedeline hükmedilmesinin üzerinden kırk yıldan fazla bir süre geçmiştir.[163]

---

vazgeçerek, mazur görerek, yorularak, güçsüz düşerek veya acıyarak bildiği birçok bilgiyi kullanmaz veya kullanamaz ve gereğini yapmaz. Bu şekilde konusunda her şeyi bilebilecek ve bilmesi nedeniyle de kodunda bulunan ilgili talimatları hukukla bağlantısı olsun veya olmasın uygulayacak durumda olan yapay zekânın ortaya çıkaracağı varsayılabilecek otoriter ve acımasız, sözde mutlu ve başarılı bir yaşam tarzına insan katlanamayacaktır. Hayatta mutlu ve başarılı olmak için sosyal ve duygusal zekânın bilgiye dayalı zekâdan daha önemli ve hayati olduğu ciddi şekilde savunulmaktadır. Bir yapay zekânın, kameralar, yüz tanıma teknolojisi, duygu durum analizi, vatandaşın profili ve geçmişi gibi bilgileri değerlendirerek bazı insanların suç işleme potansiyeli olduğunu tahmin edebileceğini düşünelim. Herhalde yeryüzünde göz altına alınmayan çok az sayıda insan kalırdı.

161 2035-2050 yılları arasında avukatların yaklaşık yüzde sekseninin, yapay zekâ karşısında mesleklerini kaybedecekleri düşünülmektedir. Uyan, 2020, s. 72.

162 Say, 2019, s. 174.

163 Olay 1979 yılında ABD Michigan eyaletinde bulunan Ford fabrikasında gerçekleşmiştir. Montaj hattında çalışan 25 yaşındaki işçi Williams, depolama tesisinde parçaları toplayan robotun kolunun ona çarpmasıyla anında ölmüştür. Williams'ın ailesi daha sonra 10 milyon dolar tazminat almıştır. İlginç olan Williams'ın ölümünün, Karel Capek'in Rossum'un Evrensel Robotları adlı oyununun galasının 58. yıldönümünde gerçekleşmesidir. Kravets, David, "Jan. 25, 1979: Robot Kills Human", (https://www.wired. com/ 2010/01/0125robot-kills-worker, Çevrimiçi, e.t. 20.01.2021).

Elbette burada hakimin aleyhine tazminat kararı verdiği sorumlu, işletme ve içindekilerden mesul olan olan firmaydı.

İnsanlar, işlerini devredebileceği makineleri icat etmekle birlikte aynı insanlar, bu makineleri çeşitli nedenlerle kendi kontrolü dışına çıkarmak için gün geçtikçe bunlara özerk karar alabilme yetkisi verebilmek için uğraşmaktadır. Peki, kısa bir süre sonra günlük hayatımıza girmesi ümit edilen yarı otonom veya tam otonom yapay zekâ nesnelerinin karıştığı kazalardan kim ya da kimler sorumlu tutulacaktır?

Yapay zekâlı sistemler tarafından insanın müdahalesi olmaksızın verilen otonom kararlara dayalı davranışların sonucunda insanların hayat ve beden bütünlüğü, sağlık, özel hayatının gizliliği, kişisel verileri, şeref ve haysiyeti gibi kişilik hakkı kapsamındaki kişisel değerlerine müdahale edilmesi bir yana bazı etik olmayan veya iktisadi alandaki yanlış çözümlemeleri neticesinde verilen kararlar nedeniyle maddî ve manevî zararların oluşması mümkündür.

Özellikle askerî veya tıp gibi insan hayatının birinci derecede önemi haiz olduğu hassas alanlarda yapay zekâ sistemlerinin kullanılması neticesinde verilen otonom kararlar ile yaşam hakkının sonlandırılması yahut insanın sağlığına veya vücut bütünlüğüne zarar verilmesi, sürücüsüz otonom araçların sensörleri veya yazılımlarındaki bir hata nedeniyle trafik kazalarına[164] sebep olunması, önleyici kolluk görevini ifa eden gözetleyici yapay zekâ sisteminin, örneğin otonom gözetleme yapması öngörülen bir drone tarafından kaydedilen görüntülerin işlenerek bir şekilde açık edilmesi ile özel hayatın ve mahremiyetin gizliliğinin ihlâl edilmesi, elektronik ticarette veya banka işlemlerinde kullanılan yapay zekâ tarafından müşterilerin kişisel verilerinin başka firmalarla paylaşılması, borsada yapılan alım satımlar arasındaki bağlantılar veya insanların bu konudaki alışkanlıklarının mantıksal yolunu keşfedebilen uzman bir yapay zekânın yanlış hesaplamaları nedeniyle yol açtığı inanılmaz büyüklükteki maddi kayıpların[165] yaşanması gibi örnekler de göstermektedir ki; artık yapay zeka kullanımı, halihazırda insanlar tarafından günlük hayatta birçok

---

[164] 2018 yılında Amerika'nın Arizona eyaletinde otonom test sürüşü yapan Uber'e ait bir otomobilin, karıştığı trafik kazasında yaya olan kadına vurmasıyla kadının hayatını kaybettiği olay esnasında araç içinde bir kullanıcının bulunduğu ve aracın o sırada otonom modunda bulunduğu bildirilmiştir. (https://www.theguardian.com/technology/2018/mar/19/uber-self-driving-car-kills-woman-arizona-tempe, Çevrimiçi, e.t. 17.11.2020).

[165] 6 Mayıs 2010 yılında ABD Borsalarında, sonradan sorumlu olarak tutuklanacak olan tüccar Navinder Singh Sarao'nun ticaret algoritması, büyük hacimli menkul kıymetlerin agresif bir şekilde satılması ve alınmasna neden olduğundan, mali piyasalarda muazzam fiyat oynaklığı oluşturmuştur. Borsada yaşanan bu Flash Crash olayında yaklaşık bir saat içerisinde, 1 trilyon dolarlık kayba sebebiyet verilmiştir. (https://tr.pharoskc.com/2831-what-is-the-2010-flash-crash, Çevrimiçi, e.t. 07.10.2020).

alanda deneyimlenmesi çok mümkün gözükmekle birlikte hukuki sonuçları olan olaylardır.[166]

Günümüzde teknolojinin doğurduğu en önemli sonuç hemen her alanda devasa bilgi birikimlerine (big data)[167] ulaşılmış olmasıdır. Özellikle internet başta olmak üzere gelişen bilişim ve iletişim teknolojileri, söz konusu büyük verinin paylaşılmasının çok kolay ve hızlı bir şekilde gerçekleştirilmesini olanaklı kılmıştır. Öyle ki, neredeyse göz açıp kapayıncaya kadarki kısa bir sürede çok büyük miktarlardaki verilerin saklanması, işlenmesi ve aktarılması mümkün olmaktadır. Bu kolaylıkların yanında verilerin izinin takibiyle, bunları saçan veri sahiplerine ulaşmak da bir o kadar kolay gözükmektedir. Böyle bir imkan, sağladığı yararların yanında fertlerin kendilerine ait olan başta şahsi özelliklerinin ve kişisel bilgilerinin, bunlarla hiçbir bağlantısı bulunmayan üçüncü şahısların eline geçmesi ve bu kişiler tarafından hukuka aykırı biçimde kullanılması riskinin[168] doğmasına neden olarak, bu konuda ciddi endişeler oluşturmaya başlamıştır.

Bu kapsamda yapay zekânın, kişisel verileri nasıl ve hangi amaçlarla kullanabileceği, hangi durumlarda paylaşabileceği, nihayetinde oluşabilecek hukuksuz ve/veya insan haklarına aykırı kullanımlarda yasal sorumluluğun kimde olacağı gibi birçok hukuki problemin çözüme bağlanması gerekmektedir. Burada bilhassa bireylerin özel hayatının gizliliği ve özel hayata saygı hakkı kapsamında mahremiyet ve giz alanı, büyük bir öneme sahiptir. Mahremiyet hakkı, uluslararası sözleşmeler ve ulusal yasalarla korunmaya çalışılmış ise de, günümüz teknolojisi ile yapay zekânın geleceğinin, söz konusu hak[169]

---

166 Akkurt, 2019, s. 44.

167 Araştırmalar, 2010-2018 yılları arasında internet ortamındaki veri artışının 33 zetabayt ve 2025 yılıdaki veri artışının ise 175 zetabayt olacağını tahmin etmektedir. Bu veri hacmi üstel şekilde artarak büyük veri kavramını ortaya çıkarmaktadır. Kızrak, 2019, s. 18.

168 2016 yılında ABD'deki başkanlık seçimlerinde oylamaların, Cambridge Analytica isimli şirket tarafından 50 milyon seçmenin bilgilerinin elde edilmesiyle bu bilgilere dayalı kampanyalar yürüten adaylarca sürpriz şekilde kazanılmasıyla sosyal medyada insanların eylemleri hakkında umursamaz şekilde ortaya saçtığı verilerin ne kadar önemli olduğu anlaşılmıştır. Facebook, kullanıcılarının sadece neleri beğendiğinden yola çıkarak kişilerin birçok özelliğini tahmin edebilen bir sisteme sahipti ve bilgileri, insanların haberi olmadan çıkar için birilerine vermişti. Bu sistem sayesinde bir kullanıcının ırkını % 95, cinsel yönelimini % 88, siyasi parti tercihini de % 85 doğruluk payı ile tahmin etmesi için bu kişinin sadece 68 beğenisinin görülmesi yeterliydi. Say, 2019, s. 142.

169 Mevcut akademik ve adli metinlerden faydalanılmak suretiyle mahremiyet kavramının, altı farklı başlık altında sınıflandırılabileceği ifade edilmektedir. Buna göre mahremiyet; 1) yalnız bırakılma hakkı; 2) başkalarının istenmeyen erişimlerini engelleme hakkı; 3) gizlilik-belirli konuların başkalarından gizlenmesi hakkı; 4) kişisel bilgiler üzerinde kontrol hakkı; 5) kişiliğinin, bireyselliğinin ve saygınlığının korunması hakkı; ve 6) kişinin yakın ilişkileri veya yaşam biçimi üzerindeki kontrol hakkı. Lindroos-Hovinheimo, 2017, s. 32.

üzerinde maksimum düzeyde müdahale edebilecek nitelikte tasarlanması ve üretilmesi nedeniyle bu hukuksal koruma yetersiz kalacak gibi gözükmektedir.

Kamu idarelerinde yoğun şekilde kullanılacağı öngörülen yapay zeka sistemleri ve uygulamalarını düzenleyecek olan gerekli etik ilkelerin ve hukuki çerçevenin nasıl olması gerektiği konusunda henüz uzlaşı sağlanamamıştır. Örneğin yapay zeka ile donatılmış otonom silahların etik ve hukuki düzenlemelerin neresinde bulunması gerektiği belirsizliğini korumaktadır. Ölümcül otonom silahların "kendilerine ait bir bilinci" kazanması ve insan haklarını hiçe sayan birisi yahut bir devlet tarafından diğer insanlara veya devletlere karşı konumlandırılması halinde büyük olasılıkla hiç kimse, bu teknoloji için üretilmiş bir 'stop butonu' bulamayacaktır. Bu ve benzeri nedenlerle yapay zekânın algoritmalarına işlenerek tüm insanlık için geçerli olacak doğru davranışların kapsamının belirlenmesi ve yapay zekâ ile ilgili hem ulusal ve hem de uluslararası düzenleyici metinlerin yürürlüğe konulması, yukarıda örnek olarak verilen tehdite ilişkin olasılıkların önlenmesi için hayati önemi haiz olacaktır. Aksi taktirde şu an için birkaç ülkenin silolarında depolanmış vaziyette bulunan ve kullanılmadığı müddetçe insanlığa bir zararının dokunmayacağına inanılan nükleer silahlardan daha tehlikeli otonom silahlara birçok ülkenin sahip olabileceği ve bunların depolarda bekletilmesi yerine sahada kullanılma ihtimalinin çok daha fazla olduğu bir döneme girileceği öngörülmektedir.[170]

Bu nedenle teknoloji ve yapay zekâ konusunda hukuk düzleminde çalışmalara bir an önce başlanması, etik ilkelerin belirlenmesi ve standart düzenlemelerin yapılması yoluna gidilmesi, ülkelerin ele alması gereken elzem bir iş olarak orta yerde durmaktadır.

Bu tür yapay zekâ sistemleri gibi kendini süren otomobiller yanında borsada insan ötesi hızlarda alım/satım yapabilen otomatik sistemler hâlihazırda kullanılmaktadır. Bu tür kullanımlar daha da artacak gibi gözükmektedir. Bu sistemlerin hukuk alanındaki düzenlemelerin hayata geçirilmesindeki yukarıda sayılan bazı zorluklar nedeniyle öncelikle, gerçek hayatın karmaşıklığında tasarımcılarının öngöremediği durumlarda bile "doğru-makul-herkesçe kabul edilebilir" davranışlarda bulunmalarını temin edecek "etik" bir anlayışın programlanması gerekmektedir.[171]

Teknolojik ilerlemenin gelinen aşamasında, yapay zekâ sistemleri, sadece insanın karar alma mekanizmasını taklit etmekle birlikte karar vermenin sosyal ve etik boyutlarını anlayabilecek seviyede değildirler. Böyle bir durumda şöyle sorular ortaya çıkacaktır: Bir karar otomatik bir

---

[170] Uzun, 2020, s.143.

[171] Say, 2019, s. 169.

sistem tarafından desteklendiğinde veya verildiğinde kim sorumlu olacaktır? Hâkim, kanun koyucu mu, yoksa sistem geliştiricisi mi? Akıllı makinenin fonksiyonunu yanlış icra etmesinin sonuçlarından kim sorumludur? Nitekim, yapay zekânın isteneni hatalı veya düşük uyumla vermesinin sebepleri; yapay zekânın yaptığı hangi işlemin sonuç üzerinde ne kadar etkisi olacağının kötü şekilde belirlenmesi ile giriş ve çıkış verileri arasında zayıf bağlantıların ortaya çıkmasına neden olan yetersiz veri setlerine kadar uzanabilecektir.[172]

Yapay zekâ kullanıcısının, masumiyetine ilişkin kanıtı nasıl ortaya çıkarabileceği sorusu, çözülmemiş bir problem olarak ortada durmaktadır. Bu çerçevede yapay zekâ sistemlerinin karmaşıklığı ve anlaşılmazlığı ile diğer zorluklar karşısında algoritmaların programlar, yüksek riskli yapay zekâ sistemlerini eğitmek için kullanılan verilere ve bir sorun yaşandığı esnadaki verilerin kendisine ait kayıtların, daha sonra uygulanacak teknik ve hukuki kurallara uyumluluğun etkili bir şekilde doğrulanabilmesi için yetkili makamlarca test veya muayene edilmek üzere istendiğinde verilmek amacıyla makul bir süre saklanması gerektiği dile getirilmektedir.[173]

Kullanıcı hangi koşullar altında tamamen tedbirli kabul edilebilecektir? Ayrıca interneti büyük ölçüde etkileyen sistematik arızaların veya büyük çaptaki virüs saldırılarının da mücbir sebepler olarak değerlendirilmesi gerektiği ileri sürülmektedir.[174]

Yapay zekâ sistemleri, ahlaki-etik bir omurgadan yoksun olsalar bile ihtiyari kararlar verebilirler mi? Bireysellik ilkesini korurken bireylere onurlu davranmak için doğru kararlar alınmalıdır. Davanın taraflarının güveni de dikkate alınmalıdır. Yapay zekâ kullanarak, insan dokunuşunu, adli karar alma sürecinden çıkarabilir ve böylece tarafların yargı sistemine olan güvenini zayıflatabiliriz. Bu nedenle bir karar verirken ele alınması gereken ihtiyari hususların, bazı konuların değerlendirilmesi yani belli bir etik-ahlak-sosyal anlayışla tartılması gerektiğinden kararın verilmesi sadece yapay zekâya bırakılmayarak insan gözetimine tabi tutulmalıdır.[175]

Sorumluluğun tespit edilmesinde asıl problem gerçek anlamda yapay zekâ açısından ne olacağıdır. Son kararı kendisi verebilecek yapay zekâlı bir robotun araba sürücüsü[176] olması ve arabayı çarpmamak

---

172 Gyuranecz/ Krausz/ Papp, 2019, s. 17.

173 White Paper On Artificial Intelligence - A European approach to excellence and trust, s. 19-20, European Commission, (https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/commission-white-paper-artificial-intelligence-feb2020 _en.pdf, Çevrimiçi, e.t. 14.01.2021).

174 Bayamlıoğlu, 2008, s. 50.

175 Gyuranecz/ Krausz/ Papp, 2019, s. 18.

176 Yapay zekâlı sistemler faaliyete girdiğinde gerçekleşmesi umulan faydalardan en muhtemel görünenlerin; yakıt tasarrufu sağlanması, kaza şiddetinin azalması ile

adına[177] başka birine çarpması halinde kasten ya da taksirle öldürme suçunun faili kim olacaktır?[178] Başka bir ihtimalde, cerrahi operasyon yapabilen bir robot ihmali neticesinde hastanın ölümüne sebep verirse sorumlu kim olacaktır? Yapay zekâlı robotun kendisi[179] mi, eğer bir sahibinin olduğu kabul edilirse sahibi mi, yoksa robotun üreticisi mi veya programcısı mı sorumlu olacaktır?

Robotlar ve robotik teknoloji hayatımıza farklı farklı şekillerde girmektedir. Yürürlüğe konulacak mevzuatın bu farklı biçimlere tek bir bakış açısından bakabilmesi, onların farklı biçimlerinden ziyade bu sistemlerin işlevini ele alması gerektiği ileri sürülmektedir. Örneğin; yakın gelecekte çevremizde göreceğimiz androidler (insansı robot) hakkında sadece insana benzemeleri nedeniyle biçimlerine bakmak suretiyle asıl işlevlerini göz ardı ederek araçlar hakkındaki düzenlemelerden farklı bir kategoriye koyma yanılgısına düşülmemesi gerektiği savunulmaktadır.

Bu görüşe göre, örneğin, insan şeklindeki bir androidin antropomorfize (insanileştirme) edilerek aşırılığa kaçma hatasına

---

ölümlerin ve ağır yaralanmaların azalması, trafik sıkışıklığının azalması ve seyahat sürelerinin kısalması olarak gerçekleşeceği ifade edilmektedir. Nasır/ Özçelik, 2017, s. 593. Kanaatimizce, böyle bir hedefe ulaşılıncaya kadar bu tür araçların ilk sürümlerinden kaynaklanan birçok sorun ile karşılaşmaya devam edeceğiz.

[177] Otonom araçlar üzerinde yapılan çalışmalar sayesinde yakın bir zamanda erişileceği varsayılan özerk sürüş esnasında önde giden araçların durumundan kaza yapma olasılıklarını hesap ederek ona göre tedbirli sürüş moduna geçen araçların, oluşan kazadan insanları ve kendini kurtaracağı anların haber konusu olmasının heyacanla beklendiği dile geterilmektedir. Say, 2019, s. 122. Yapay zekâ alanındaki yoğun araştırmalar sayesinde en çok gelişmelerin deneyimlendiği alanlardan birisi otonom araçlardır.

[178] Yapay zekâ ile donatılmış bir araçtan, "yol üzerindeki canlılar arasında ve/veya taşıdığı canlılar arasında hayatlarını korumak bakımından hangisine öncelik vermesi gerektiğine ilişkin etik bir ayrım yapmasının beklenemeyeceği ifade edilmektedir. Zira böyle bir ayrımın kısıtlı düşünme yeteneği ve değerleri olan insanlar için bile zor olduğu öne sürülmektedir. Say, 2019, s. 170. İnsanlar ile yapay zekâ arasındaki böyle bir karşılaştırmada, insanların yaptıkları tercihlere göre davranışlarını icra ederken eylemlerinin sonuçlarını da göz önünde bulundurabilme yeteneklerinin varlığını yazarın değerlendirmesi gerekirdi şeklinde bir itiraz yapılabilecektir. Sonuçta hak ve hukuk temelli bir insan dünyasına adım atmak üzere olanlar yapay zekâlı nesnelerdir, insanlar değil. Bizden onları anlamamızın beklenmesi yerine, atılacak doğru adımın, bunların eylemlerinin sonuçlarından kimin, ne derecede ve hangi şartlarla sorumlu olacağının tespit edilmesidir.

[179] Tüzel kişilerin veya insan dışındaki diğer canlıların ceza sorumluluklarının kabul edilmemesindeki temel gerekçenin bunların özgür iradeye dayalı olarak hareket edemeyecekleri düşüncesidir. Otonom araçların, insanlar gibi öğrenebileceği ve bazı kararlar verebileceği ileri sürülse de öğrenme becerileri ve karar verme yeteneklerinin özgür bir iradeyi oluşturmaya yetmeyeceği ifade edilmektedir. Bunun dışında otonom araçların hareketlerinin ceza hukuku açısından fiil sayılamayacağı da belirtilmektedir. Pekmez, 2018, s.183-184.

düşülmesi halinde robota göre, tasarımcıların, robotun eylemlerinden daha az sorumlu tutulması söz konusu olabilecektir.

Eğer arabamızı otobanda sürüyorsak ve direksiyonu çevirdiğimizde tepki vermiyorsa, bu kesinlikle üreticinin hatasıdır. Arabayı bir android sürüyorsa ve bir dönüş yapmaya çalışırken elleri direksiyonda kayıyorsa, robot üreticisini sorumlu tutabilecek miyiz? Muhtemelen hayır. Bu, aynı sonucun (otomobilin beklenmedik bir şekilde otoyoldan ayrılması), aracı kimin veya neyin sürdüğüne bağlı olarak farklı şekilde düzenlendiği anlamına gelecektir.

Böyle bir anlayış, androiddeki algı ve muhakeme teknolojisini alıp arabanın içine, kaputun altındaki bir kutuya yerleştirdiğimizde sorunlu hale gelmektedir. Şimdi, teknoloji arabanın bir parçası olduğu için bir araba olarak algılanmaktadır. Fiziksel olarak android gövdesinde bulunurken, android olarak algılanmaktadır. Bu durumda işlevi değil biçimi yasalaştırmış olmaktayız. Aynı sensörler ve aynı yazılım aynı sonucun ortaya çıkmasına neden olmasına rağmen bunu yasal açıdan iki farklı konumda görmeye çalışmış olmaktayız.[180]

Kamuya ait bir gücün kullanımı olan adli karar alma sürecinde kullanılacak yapay zekânın üretimi konusunda yasal bir zemine dayanan sorumluluk kriterlerinin iyi belirlenmesi gerekmektedir. Zira, özel şirketler tarafından tasarlanan risk değerlendirme araçları gibi otomatik karar verme süreçlerinin adli karar alma süreçlerine uygulanması halinde kamusal gücün, bir şekilde özel şirketlere devredildiğinin farkında olunmalıdır. Yapay zekânın kullandığı veri setlerini ve algoritmaları özel şirketlerin tasarlamalarına izin vererek, aynı zamanda özgürlük hakkı gibi temel insan haklarını ilgilendiren kararları etkilemeleri için de yetki verilmektedir.[181]

Bir beden ve duygu dünyasına sahip insan için tespit edilmiş olan ceza yaptırımlarının, çeşitli metallerden yapılmış, duygulardan yoksun bir robot için pek de anlamlı olmayacağı gözükmekle birlikte yapay zekâya sahip robotun yaptığı bir işin sonucundan pişmanlığı yahut ona verilecek ceza sonrası ıslah olması gibi insani özellikleri ne kadar taşıyabileceği veya hakkında ne tür güvenlik tedbirlerine hükmedilebileceği gibi sorunlu birçok konu başlığı karşımızda durmaktadır.

---

180 Richards/ Smart, 2013, s. 2.

181 Veriye dayalı bilgi çağında çok yakın bir zamanda hukuk dahil hemen her alanda şeylerin internetine adım atılmak üzere iken bilgiye erişim konusunda çok az istisna dışındaki verinin, kamu-özel ayrımının kalkacağı ileri sürülebilecektir. Bu anlamda web arama motoru Google'ın temel algoritmalarının geliştiricisi ve Google şirketinin kurucularından olan Larry Page'in verdiği bir demeç manidardır. Page, dünyanın bilgisini yönetmeyi ve evrensel olarak bunun kullanılmasını ve erişilebilir olmasını hedeflediklerini açıklayarak insanların demokratik kurumlardan daha fazla Google'a, güvenmesi gerektiğini savunmaktadır. Zuboff, 2019, s.60.

Diğer yandan bir robotun diğer bir robota karşı gerçekleştirdiği bir eylemin sonucunda ortaya çıkacak bir uyuşmazlığa günümüz hukuk düzeni içerisinde uygun cevap bulmak da mümkün gözükmemektedir. Yapay zekâlı robotun bir diğer robotu yaralaması veya başka bir robota zarar vermesi gibi bir olasılıkta herkesi tatmin edecek bir cevap bulunması zorunludur. Bu nedenle yapay zekâlı robotların da hukuk süjesi olarak kabul edilip edilmeyeceği veya kabul edilecekse yerinin insan-eşya-hayvan arasındaki bir skalada nereye daha yakın konumlandırılacağına karar verilmesi ile kendi aralarında yaşanacak uyuşmazlıkların nasıl çözümleneceği sorusunun hukuk tarafından açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

Otonom araçların, sürücüsüz ya da sürücünün az müdahalesi ile seyir halinde bulundukları sırada çevrelerindekilere verdikleri bir zarardan dolayı özel hukuk bakımından sorumlu tutulmaları özel hukukta hem kusursuz sorumluluğun kabul edilmesi noktasında hem de tüzelkişilerin de hukuki sorumluluklarının olması bağlamında kolay çözülebileceği belirtilmektedir. Burada özel hukuktaki araç işletenin sorumluluğuna benzer şekilde bir uygulamayla otonom araç işletenin sorumluluğuna gidilebileceği dile getirilmektedir.

Buna karşılık bir sürücüsü bulunmayan ya da dış müdahalenin etkisinin azaltıldığı otonom araçlarda cezai sorumluğun bu yeni teknoloji bakımından değiştirilerek öncelikle otonom araçlara bir "araç" olarak bir sorumluluk yüklenip yüklenemeyeceği konusu açıklığa kavuşturulduktan sonra bunların cezai sorumluluklarının kabul edilmemesi ihtimalinde ortaya çıkan zarardan kimin sorumlu olacağının belirlenmesi gerektiği ifade edilmektedir.[182]

Modern yasalarda suç sayılan bir eylem nedeniyle suç failini cezalandırma yetkisi devlet otoritesine ait bulunmaktadır. Günümüzde veya gelecekte yapay zekâ ile donatılmış robotik teknolojinin suç olan bir eylem gerçekleştirmesi halinde bu robotun mevcut mevzuat bağlamında fail olarak cezalandırılması mümkün gözükmemektedir. Bu durumda böyle bir eylem nedeniyle robot yapımcısı, programcısı, satıcısı, kullanıcısı veya hack[183]'leyen gibi kişiler cezai anlamda sorumlu tutulabilecektir.[184] Bununla birlikte tam otonom yapay zekânın cezalandırılmasının mümkün olup olmadığına ilişkin gerekli ve felsefi

---

[182] Pekmez, 2018, s.181.

[183] Hack kelime anlamı olarak 'kırmak', bilgisayar gibi yazılım sistemlerinde ise, sisteme izinsiz erişim elde etmek, demektir. Aslında "hack'lemek" bir sisteme farklı yöntemler denenerek, sistemin zafiyetlerinin tespit edilmesi ve bu zafiyetler kullanılarak ilgili sisteme ikinci bir erişim yolu elde etmektir. Bu eylemi gerçekleştiren kişilere ise "hacker" denmektedir. (https://www.easoftware.org/yazilim/hack-nedir-hack-nasil-yapilir, Çevrimiçi, e.t. 11.01.2021).

[184] Ersoy, 2017, s. 74.

boyutu olan soruya geliştirilecek geniş bir ceza hukuku bağlamında olumlu cevap verilebileceğini savunanlar bulunmaktadır.[185]

Ceza hukuku dışında, yapay zekânın, başta medeni hukuk olmak üzere borçlar, ticaret, patent, fikri ve sınai haklar hukuku alanlarını etkileyeceği ve bu alanlarda ortaya çıkaracağı hakların[186] ve yükümlülüklerin sahipliğine ilişkin sorunların çözümünü sağlamak üzere düzenlemelerin neler olabileceği konusunda fikri seviyedeki çalışmalar dikkatli ve sistematik bir biçimde incelenmelidir.

Yapay Zekânın Hukuki Statüsü

Yapay zekânın, somutlaştırmak gerekirse bir robotun insanların yaptığı herhangi bir işi en az onlar kadar iyi yapabilmeleri bu alanda çalışanların hedefleri arasında bulunmaktadır. Dünyada halihazırda yürütülen çok sayıdaki çalışmanın bir kısmının bile başarıya ulaşması halinde günlük hayatta göreceğimiz yapay zekâ ürünlerinin sayısının oldukça artacağı öngörülmektedir. Geçmişte yapay zekâ uygulamalarının ilk örnekleri fabrikalarda kullanılan robot kollardı. Günümüzde ise yapay zekânın oldukça ileri sürümlerinin hayata geçirildiği görülmektedir. Somut örnek vermek gerekirse, Sophia isimli humanoid robot 2016 yılında kamuoyuna tanıtıldıktan bir yıl sonra bir ülkenin vatandaşlığını alan ilk yapay zekâ nesnesi olmuştur.[187] Kısa bir süre sonra bu ve daha gelişmiş yapay zekâ örneklerini görmemize neredeyse kesin gözüyle bakılmaktadır. Bu nedenle gelişmiş yapay zekânın insanlarla ve çevreleriyle etkileşim içinde bulunmasıyla ortaya çıkacak olayların sonuçlarından bunların ne seviyede sorumlu olacağına ve hangi haklara sahip olacağına karar verilmesi gerekmektedir.

Bu konuda bir sonuca varabilmek için de hakların ve sorumlulukların sahipliği ve kişi kavramları ele alınmaladır. Yirminci yüzyılda geniş manada kişi kavramı üzerine yapılan tartışmalar; kişiyi belirli ampirik (zihinsel) kriterlere göre tanımlayan, Locke'ın deneycilik görüşüne dayalı tanımlayıcı yaklaşım ile kişinin değerlerin taşıyıcısı olduğu gerçeğine vurgu yapan aksiyolojik yaklaşımı arasında geçmektedir.

Bireylerin davranışlarına temel teşkil eden değerleri araştıran aksiyolojik anlayışın savunucularına göre bir kişinin etik değeri,

---

185 Yılmaz, 2019, s. 26.

186 6 Mart 2019 tarihinde Londra'da Sotheby's müzayede evinin, 280 bin TL'ye yapay zekâ ürünü insan portrelerini açık artırma ile satışa çıkarması örneğinde olduğu gibi; yapay zekânın iş ve eylemleri ile bunun sonuçlarından kimlerin sorumlu olacağı ve olumlu-olumsuz etkileneceği, haklarından yararlanacağının belirlenmesi gerekmektedir. https://www.sothebys.com/en/articles/artificial-intelligence-and-the-art-of-mario-klingemann, Çevrimiçi, e.t. 12.12.2020).

187 Yılmaz, 2019, s. 8.

ontolojik olarak öndedir ve kişi; tanımlayıcı yaklaşımın[188] aksine örneğin ciddi bir özürlülük, fetüs veya bebek gibi kişisel gelişim durumlarından kaynaklanan olası zihinsel niteliklerden bağımsızdır. Bir kısım düşünürlere göre insan türü, doğadaki diğer canlılardan, kendisine bahşedilen akıl yürütme becerisi ve haysiyet sayesinde keskin bir ayrımla üstün kılınmıştır.[189]

Hukuk ve hukuki düşünce tarihi, bugün eşya ve kişiler arasındaki ayrımın eskiye oranla daha da keskin hale geldiğini kanıtlamaktadır. Örneğin, Avrupa ve Amerika hukuk sistemlerinde de olduğu gibi Roma hukukuna göre bir kölenin gerçek statüsü birçok açıdan koşullara bağlıydı. Köleler kişi olarak görülmeyip efendilerinin malı olarak kalsa bile, bazı durumlarda kendilerine kanunla korunabilecek bazı sübjektif haklar verilmekteydi. Öte yandan hayvanlar, kişi olarak muamele görmemekle birlikte, yüzyıllar boyunca bazen işledikleri bir kabahat dolayısıyla cezai olarak sorumlu tutulmuş ve gerçekten olağan mahkemelerde yargılanmıştır.[190] Buna karşın hukuk, insanlar tarafından ve onlar için yapıldığından, hayvanları koruyan kanunlar olsa da ya da bilinçten bahsedilemeyen bitkisel hayattaki insanları kapsasa da, insanlara özgüdür ve beşeri olarak değerlendirilmelidir. Bu sebeple çok zeki ve kompleks bir düşünce sistemi bulunan yapay zekânın kişiliğine mesafeli yaklaşılmaktadır. Bu anlayışa göre etten kemikten olmayan bir varlık kişi statüsünde ele alınamaz.[191]

Yakın zamana kadar insanlar dışında yasaların bir sujesi bulunmamaktaydı. Şimdi ise yapay zekânın zamanının geldiği dile getirilmektedir.[192] Bu nedenle, yapay zekânın hukuki statüsünün ne olacağının çözümlenmesi önemli bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır. Bu kapsamda ilk olarak yapay zekânın özellikle de tam otonom olanların, hukuki statüsü tartışması çözüme bağlanmalıdır. Eğer hukuki anlamda kişiliğe sahip olabileceği fikri kabul edilirse, *genel yapay zekâ'*nın bu statü içerisinde değerlendirilmesi gerekeceği savunulmaktadır.[193]

---

188 Tanımlayıcı yaklaşımda kişi; hissetme, anlama, öz farkındalık, özerklik ve kendini gelecekte hayal etme yeteneği gibi belirli zihinsel özelliklerin taşıyıcısı olarak tanımlanmaktadır. Komada olanlar, fetüs ve zihinsel engelliler gibi bazı insanlarda bu özelliklerin bulunmadığı ifade edilmektedir. Brożek, Bartosz, "Identifying the Legal Person: The Troublesome Person", Law and Philosophy Library, C. 119, 2017, s. 7, Kurki, Visa A.J./ Pietrzykowski, Tomasz(ed.), Legal Personhood: Animals, Artificial Intelligence and the Unborn.

189 Pietrzykowski, , 2017, s. 49.

190 Pietrzykowski, 2017, s. 51-52.

191 Kılıçarslan, Seda Kara, "Yapay Zekânın Hukuki Statüsü Ve Hukuki Kişiliği Üzerine Tartışmalar", Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, S. 2, 2019, s.369, (https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/775111, Çevrimiçi, e.t. 10.11.2020).

192 Heikkinen, 2019, s. 12.

193 Kılıçarslan, 2019, s.367.

Yapay zekâ, hukukun tüm alanlarını ilgilendiren ve daha karmaşık işlevler üstlenen yeni alanlara nüfuz ederken, hukuki statülerine ilişkin pozitif mevzuat açısından bunların sadece bir meta veya bir fikri mülkiyet parçası olmanın ötesinde herhangi bir statüye sahip olmadıkları görülmektedir.[194]

Bu kapsamda yapay zekânın değişik seviyelerdeki otonom kararlarına dayalı eylemleri nedeniyle oluşan zararlardan doğan hususi bir sorumluluk rejimi dünyada henüz oluşturulmuş bulunmamaktadır. Yapay zekâ nesnelerinin mahremiyet ve özel hayata saygı hakkı başta olmak üzere temel insan haklarını ihlal etmeleri halinde hukuki ve cezai sorumlulukları düzenlenmelidir.

Yapay zekâ, hukuki konumu hakkındaki güncel fikir ve öneriler ne yönde olursa olsun pozitif hukuk anlamında hâlen eşya statüsündedir. Bu nedenle, sebep olduğu zararlar bakımından şahsî sorumluluğunun bulunduğunun düşünülmesi mümkün değildir.[195] Hali hazırda kullanılan ve gelecekte ulaşılacağı planlanan yapay zekâ teknolojisinin hukuk enstrümanları ile düzenlenmesi kaçınılmaz bir zorunluluktur. Bu tür yapay zekânın hak ve yükümlülüklerinin ne olacağı sorusuna, geleneksel hukuk anlayışının sınırları dışına çıkılarak cevap bulunması gerektiği savunulmaktadır.[196]

Başlangıçta bir mülk parçası olarak görülen yapay zekâlı bir robottan kendi başına yasal olarak tamamen sorumlu bir varlığa doğru teknolojik evrim yaşanırken, ünlü Frankenstein isimli film karakteri, yapay zekâ için uygulanabilecek yasal ilkeleri kademeli olarak ele almamızı sağlayan yasal kategoriler üzerinde tartışmalar başlatmıştır.[197]

Yapay zekânın varlık dünyasındaki hukukî statüsü hakkında yapılan teorik değerlendirmelerde bunların, 'eşya', 'köle', 'tüzel kişi' ve 'elektronik kişi'[198] olabileceklerine ilişkin yaklaşımlar bulunmaktadır.[199]

Bu yasal teorilerin, yapay zekâ robotlarının hukuksal durumlarını yönetmek için yeterli olduğu, ancak yapay zekâ robotlarının; "şimdiki ve gelecekteki endişeler arasında kırmızı çizginin çizilemeyeceği" aşamalı bir süreç içerisinde bulunduğu da ileri sürülmektedir.[200]

Hukuki bir kişinin kurgusal bir masalın ötesinde kişi olarak tanınmasının, zekâ ve irade kavramlarının bu kişide bulunmasını gerektirdiği ifade edilmektedir. Diğer bir deyişle zeki makinelerin

---

194 Bayamlıoğlu, 2008, s. 47.

195 Akkurt, 2019, s. 54.

196 Dülger, 2018.

197 Saripan/ Mohd/ Nurus, 2016, s.825.

198 Saripan/ Mohd/ Nurus, 2016, s.825.

199 Akkurt, 2019, s. 44.

200 Saripan/ Mohd/ Nurus, 2016, s.825.

kişiliğine ilişkin yapılacak bir tartışmada atfedilebilir nitelikteki zekâ ve iradenin esas olduğu ileri sürülmektedir.[201] Buna ilaveten Locke'un bakış açısına dayananlara göre insan hakları çerçevesinden bakıldığında, aynı özelliklere sahip insanlar arasında bulunduğu savunulan eşitliğe benzer olarak insan ile aynı özelliklere ve kabiliyetlere sahip yapay zekânın da bu eşitlikten faydalanması ve hukuken kişi olarak kabul edilmesi gerektiği dile getirilmiştir.[202]

Yapay zekâya kişilik atfedilecek ise, yapay zekâ, toplumun diğer kişileri ile olan ilişkileri sonucunda oluşabilecek ihlallerden kaçınmalı, onların haklarına saygı duymalıdır. Burada yapay zekâ için önemli olan husus, onun, menfaat dengesini kurabilecek bilinç seviyesine erişebilmesidir. Zira ahlaksal bir özne, yalnızca kendi çıkarlarını değil, başkalarının çıkarlarını da düşünerek hareket eden bir bireydir.[203]

Yapay zekânın yasal statüsü üzerine yapılan diğer bir tartışma konusu, oluşturdukları veritabanları ve diğer içeriklerin fikri mülkiyet açısından nasıl değerlendirilmesi gerektiğidir. Örneğin, internet haberlerini bir veritabanı yanı sıra özet metinler oluşturmak için toplayıp sınıflandıran yapay zekâ yazılımının yaptığı eylem, telif hakkı iddialarına konu olabilecektir.[204]

Ayrıca bir de anayasal hakların akıllı makinelere bahşedilmesine ilişkin itirazlar konusunda tartışmalar bulunmaktadır. Bu itirazların ilki, bu hakların yalnızca gerçek kişilerin hakkı olduğu fikrine dayanmaktadır. İkinci itiraz, zeki makinelerin ruh, irade, bilinç, kasıtlılık veya duygu[205] gibi kişiliğin bazı temel unsurlarından yoksun göründükleri iddiasına dayanmaktadır. Son itiraz ise zeki makinelerin

---

[201] Saripan/ Mohd/ Nurus, 2016, s.826.

[202] Kılıçarslan, 2019, s.379.

[203] Kılıçarslan, 2019, s.376.

[204] Bayamlıoğlu, 2008, s. 51.

[205] "*İnsan beyni ile makine arasındaki asıl fark, insan beyninin estetik mahiyette müessirleri alıp onlar üzerinde işleyebilmesi ve yine estetik mahiyette olan kararlar verebilmesine, verilen bir işi yapıp yapmamak hususunda kendisini serbest hissetmesine mukabil makinede bu vasıfların benzerlerinin yok oluşudur. Bu vasıfları karakterize eden husus hepsinin de bir belirsizlik unsuru ihtiva etmesi, bunların şaşmaz bir şekilde uydukları kaidelerin mevcut olmayışıdır. Belirsizlik karakterini haiz olan insan dışı tabiat hadiseleri mevcuttur. Bunlar atom içinde cereyan eden olaylardır. Bu itibarla nispeten küçük sayıda atom içinde cereyan eden olaylar böyle makinelerin işleyişinde müessir hale getirilebilirse, makinelerin estetik bakımdan da insan beynine benzetileceği ümit edilebilecektir. Böyle bir makine, mesela filan müzik parçasını güzel bulmadığını söyleyebilecektir. Fakat bu işin uzun yüzyıllar sonra bile ve belki de hiçbir zaman yapılamayacağını zannediyorum.*" şeklindeki cümleleriyle dünyaca ünlü matematikçi Ord. Prof. Dr. Cahit Arf, bundan yaklaşık 60 yıl önce, duyguları bulunan robotların uzak bir gelecekte olsa bile yapılabilmesi ihtimalinin bulunmadığına inandığını söylemiştir. Arf, Cahit, *Makine Düşünebilir Mi ve Nasıl Düşünebilir?*, Atatürk Üniversitesi Üniversite Çalışmalarını Muhite Yayma ve Halk Egitimi Yayınları Konferanslar Serisi l, Erzurum, 1959, s. 103.

insan yapımı eşya dışında bir şey olamayacaklarına ilişkin algıdan kaynaklanmaktadır.[206]

Kişilik sahibi süjelerin (kişilerin) mülkiyet haklarının konusu olabilecek bir obje olarak, yapay zekâyı ele almayı uygun gören 'eşya' yaklaşımına göre ortaya çıkabilecek sorunlar, kullanım alanlarına bağlı olarak verilecek sınırlı hak ve sorumlulukların belirlenmesiyle ve belirli sigorta sistemlerinin entegre edilmesiyle ortadan kaldırılabilecektir.[207] Eşya yaklaşımı, çeşitli açılardan eleştirilmiştir. Bu eleştirilerden birisine göre; hukuk düzenimizde yalnızca Roma Hukuku'ndan beri süregelen kişi ve eşya ayrımına yer verilmiş olması nedeniyle yapay zekânın, insanın tabi olduğu düzenlemelere konu edilmesi ve eşya tanımı kapsamında da değerlendirilmeleri mümkün değildir. Özellikle gerçek anlamda yapay zekâlı veya insansı robotların basit bir eşya tanımının çok ötesinde olduğunda şüphe bulunmamaktadır. Zira bu tür robotlar, kendilerine yüklenen verilerin ötesinde, etkileşim içinde bulundukları ortamlardan her an veri elde edebilmekte ve analiz ettikleri bu veriler neticesinde dışarıdan müdahale olmaksızın kendi kararlarını verebilmektedir.[208]

Bugünkü pozitif hukuk, insanların bir kısım araçları/eşyaları (araba, uçak, at, silah vb.) iradi veya iradi dışı kullanmak suretiyle dış dünyada meydana getirdikleri iş ve eylemlere bağlı oluşan hukuki ve cezai sonuçlardan, bu araç veya eşyayı kullananı sorumlu tutmaktadır. Sorumluluk bakımından sözkonusu araç/eşya, tamamen pasif konumda bulunmaktadır. Benzer bir hukuki statüyü, aktif bilgi ve becerilerini takdir ve tayin ederek insanınkine benzer bir irade ile dış dünyada bir sonuca yönelik olarak üreticisi, geliştiricisi, satıcısı veya kullanıcısından bağımsız şekilde ortaya koyabilen yapay zekâya tanımanın, pek yeterli ve adil sonuçları olan bir hukuki tutum olmadığı dile getirilebilecektir.

Yapay zekânın, siyasi ve insani manada sıkıntılı bir ifade olan 'köle' kavramı ile hukuk dünyasına sokulabileceğine dair yaklaşıma göre ise, yapay zekâ, insanların ürettiği eşyadır. Locke'a göre mülkiyet anlayışı çerçevesinde her insanın ürettiğine sahip olma hakkı vardır.[209] Kölelik görüşü, çağdaş hukuk sistemlerinin geldiği ileri noktadan geriye gidiş algısı oluşturabileceği ve yapay zekâyı gerçekte yine eşya statüsüne oturtacağı için eleştiri almaktadır.[210]

Yapay zekânın, niteliği gereği kişi olarak sayılmasının doğru olacağını savunan 'tüzel kişilik' görüşü ise, ancak felsefi nedenlerle

---

[206] Saripan/ Mohd/ Nurus, 2016, s.826.

[207] Kılıçarslan, 2019, s.378.

[208] Dülger, 2018.

[209] Kılıçarslan, 2019, s.378.

[210] Akkurt, 2019, s. 45.

gerçek kişi olarak değil ve fakat tüzel kişi olarak kabulünün[211] akla daha yatkın olacağını ileri sürmektedir. Zira bu görüş taraftarlarınca yapay zekâ ile onu üreten ve/veya kullanan kişi arasında dernek ve dernek yönetim kuruluna benzer bir ilişki olduğu ileri sürülmektedir.[212]

Makinelerin "acenta" veya bir "tüzel kişinin temsilcisi" olarak kabul edilmesi halinde, mevcut ürün sorumluluğuna ilişkin yasaların, herhangi bir değişiklik olmadan da makinelerle ilişkili hukuki konuları ele almak için yeterli olduğu savunulmaktadır. Buna rağmen, bu makinelerin yaralanmalara neden olduğu, gelecekteki kaçınılmaz olaylara uygulanmasında mevcut kanunların kesinlik arz etmediği ve eylemlerin herhangi bir "faile" atfedilemeyeceği ifade edilmektedir.[213] Her şeye rağmen, yapay zekâ sistemleri için bu kavramları ciddi revizyonlar yapmadan uygun kategoriler olarak doğrudan kullanmak imkansız gözükmektedir.[214]

Avrupa Parlamentosu Hukuk İşleri Komisyonu tarafından 27 Ocak 2017 tarihli Robotikler Hakkında Medenî Hukuk Kuralları Tavsiye Raporu'nda (Report with Recommendations to The Commission on Civil Law Rules on Robotics) 'elektronik kişilik' önerisi getirilmiştir. Yapay zekâlı nesnelere bir kişilik statüsü öneren ilk resmi belge, bu rapordur.[215] Komisyon, ülkelerin hukuksal çerçevelerinin kapsamının, sensörlerinin, devrelerinin ve algoritmalarının kalite düzeyi gibi birçok konuda sürekli şekilde aynı seviye korunan bir standart oluşturulması zor olan donanım ve yazılım yoluyla topladığı veriler sayesinde aldığı kararlara göre hareket edecek ve bu nedenle de çevreleriyle bir benzeri olmayan ve öngörülemeyen şekilde etkileşim içinde bulunacak yapay zekalı robotların davranışlarındaki bilinmezliğin, ancak belli bir seviyede ele alınıp, bunların doğuracağı sorunlara istenen düzeyde çözümler üretilemeyeceğini dile getirmiştir. Bu kapsamda robotlar hakkında kendine has bir 'elektronik kişilik – electronic personality' yasal statüsünün kurulmasını ve otonom kararlardan kaynaklanacak sorumluluk açısından (kendine özgü) bir kusursuz sorumluluğun kabul edilmesini tavsiye etmiştir.[216]

---

[211] Hatayla veya yanlışlıkla yapılan bir eylem nedeniyle bir sorumluluk yüklemek için gereken hukuksal adımların, yapay faillerin anayasal haklar ile uyumlu olmasının sağlanması ve onların tüzel kişi olarak görülmesi olduğu iddia edilmektedir. Bu yaklaşım, hukuk sisteminin gemiyi, dini yapıyı, şirketi ve diğer insan olmayan özneleri tüzel kişi olarak tanıma istekliliğine dayanmaktadır. Örneğin; Amerika anayasası tarafından bilgisayar sisteminin "tüzel kişi" olarak kabulünün gerekliliği bazı yazarlarca savunulmaktadır. Saripan/ Mohd/ Nurus, 2016, s.826.

[212] Akkurt, 2019, s. 45.

[213] Saripan/ Mohd/ Nurus, 2016, s.825.

[214] Bayamlıoğlu, 2008, s. 50.

[215] Kılıçarslan, 2019, s.380.

[216] Akkurt, 2019, s. 52.

Raporda sunulan öneriye göre bu konuda oluşturulacak ayrı bir sicile belli standartları bulunan yapay zekâlı nesnelerin kaydedilmesi ve eylemleri nedeniyle tazminat sorumluluğunun doğması halinde bunlara özgü kurulacak maddi fonlara başvurulması mümkün olmalıdır. Raporun bir diğer önemli önerisi ise, yapay zekâlara, verdikleri zararlar karşısında hukuki sorumluluğun benimsenmesi yönündedir.[217] Bu yaklaşıma karşın üretici veya kullanıcı yerine gelecekte, rapordaki öneriye göre yapay zekânın öğrenme kapasitesinin ve özerkliğinin artmasıyla, sorumluluğun tamamen yapay zekânın üzerinde kalacağı ve teknolojik gelişmelere paralel olarak da böyle bir düzenlemenin geçerliliğinin kalmayacağı eleştirisi getirilmiştir.[218]

Bunların dışında yapay zekâ için; belirli bir amaca özgülenmiş kişi veya mal topluluğu olarak addedilmediği gibi insanlara hem şeklen hem da kabiliyetleri bakımından benzeyeceği öngörülen ancak insan da sayılmayacak süjeler bakımından, *insan olmayan kişi* kavramı gibi yeni kişilik modelleri arayışına girişilmiştir.[219]

Yapay zekâya bir statü verilmesini savunan görüşlere bakıldığında analoji yapmak suretiyle bir kısım benzerliklerden yararlanılarak bir çare bulunmaya çalışılmakta ise de, bir taraftan cansız ama bir taraftan da insani bazı özellikleri taşıyacak bu şeylere verilecek statünün hukukun tek başına verebileceği bir karar olmadığı göz önünde bulundurulmalıdır. Zira bu nesnelere verilecek statünün tüm insanları, insanlığın kurduğu medeniyetleri, kazanımları ve hatta insanın tırnağından saçının teline kadar tüm varlığını inanılmaz boyutlarda etkileme potansiyeli[220] taşıdığı için konunun etraflıca analiz edilip tartışılması, olumlu ve olumsuz yanlarının iyi hesaplanması gerekmektedir. Bu nedenle yapay zekâ için önerilen statülerin yeterli olmadığı kanaatini paylaşanların düşüncesine katılıyoruz.

Yapay zekânın sorumluluğundan bahsedilebilmesi için öncelikle Medenî Kanunumuz anlamında hak ve borçlara ehliyetin varlığını

---

217 Kılıçarslan, 2019, s.380.

218 Kılıçarslan, 2019, s.383.

219 Samsun Barosu Yapay Zekâ ve Hukuk Çalışma Grubu tarafından, Türk Medeni Kanunu'na 'gerçek' ve 'tüzel' kişilerin yanında 'insansılar' başlıklı yeni bir ayrım yapılması için 'Medeni Kanun 2.0' adlı kanun taslağı üzerinde çalışıldığı ve bu taslağın somut bir şekilde 2023 yılında yasama meclisine sunulmasının hedeflendiği duyurulmuştur. Kılıçarslan, 2019, s.38.

220 Otonom savunma sistemleri, akıllı bomba ve füzeler, insansız hava/deniz/kara araçları ve robot askerler gibi ölüm kalım durumlarında karar vermekle diğer bir ifadeyle tetiğe basmakla yetkilendirilecek robotik silah sistemlerinin ortaya çıkardığı hukuki, etik ve sosyal tartışmalar yapay zekâ alanındaki en hararetli tartışmaların yaşandığı konular arasında yer almaktadır. Ersoy, 2017, s. 99. Oren Etzioni gibi bazı yazarlar ise, yapay zekânın düzenlenmesi için önerdiği 5 maddelik klavuzun birinci ilkesi olarak, yapay zekânın silahlandırılmaması gerektiğini net bir şekilde belirtmiştir. Yılmaz, 2019, s. 17.

gösteren bir kişiliğin yapay zekâya bahşedilmiş olması şarttır. Türk pozitif hukukunda yapay zekâya bu nitelikte bir statü verilmemiş olduğundan, otonom davranışlarından dolayı bir yapay zekânın bizzat sorumlu olmasından da bahsedilmesi şimdilik olanaklı gözükmemektedir.

Uluslararası Teşkilatların Yapay Zekâyı Düzenleme Çalışmaları

Günümüzde yapay zekâ konusunda insanlık için riskli olabilecek daha karmaşık tehditler olduğunu ve bu teknoloji ile yeni siber suç formları, siyasal kargaşa, fiziksel saldırılar ve otonom silahlar oluşturulabileceği düşüncesini paylaşan birçok insan[221] bulunmaktadır. Bu kaygıların hafifletilmesi ve yapay zekânın toplum nezdinde daha az kuşkuyla kabul görmesini sağlamak adına bu konuda gerekli yapısal ve hukuksal düzenlemelerin uluslararası düzeyde yapılması gerektiği fikrini ciddi şekilde ele almak gerekmektedir.

Robotik alanındaki çalışmalar ve yapay zekânın gelecek vizyonu kapsamında benimsenecek ilkelerin tespit edilmesi bakımından her ne kadar bazı ülkeler ve uluslararası kuruluşlar yanında özel şirketlerin açıkladığı ilkeler[222] bulunsa da ülkelerin yürürlüğe koyduğu yasal düzenlemeler için benzer yoğunlukta metinler bulunmamaktadır.[223] Bu kapsamda örneğin, Avrupa Konseyi'ne üye 41 ülkeden hiçbirinde yapay zekânın tasarımı, geliştirilmesi ve uygulanması konusunda genel bir çerçeveyi çizen hukuksal bir düzenleme bulunmamaktadır.[224]

Birçok ülke, kendi yeterliliklerine göre ve ulusal/uluslararası önceliklerini belirleyerek ulusal yapay zekâ stratejilerini hazırlamaktadır. Bazı ülkeler (ABD, İngiltere, Güney Kore), yapay zekâ için ayırdığı bütçe ve yatırımlarıyla güç sergilerken; bazı ülkeler (Çin), veri toplamadaki başarısını ön plana çıkarmaktadır. Kimileri (Avrupa ülkeleri) ise, yapay zekânın etik ve hukuk boyutu üzerinde durmaktadır.

---

[221] Tesla ve Spacex'in kurucusu ve CEO'su Elon Musk yapay zekâ konusundaki kendi endişelerini şu şekilde dile getirmiştir: "*Bence yapay zekâ konusunda çok dikkatli olmalıyız. En büyük varoluşsal tehdidimizin ne olduğunu tahmin etmek zorunda kalsaydım, muhtemelen bunun o olduğunu söylerdim. Aptalca bir şeyler yapmayacağımızdan emin olmak için bir düzenleyici gözetim sisteminin, belki ulusal ve uluslararası düzeyde, olması gerektiğini düşünmeye eğilimliyim*".

[222] Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından geçici süreli kurulan Yapay Zekâ Komitesi'nin 18-20 Kasım 2019 tarihinde Adalet Bakanlığını temsil eden heyetle birlikte katıldığımız Strazburg'da yapılan ilk toplantısında Konsey Genel Sekreter Yardımcısı Gabriella Battaini-Dragoni, yaptığı açılış konuşmasında yapay zekâ alanında özel ve kamu alanındaki girişimler dahil olmak üzere yaklaşık 200 kadar ilkeler metninin bulunduğunu ifade etmiştir.

[223] Ersoy, 2017, s. 38.

[224] Analysis of the electronic consultation, Updated version for review by the CAHAI at its 5 th Plenary meeting, Strazburg, 18 Şubat 2021, Ad Hoc Committee On Artificial Intelligence (Cahai).

Tüm bu ülkelerin ortak özelliği ise, yapay zekânın neler yapabileceğini keşfetmiş olmaları nedeniyle gelecekte söz sahibi olacak ülkeleri belirleyecek yapay zekâ yarışına adlarını yazdırmak istemeleridir[225]

Henüz evrimini tamamlamayan ve hâlâ da hızlı bir şekilde gelişmeye devam eden yapay zekânın, uluslararası düzeyde bir sözleşmeye konu edilebilmesi bağlamında uzun bir süreçte kabul edilen bağlayıcı hukuk yöntemlerinin, anlaşmalar boyutunda kesin ve belirli olmayan ama teknolojik gelişimlerin ivmesine yetişebilecek ve güncellenebilme esnekliğine de sahip düzenleme mekanizmaları olan esnek hukuk enstrümanlarıyla birlikte ele alınmasının gerektiği savunulmaktadır. Bu alanda getirilecek esnek hukuk düzenlemesinin zaman içinde bağlayıcı hukuk kurallarıyla değişmesinin pek muhtemel olduğu ifade edilmektedir.[226]

Ülkemizin bazı baroları tarafından hazırlanmış rapora[227] göre; Avrupa kurumları, bilimsel araştırmayı ve teknolojik gelişmeyi düzenlemek için genel itibariyle yumuşak hukuku tercih etmektedir. Bunlar normatif bağlayıcılığı olmayan tasarrufları kapsamaktadır. Hem Avrupa Komisyonu hem de Avrupa Adalet Divanı yumuşak hukukun hukuki sonuçlar doğurabileceğini kabul etmiştir. Avrupa Adalet Divanı, kanunun bazı üstün ilkelerinin uygulanmasına hizmet ettiğinde, yumuşak hukukun etkilerinin karar vermede gözönünde bulundurulması gerektiğini içtihat etmiştir. Diğer yandan gerek toplumun dönüştürülmesi yönüyle ve gerekse sert hukuka geçiş için kolaylaştırıcı rol üstlenmesi bakımından yumuşak hukuk düzenlemelerinin tercih edildiği söylenmektedir. Yapay zekâ teknolojisi üzerine yayınlanan çeşitli bildiriler[228] bunun en iyi örneklerindendir.

Hukukun yavaş işleyen bir yapıya sahip olması nedeniyle hukuki çerçeve ve standartların gecikmeksizin oluşturulmasının gerektiği konusunda çeşitli platformlarda görüş birliği bulunmaktadır. Zira yapay zekânın sahada kullanımından önce dizayn aşamasında bazı yasal düzenlemelerin bu tasarıma işlenebileceği görüşü ileri sürülmektedir. Bu kapsamda yapay zekânın odaklandığı başlıca konular arasında önde

---

225 Uzun, 2020, s.149.

226 Ersoy, 2017, s. 43.

227 Çetin, Selin, "Türk Hukukunda Yapay Zekânın Düzenlenmesi", Selin Çetin (ed.), Yapay Zekâ Çağında Hukuk, İstanbul, Ankara ve İzmir Baroları Çalıştay Raporu, 2019, s. 105-106, (https://www.istanbulbarosu.org.tr/files/docs/Yapay_Zekâ_Caginda_Hukuk2019.pdf, Çevrimiçi, e.t. 12.12.2020).

228 Bu bildiriler içinde, OECD, Avrupa Komisyonu, Avrupa Konseyi, Beyaz Saray, Avusturalya Hükümeti ve Kanada-Fransa gibi ülke ve uluslararası kuruluşlar tarafından açıklanan yapay zekâya ilişkin resmi klavuz ilkeler; Isaac Asimov, Future of Life Institute ve The Toronto Declaration gibi uzman kişi veya kuruluşlar ile IBM, Google, Microsoft, Sony Group ve Deutsche Telekom gibi şirketler tarafından açıklanan yapay zekâya ilişkin klavuz ilkeler bulunmaktadır. Rotenberg, 2019.

gelen otonom araçların kullanımına ilişkin gerek Avrupa Birliği gerekse Birleşmiş Milletler, ilgili düzenlemelerin yapılması için ciddi adımlar atmaktadır.[229]

Son asırda özellikle fen bilimlerindeki araştırmaların sonucunda ortaya çıkarılan teknolojik aletlerin hayatın her alanında kullanılmaya başlanması ile toplanan, kaydedilen ve çeşitli amaçlarla işlenen verinin boyutları tahmin ötesi boyutlara ulaşmıştır. Buna ilaveten her geçen gün işlenen veri ölçeğinde yüksek hızlarda artış devam etmekte ve bu veriler çeşitli analizlere tabi tutularak başta ekonomi ve ticari olmak üzere birçok alanda insanların veya kurumların hizmetine sunulmaktadır. Avrupa Hukuk Komitesi tarafından 1989 yılında yayımlanan bir raporda, verinin her geçen gün artan yayılma, dağılma ve dolaşım hızının koruma alanını zorlaştırdığı ifade edilmiştir.[230]

Bu doğrultuda kişisel verinin ihtiva ettiği manevi değer karşısında ekonomik bir değer arz etmesi ile koruma ihtiyacı daha da önem arzetmektedir. Büyük veri uygulamaları ile yapay zekâ ve akıllı sistemler vasıtası ile kişiler profillenebilmekte ya da temel hak ve özgürlüklerini etkileyebilecek otomatik karar alma mekanizmalarına konu olabilmektedirler. Hızla gelişen teknolojiler karşısında bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin korumasız bırakılmaması adına kişisel verilerin korunması alanında yapılan çalışmalar büyük önem taşımaktadır. Avrupa Veri Koruma Denetmeni Giovanni Buttarelli, 11 Mayıs 2015 tarihinde Brüksel'de yapmış olduğu konuşmasında veri koruma ilkelerinin; büyük veri uygulamaları, robotlar, nesnelerin interneti, yapay zekâ gibi son teknolojilere uygulanması için yeni bir yol bulunması gerektiğini belirtmiştir.[231]

Facebook, Google veya Twitter gibi elektronik servis sağlayıcıların, hizmetlerinden yararlananların bu platformları kullanırken bıraktıkları her türlü verileri topladıktan sonra bunları işleyerek kullanması şu an için olağan kabul edilmektedir. Zira, bu şirketlerin, sundukları hizmet kalitesinin ve çeşitliliğinin sürekli bir şekilde artması için veri kaynaklarına ihtiyaçları vardır. Diğer yandan ticaretin sanal ortamlara dayalı modellerinde, kişiye özgü reklamın önemi büyük olmakla birlikte bireylerin alışkanlıklarının tespiti için kişisel bilgilere dayalı verilerin sonraki pazarlamalarda kullanılması amacıyla toplanması ve kullanılması gerekmektedir. Yapay zekada kullanılan tekniklerden olan makine öğrenmesi, bu firmaların bireylerin özelliklerini ortaya koyan profillerini çıkarmak için eşi görülmememiş bir imkanlar

[229] BM, Karayolu Trafik Sözleşmesi'ne sürücüsüz araç kullanımına ilişkin hükümler koymak için çalışmalar yürütmektedir. Ersoy, 2017, s. 44.

[230] Aşıkoğlu, 2018, s. 28.

[231] Aşıkoğlu, 2018, s. 138.

sağlamaktadır. Bunun sonucunda gelinen nokta, kişisel mahremiyetin tamamen yok olmasıdır.[232]

Profilleme ve otomatik karar mekanizmaları ile birlikte yürütülen davranış yönlendirme faaliyetleri kişinin kendisini geliştirme ve ifade etme olanağını kısıtlamaktadır. Bu uygulamaların kişiler özelinde yaratmış olduğu sorunlar güncel veri koruma hukuku ve AB kanun koyucuları tarafından gözardı edilmeyerek beş yıllık bir çalışmanın sonucunda Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü Mayıs 2018'de yürürlüğe sokulmuştur.[233]

Bunun dışında, Avrupa Konseyi çatısı altında yer alan Avrupa Adalet Verimliliği Komisyonu (CEPEJ), Aralık 2018'de, yargı sistemlerinde yapay zekânın kullanımı konusunda Avrupa Yargı Alanında yapay zekâ araçlarının geliştirilmesine rehberlik etmesi gereken 5 ilkeyi belirleyen Avrupa Etik Şartını kabul etmiştir. Bu beş ilke; temel haklara saygı, ayrımcılık yapmama, kalite ve güvenlik, şeffaflık, tarafsızlık, adalet ve kullanıcı kontrolü altında olma şeklinde belirlenmiştir. Şart, yapay zekâ tekniklerine dayalı adli kararlar ve verilerin otomatik olarak işlenmesine uygulanan önemli ve metodolojik ilkeleri ortaya koyan ilk Avrupa belgesidir.

Bu Şart ayrıca, karar vermede veya karar vermeye yardımcı olmak için yapay zekâ kullanıldığında bile adalete erişim ve adil yargılanma haklarının güvenceye alınmasının zorunluluğunu düzenlemektedir. Bu çalışma sayesinde CEPEJ, temel haklara ve etik ilkelere saygı göstererek ve hukuk uzmanlarının ihtiyaçlarını karşılayarak yapay zekânın sorumlu kullanımını teşvik etmeyi amaçlamıştır.

Avrupa Hukuki İşbirliği Komitesi (CDCJ) şu anda ODR (internet üzerinden uyuşmazlık çözümü) mekanizmaları üzerinde çalışmaktadır. Bu komite bu tür sistemlerdeki yapay zekâ örneklerinin muhtemel uygulamalarını ve bunların adil yargılanma ve etkili kanun yoluna başvuru haklarına uymalarını dikkate almaktadır. Bu tür mekanizmaların Sözleşmenin 6. ve 13. maddeleri ile uyumluluğunu sağlamak amacıyla çevrimiçi uyuşmazlık çözüm mekanizmalarının tasarlanmasından sorumlu politika yapıcıların dikkatine yönelik taslak kılavuzlar geliştirmek üzere üye ülke temsilcilerinden oluşturulacak taslak hazırlama grubu oluşturulmuştur.

Arupa Birliği politikalarının tasarlayıcısı ve yürütme organı olan Avrupa Komisyonuna göre, Avrupa'da yapay zekâ için gelecekteki düzenleyici çerçevenin temel unsuru, güven eksenli benzeri olmayan bir ekosistem oluşturulmasıdır. Bunu başarmak için, Avrupa Birliği ülkelerinde kullanılıp da özellikle yüksek risk oluşturan yapay zekâ sistemlerin, temel haklar ile tüketici haklarının korunması dahil olmak

---

[232] Saygılı, 2020, s.131.

[233] Aşıkoğlu, 2018, s. 197.

üzere AB kurallarına uyumunun sağlanması gerekmektedir. Komisyon, bir taraftan bu uyumun gerçekleştirilmesini isterken diğer yandan insan merkezli bir yaklaşımı güçlü bir biçimde desteklediğini söylemektedir.[234]

Avrupa Komisyonu tarafından Haziran 2018'de, o yılın başlarında açıklanan yapay zekâ stratejisinin bir parçası olarak Yapay Zekâ Bağımsız Uzmanlar Grubu (AI HLEG) kurulmuştur. Bu bağımsız uzman grubu tarafından Güvenilir Yapay Zekâ Etik Kuralları başlığı altında yargıda güvenilir bir yapay zekâ için gerekli olan yedi şart, Aralık 2018'de belirlendikten sonra yapılan görüşmelerin ardından Nisan 2019'da yayımlanmıştır. Bu belgeye göre yargıda kullanılacak bir yapay zekânın güvenilir sayılması için gerekli şartlar sırasıyla; insan etkinliği ve nezareti, teknik yönden sağlamlık ve güvenlik, mahremiyet ve veri yönetimi, şeffaflık, çeşitlilik, ayrım yapılmaması ve adil olma, sosyal ve çevresel refah ile hesap verebilirlik'tir.[235]

AB, OECD'nin yapay zekâ için etik ilkelerinin geliştirilmesi faaliyetlerine yakından ilgi göstermiştir. G20 ülkeleri, belirlenen beş ilkeyi[236] 2019 Haziran ayında Ticaret ve Dijital Ekonomi üzerine Bakanlar Bildirisinde onaylamıştır. OECD'nin yapay zekâ ilkeleri hükümetlerce kabul edilmiş bu alandaki ilk çerçeve düzenlemedir.[237]

Yapay zekâ konusunda uluslararası seviyede yapılan çalışmalar arasında en önemlisi olarak kabul edilmesi gereken ve Ülkemizin de üyesi bulunduğu Avrupa Konseyinin çatısı altında kurulan Ad Hoc Committee on Artificial Intelligence şeklindeki İngilizce adının kısaltılmış hali CAHAI olarak yazılan Geçici Süreli Yapay Zekâ Komitesi tarafından yürütülen faaliyettir. CAHAI, 11 Eylül 2019 tarihinde kabul edilen görev tanımına uygun olarak geçici süreliğine kurulmuştur.

Bakanlar Komitesi, CAHAI'yi, Avrupa Konseyi'nin insan hakları, demokrasi ve hukukun üstünlüğü standartlarına dayanan bir yapay zekânın geliştirilmesi, tasarlanması ve uygulanmasına ilişkin yasal çerçevenin yapılabilirlik ve potansiyel unsurlarını 31 Aralık 2021 tarihine kadar geniş kapsamlı ve çok paydaşlı istişareler temelinde incelemekle görevlendirmiştir.

CAHAI aracılığıyla yürütülecek çalışmalarda, yapay zekâ teknolojilerinin insan hayatına olan etkilerine yönelik bir yasal çerçeve

---

[234] White Paper On Artificial Intelligence - A European approach to excellence and trust, s. 3, European Commission, (https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/commission-white-paper-artificial-intelligence-feb2020_ en.pdf, Çevrimiçi, e.t. 14.01.2021).

[235] White Paper On Artificial Intelligence, 2020, s. 9.

[236] Söz konusu beş ilke; kapsayıcı büyüme, sürdürülebilir gelişme ve refah, insan merkezli değerler ve hakkaniyet, şeffaflık ve açıklanabilirlik, sağlamlık, emniyet ve güvenlik ile hesap verebilirlik ana başlıkları altında belirlenmiştir. Rotenberg, 2019, s. 7-9.

[237] Rotenberg, 2019, s. 1.

çizilmesinin mümkün olup olmadığı, bunun uluslararası bir sözleşmeye evrilip evrilemeyeceği ve son olarak bu konunun ulusal hukuklarda düzenlenmesinin gerekip gerekmediği incelenecektir. Bu bağlamda, öncelikle yapay zekâ konusunda yumuşak hukuk düzenlemeleri ele alınarak yumuşak hukuk ve etik ilkelerden bağlayıcı bir yasal çerçeveye ulaşılabilip ulaşılamayacağına karar verilecektir.

CAHAI'nin bugüne kadar dört kez gerçekleştirilen genel kurul toplantıları esnasında LFG (Legal Framework Group), CoG (Consultation and Outreach Group) ve PDG (Policy Development Group) çalışma grupları kurulmuştur. CAHAI tarafından yürütülen çalışmalar, ülkemiz koordinatörlüğü görevini uhdesinde bulunduran Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı, Yapay Zekâya ilişkin genel anlamda ülke koordinatörlüğünü yürüten ve bünyesinde Yapay Zekâ Daire Başkanlığı kurulan Cumhurbaşkanlığı Dijital Dönüşüm Ofisi ve Adalet Bakanlığı Dış İlişkiler ve Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü tarafından takip edilmektedir.

Avrupa Konseyi'nin diğer bir alt birimi olan Avrupa Suç Sorunları Komitesi (European Committee on Crime Problems-CDPC) yapay zekâ ve ceza hukuku üzerine 2017 yılında bir çalışma başlatmıştır. Konu hakkında kavram belgesi olarak "Avrupa Konseyi Üye Devletlerinin Sorumluluğunda Yapay Zekâ ve Ceza Hukuku – Otomatikleştirilmiş Araçlar Örneği" başlıklı ilk dokümanı hazırlamıştır. Bu belge CDPC tarafından gelecek birkaç yılda uygulayacağı projenin ana unsurlarını içermektedir.

Kasım 2018'de CDPC tarafından bir örnek olarak insan ihtiyaçlarına cevap veren yaygın programların sürüş otomasyonuna hizmet ettiği durumlarda yapay zekâ ve ceza hukuku sorumluluğu üzerine tematik bir oturum düzenlenmiştir. Bu oturumun ana hedefleri arasında;

Yapay zekânın yerleştirildiği otomatik sürüş örneğini kullanmak suretiyle ilgili ulusal ceza mevzuatı ve uluslararası hukukun mevcut kapsamını ve esasını tespit etmek ve incelemek, ayrıca yetkili ulusal kamu makamlarında düzenleyici yetkilerin nerede ve nasıl konumlandığını belirlemek,

Otomatikleştirilmiş teknolojilere görev, işlev ve davranışların devredilmesi, bölünmesi veya atanması ve olası sınır ötesi bağlantılar ile ilgili olarak belirli davranışların hangi durumda yasaklandığını veya yasaklanması gerektiğini ve suç olarak kabul edildiğini belirlemek,

Otomatik teknolojilerin, özellikle de otomatikleştirilmiş araçların ceza hukuku yönünden ortak standartlar belirlemek için uluslararası bir yasal belgenin kapsamını ve esasını incelemek, bulunmaktadır.[238]

Bu tematik oturumun ardından CDPC tarafından üye ülkeleri temsil eden bazı teknik uzmanlardan oluşan çalışma grubu kurulmuştur. Bu çalışma grubu ilk toplantısını Mart 2019'da yaparak yukarıda bir kısmı sayılan hedeflerin tespitine yönelik olarak üye ülkelerin cevaplaması için sualname hazırlamıştır. Ülkemiz de on bir sorudan oluşan bu sualnameye Ağustos 2019'da cevap iletmiştir.

Bunların dışında yapay zekâ ile ilgili başka çalışmalar diğer çok taraflı forumlarda da devam etmektedir. Bu kapsamda Birleşmiş Milletler Eğitim, Bilim ve Kültür Örgütü, Dünya Ticaret Örgütü ve Uluslararası Telekomünikasyon Birliği ile BM'de Üst Düzey Dijital İşbirliği Paneli gibi uluslararası kuruluşların yapay zekâ üzerine çalışmaları bulunmaktadır.

Yapay zekâ üzerinde çalışan çok sayıda girişimin karşılaştığı temel zorluklardan birisi de, bu alandaki çoğu paydaşın faaliyetleri ve çıktılarını genel bir koordinasyon altında olmaksızın veri silo[239]larında yürütme eğiliminde olmasıdır. Bunların ayrı ayrı oluşturdukları çok sayıdaki rapor, kılavuz, planlar ve ilkeler beyanı genellikle sektörel ve uzmanlaşmış kitlelerin ötesine ulaşmada başarısız olmaktadır. Bu nedenle Birleşmiş Milletler[240] ve Avrupa Konseyi gibi uluslararası kuruluşların faaliyetlerinin önem arz ettiği ve bu alanda çok aktif olması gerektiği dile getirilmektedir.

Ülkemizde Yapay Zekâ ile İlgili Hukukun Öncelikleri Ne Olmalı

Çin devleti, yapay zekâ alanında 10 yılda yaptığı araştırmalarını % 400 artırmıştır. Her yıl yayımlanan Yapay Zekâ Endeksi[241] 2018 Raporu

---

238 Questionnaire Concerning Artificial Intelligence And Criminal Justice (Using TheExample Of Automated Driving), Document Prepared By The CDPC Secretariat Directorate General I – Human Rights and Rule of Law, European Committee On Crime Problems (CDPC), CDPC (2019)8FIN, Strasbourg, 19 May 2019.

239 Bir veri silosu, tıpkı bir çiftlik silosundaki tahılın dış unsurlardan tecrit edilmesi gibi, bir departmanın kontrolü altında kalan ve kuruluşun geri kalanından izole edilmiş sabit bir veri havuzudur. Veri siloları, doğal olarak büyük kuruluşlarda ortaya çıkma eğilimindedir. Çünkü her bir kuruluş biriminin farklı hedefleri, öncelikleri ve sorumlulukları vardır. Veri siloları, genellikle etkili işbirliği için bir engel olarak görülmekte ve birçok kuruluş tarafından, erişilebilirlik ve verimlilik için bir engel olan silolar yerine bulut tabanlı yedekleme ve arşivleme çözümleri kullanılmaktadır. (https://en.wikipedia.org/wiki/Information_silo, Çevrimiçi, e.t. 13.02.2021).

240 Beduschi, 2020, s. 4.

241 Stanford Üniversitesi tarafından, SRI International, MIT, Harvard Üniversitesi, OpenAI gibi yapay zekâ alanına yön veren kurum ve kuruluşlardan birçok araştırmacının

verilerine göre dünyadaki yapay zekâ üzerine çalışmaların % 87'si akademilerden gelmektedir. Yayımlanan rapordaki yapay zekâ ve sektör bağlantısı, akademik ve hükümet destekli araştırmaların sayısındaki hızlı artışı gözler önüne sermektedir.

2017 yılında Kanada, Çin, Japonya, Birleşik Arap Emirlikleri, 2018 yılında Almanya, Hindistan, Güney Kore, Fransa, 2019 yılında Danimarka ve 2020 yılında Norveç ulusal yapay zekâ strateji belgelerini kabul etmişlerdir. Yapay zekâ strateji belgesini oluşturan ülkeler, yapay zekâ teknolojik dönüşümünü, ülke stratejisine uygun olarak gerçekleştirmektedir.[242]

Bu nedenle Ülkemizde de öncelikle en üst iradeyle, ilgili tüm bakanlıkların ve kurumların, eğitim kuruluşlarının, sivil toplum kuruluşlarının, iş örgütlerinin ve endüstri temsilcilerinin çok paydaşlılık esasıyla biraraya getirileceği bir platform tarafından ülke olarak yapay zekânın neresinde olduğumuzu, ülkedeki mevcut çalışmaları, potansiyel gelişim alanlarını, hangi iç dinamiklerin harekete geçirilebileceğini, ihtiyaçlarımızı ve atılması gereken adımları da ortaya koyacak şekilde raporlar düzenlenmelidir. Sonrasında devletimizin bu alandaki destek ve yönlendirmeleri organize edecek ulusal bir kurum tarafından ki; mevcut durum itibariyle bu görevi uhdesinde bulunduran Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı Dijital Dönüşüm Ofisi tarafından ülkemiz ulusal yapay zekâ strateji belgesi hazırlanmalıdır. Halihazırda Ofis, ulusal strateji belgesi üzerinde çalışmalar yürüttüğünü duyurmuştur. Ayrıca yapay zekâ ve büyük veri ile ilgili gelişmeleri takip etmek ve çalışmalar yapmak üzere Büyük Veri ve Yapay Zekâ Uygulamaları Dairesi Başkanlığı kurulmuştur. Diğer yandan yapay zekâ konusunda bağlayıcı mevzuatın uluslararası seviyede belli standartlara kavuşturulması çalışmalarının tamamlanmasına kadar belirleyici olacak yapay zekâ etik ilkelerinin de biran evvel tespit edilmesi gerekmektedir.

Bununla birlikte Türkiye'nin Avrupa Birliği'ne adaylık sürecinde kendi yetki ve sorumluluk alanlarıyla bağlantılı konularda Birlik düzenleme ve uygulamalarıyla uyumluluğu sağlamak için gerekli tüm çalışmaların yürütülmesiyle görevli eş birimler hemen her bakanlığın bünyesinde kurulmuştu. Yapay zekânın kapsama alanı ve potansiyel gücü gözönüne alındığında her bakanlığın kendi görev alanıyla ilgili çalışmaları takip etmesi gibi Adalet Bakanlığı bünyesinde de, acilen konuyla ilgili ulusal ve uluslararası seviyede yapılan hukuksal

---

desteği ile oluşturulan bir rapordur. Yapay Zekâ Endeksi, küresel çaptaki yapay zekâ alanına ait verilerin toplanıp incelendikten sonra konunun uzmanları tarafından toplanarak sade ancak kapsamlı bir şekilde kamuoyuyla paylaşılan bir rapor olma özelliği taşımaktadır.
https://turkiye.ai/yapay-zekâ-endeksi-2019-yili-raporu-aciklandi/, (Çevrimiçi, e.t. 13.01.2021).

242 Ulaşan, 2020, s.105.

düzenlemelere ilişkin çalışmaları takip etmek üzere müstakil bir birimin kurulmasının önemli ve ileri bir adım olacağını belirtmek isteriz. Bunun dışında adalet ile ilgili kurumlarımızda ve çalışanlarda, yapay zekâ konusunda algı oluşturmak, yapay zekâ hakkında bilgi edinilmesini sağlamak, yapay zekânın hukuk dünyasındaki etkileme alanlarını tespit etmek, ülkemizde yapay zekâ alanında çalışan özel veya kamu birimleriyle ortak çalışmalar yapmak, yapay zekâ nesnelerinin günlük hayatımıza girecek olmasıyla birlikte hukuk alanında doğabilecek ihtiyaçları belirlemek için çalışmalar yapmak ve yapay zekâ konusunda oluşturulmuş uluslararası standartları tespit edip incelemek bu birimin görevleri arasında yer alabilecektir. Bu departman eliyle, yapay zekâ alanında çalışmalar yürüten başta üniversiteler olmak üzere barolar ile işçi ve işveren kuruluşlarının katılımıyla ortak toplantılar, çalıştay, seminer ve konferanslar yapmak suretiyle ülkemizin konu ile ilgili örneğin, iş kanunu, ceza ve usul kanunları, fikri mülkiyet, patent, borçlar, ticaret kanunları gibi temel mevzuat hükümlerinin değişikliği veya yeni düzenleme ihtiyacını ve hedeflerini ortaya çıkaran raporlar hazırlanabilecektir.

Bugüne kadar adli makamlarımız tarafından girişi yapılan verilerin, doğru, etkin ve hızlı analiz ve değerlendirmesinin yapılarak yargı kararlarındaki verilerin çeşitli yönlerden değerlendirilebilmesi, gelecek için atılacak adımlar konusunda doğru ve etkili kararların verilebilmesi için UYAP bünyesinde yapay zekânın kullanılması önemlidir. Yapay zekânın oluşturulması ve kullanılması veriye dayalı olduğundan sağlıklı veri girişini gerçekleştirecek sayıda ve yeterlilikte veri analisti ve istatistikçi uzmanların yargı makamlarının her düzeyinde istihdamı da gerekmektedir.

Nihayetinde Adalet Bakanlığının koordinesinde, yapay zekâ ile ilgili fen ve hukuk bilimlerinin bulunduğu bir veya birden fazla üniversitenin ortak katkılarıyla tasarlanacak bir '*Yapay Zekâ ve Hukuk Enstitüsü*'nün kurulmasının hukuk alanında yapay zekânın teknik yönlerinin iyi anlaşılması suretiyle etkili ve verimli hukuki düzenlemelerin yapılmasına fayda sağlayacağı düşüncesindeyiz. Zira yapay zekâ konusunda ortaya konulması gerekli düzenleyici işlemlerin ve çalışmaların, yapay zekânın çok disiplinli bir alan olması nedeniyle tek başına ne fen bilimleri ne de sosyal bilimler eliyle sağlıklı bir şekilde hayata geçirilmesi mümkün gözükmemektedir.

Yapay zekâ ve bilişim eğitimi, üniversitelerin hukuk bölümü müfredatı başta olmak üzere her seviyedeki öğrencilerin eğitim programında yer almalıdır. İlk olarak eğitim yoluyla seviyelerine göre eğitimciler, öğrenciler, çalışanlar ve iş dünyası yapay zekâya hazırlanmalıdır. Aynı zamanda yapay zekânın kötüye kullanımına karşı bilinçli nesiller yetiştirmeliyiz. Eğitim yolu ile nitelikli iş gücü oluşturmak ve yeni beceriler edinmek, kanun, yönetmelik ve mevzuatta ulusal stratejiye uygun ön açıcı ve destekleyici değişiklikler yapmak, kamu görevlilerinin ve karar vericilerin yapay zekâ konusunda

yetkinliğe erişmesini sağlamak, insan ile yapay zekânın iş ilişkisini belirlemek üzere sektörel plan ve programlar oluşturulmalıdır.

Türkiye'de toplum-yapay zekâ etkileşiminin gözardı edilmesi nedeniyle sosyal bilimlerde bu konuyla ilgili yeterince çalışma yapılmadığı dile getirilmektedir. Yapay zekâ alanında uzmanlaşmış sosyal bilimciler ve pozitif bilimcilerin eksikliğinin giderilmesi için mevcut uzmanların yeterli ücret almalarını sağlayacak mekanizmalar kurulması gerekmektedir. Hukuk fakülteleri, yapay zekâ yeteneğinin artırılması için araştırma merkezleri ve iş birliği projelerini, doktora burslarını ve diğer girişimleri desteklemek için etkili fonlar oluşturmalıdır. Yapay zekâ üzerine çalışan teknik kişilerin hukuk alanındaki ihtiyaç ve gereksinimleri hakkında daha doğru bilgiye ulaşması ve hukuk alanında yapay zekâ kullanımına ilişkin etkili çözümler üretilmelidir.

Son olarak otonom araçlara yabancı olan Türk hukukunda dünyadaki gelişmeler ışığında özellikle otonom kara ve hava araçlarının karayolları ve havayolları trafiğinde yerlerini almaları öncesinde Karayolları Trafik Kanunu ve Türk Sivil Havacılık Kanunu başta olmak üzere ilgili mevzuatta bu araçların tanımı ve sınıflandırılması dahil gerekli düzenlemelerin oluşturulmasına ilişkin çalışmalara başlanmalıdır.

Sonuç

Geçmişte çetin ve zorlu bir rekabet konusu olan petrol, nasıl ülkeler arasında güç dengelerinin değişmesine neden olduysa, günümüzdeki yeni rekabet konusu olan 'veri' de benzer etkiler doğuracak gözükmektedir.[243] Her devlet bir şekilde kurumları aracılığı ile insanlar ve yeryüzündeki diğer şeyler hakkında hesaplanamayacak boyutta veriyi toplamakta ve her geçen gün de toplamaya devam etmektedir. Benzer bir durum özel sektörde bulunan kişi veya firmalar için de geçerli bulunmaktadır.

Bu aşamada teknoloji sayesinde ulaşılan yeni teknikler arasında yer alan yapay zekâ, devasa boyuttaki verilerin, analiz edilmesi, tasnife tabi tutulması, ayıklanıp elenmesi, saklanması, kişi, firma veya kurumların ihtiyaçlarına göre işlenmesi ve pazarlanması suretiyle iyi ve kolay yönetilmesini mümkün hale getirmiştir.

Yapay zekâ teknolojileri, insan hayatının ve devletin işleyişinin iyileştirilmesi için çeşitli olanaklar sağlamaktadır. Yapay zekâ sistemlerinin gücü, boyutu ve hızı, sağlık, ulaşım, eğitim ve kamu yönetimi dahil birçok alanda verimli ve etkin olmayı artırabilecektir.

---

[243] "Putin: Leader in artificial intelligence will rule world", (https://www.cnbc.com/2017/09/04/putin-leader-in-artificial-intelligence-will-rule-world.html, Çevrimiçi, e.t. 10.03.2021.)

Yapay zekâ, çeşitli sektörlerde çalışan insanlardan sıkıcı, tehlikeli, hoş olmayan veya kompleks olan görev ve işleri devralabilecektir. Bununla beraber yapay zekâ teknolojileri, insan hakları, demokrasi ve hukukun üstünlüğüne olumsuz etkilerde bulunma potansiyeline de sahiptir.

Bunun dışında yapay zekâ ile birlikte insanın becerilerini taklit etme kabiliyetlerini gün geçtikçe daha iyi seviyelere çıkaran otonom araçlar gibi nesnelerin insanla ve çevreleriyle etkileşiminin sonuçları ile ilgili sorumluların belirlenmesi hakkında sağlıklı ve doğru kararlar verilebilmesi için bu nesnelerin varlık dünyamızdaki statülerinin hukuk tarafından belirlenmesine ihtiyaç vardır. Yapay zekânın köle, tüzel kişi, eşya, insansı veya elektronik kişi olarak görülmesi gerektiğine yönelik her bir görüşe çeşitli eleştiriler getirilmesinin mümkün olması bir yana aslında yapay zekâ için belirlenecek statünün insanların algısıyla çok yakından ilişkili olduğu gözükmektedir. Zira bugüne kadar ki icat edilen hiçbir yenilik veya müessese insanları yapay zekâ kadar etkileme ve dönüştürme gücüne sahip değildi. Bu nedenle yapay zekânın hukuk tarafından düzenleme altına alınmasıyla herşeyin yoluna gireceği yanılgısına düşülmemelidir.

Diğer yandan yapay zekâ nesnelerinin ilk başta insanın yerine fiziken konumlanması başta olmak üzere bir yönüyle olumlu tarafları olan bir yönüyle de olumsuz tarafları olma riskinin bulunması nedeniyle yapay zekâya bakış açısının, tıp, istatistik, ekonomi, etik, felsefe, psikoloji ve sosyoloji gibi sosyal disiplinlerin uzmanlık bilgilerinin yardımıyla oluşturulması gerekmektedir. Diğer bir deyişle, yapay zekânın sunduğu fırsatlar ve doğurduğu risklerin, yapay zekâ nesnelerinin sosyo-teknik boyutlarının birarada gözönüne alınarak anlaşılabileceği unutulmamalıdır. Bu anlamda, hukuk, önüne gelen kavramlar içerisinde tarih boyunca muhtemelen hiç bu kadar zorlanmamıştır.

Bunun yanında hukuk kendine has verileriyle baş etmek için yapay zekânın sunduğu tüm olanaklardan suçun önlenmesi, suçluların ıslahı, cezaevlerinin yönetimi, içtihatların tasnifi, benzer kararlara erişilmesi, karar destek sistemlerinin oluşturulması gibi alt konularda fayda sağlayabilecektir. Yapay zekâ bu nedenle hukuk için iki yönlü bir pozisyonda bulunmaktadır. Hukuk diğer disiplinlerden farklı olarak hem yapay zekâdan yararlanan hem de yapay zekâyı düzenleyen konumundadır. Bu kapsamda özellikle yargılama faaliyetlerinde yapay zekânın destekleyici sistem olarak kullanıldığı durumlarda hesap verebililirliği sağlamak amacıyla adli yetkililerin kullanılan yapay zekâ hakkında belli bir anlayış düzeyine sahip olması gerekmektedir. Bunun için de hukukun uygulanmasıyla görevli bulunan tüm uzmanların, hukuk fakültelerinde ve mesleklerinin icrası sırasında dijital okuryazarlık yanında yapay zekâ ile ilgili temel eğitimleri alması sağlanmalıdır.

Yapay zekânın, teknolojinin gelişen olanakları sayesinde katlanarak artan gelişimi, çeşitlenmesi ve yayılmasının karşısında toplum ve insanlar üzerinde doğuracağı etkilerin sağlıklı şekilde

değerlendirilip gereken uygun cevapların verilebilmesi için sosyo-teknik alanlarda birlikte çalışacak uzmanlar yetiştirilmesi için gerekli altyapının kurulması ve müfredatın da oluşturulması zorunlu gözükmektedir. Bununla birlikte eğitimin tüm seviyelerinde bu konu ele alınarak yapay zekâdan giderek daha fazla etkilenecek vatandaşların hazır hale getirilmesi de önem arz etmektedir.

Ayrıca yapay zekâ kodlarının, kendisini düzenleyen insanların değerlerini yansıtması söz konusu olacağından özellikle hukukla ilgili kamunun elinde bulunan verilerin yerli imkanlarla ve ülke için özellikle önemi haiz kamusal bilgilerin özel sektöre açılmasını da önlemek için yetiştirilmiş kamu görevlileri eliyle işlenmesinin sağlanması, stratejik bir hamle olarak görülmelidir. Bu kapsamda yapay zekâ ile ilgili yapılması gerekenlere ilişkin politikaların belirlenmesinde kamu idarecileri proaktif bir rol[244] oynamalıdır.

Uluslararası teşkilatların ve bu konuda çalışmalar yürüten ülkelerin sürücüsüz araçlar başta olmak üzere yapay zekânın nasıl düzenlenmesi gerektiğine ilişkin çalışmalarının sıkı bir şekilde takibi ile elde edilecek bilgilerin ülke dinamikleriyle harmanlanarak milli hukuk düzenlemelerinde yapay zekâya ilişkin kanunlaştırma hareketleri çalışmalarına hız verilmesi gerekmektedir.

Bununla birlikte henüz yapay zekâ ile ilgili gelişmelerin olası senaryolar üzerinden konuşuluyor olması nedeniyle dünyadaki çalışmalar genellikle etik belirlemelerin ötesine geçmemektedir. Ancak her ülke gibi ülkemiz de kendi hukukunu bu etik ilkeler çerçevesinde düzenleme yoluna gitmelidir.

Son olarak belirtmek gerekir ki; yapay zekâ ile insanlık yeni bir döneme girmek üzeredir. Böyle bir dönemde kendi benliğimizle yaşamak istiyorsak kendi yapay zekâmızı oluşturup diğer ilgili disiplinlerin katkısını alan hukukun yardımıyla düzenlemeliyiz. Aksi bir durumda olması gerektiği gibi bağımsız ve insan gibi var olamayacağız.

---

[244] Birleşik Arap Emirlikleri 2017 yılında dünyanın ilk yapay zekâ bakanını göreve atamıştır. (https://thestartupscene.me/FUTURE/The-World-s-first-Minister-for-Artificial-Intelligence-Was-Just-Appointed-In-the-UAE, Çevrimiçi, e.t. 12.03.2021).

KAYNAKÇA

Adalı, Eşref, "Doğal Dil İşleme Natural Language Processing", (https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/207209).

Akkurt, Sinan Sami, "Yapay Zekânın Otonom Davranışlarından Kaynaklanan Hukukî Sorumluluk", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Yıl 7, Sayı 13, Haziran 2019, ss. 39-59.

Aksar, Yusuf, *Teoride ve uygulamada Uluslararası Hukuk*, C. l, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2013, 2. Baskı.

Arf, Cahit, "Makine Düşünebilir Mi ve Nasıl Düşünebilir?", *Halk Konferansla*rı I, Atatürk Üniversitesi Üniversite Çalışmalarını Muhite Yayma ve Halk Egitimi Yayınları Konferanslar Serisi l, Erzurum, 1959, ss. 91-108.

Arslan, Serdar, "Disiplinlerarası Çalışmanın Gerekliliği", Yapay Zekâ Çağında Hukuk, İstanbul, Ankara ve İzmir Baroları Çalıştay Raporu, 2019, ss. 28-30, (https://www.istanbulbarosu.org.tr/files/docs/Yapay_Zekâ_Caginda_Hukuk2019.pdf).

Aşıkoğlu, Şehriban İpek, Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması ve Büyük Veri, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2018.

Atalay, Muhammet/ Çelik, Enes, Büyük Veri Analizinde Yapay Zekâ Ve Makine Öğrenmesi Uygulamaları Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi Cilt.9 Sayı.22 2017 - Aralık ss.155-172.

Bayamlıoğlu, Emre, "Intelligent Agents and Their Legal Status", ABR|ankarabarreview, C. 1, S. 1, 2008, ss. 46-54.

Beduschi, Ana, "Human Rights and the Governance of Artificial Intelligence", 2020, ss.1-6, (https://www.geneva-academy.ch/research/publications/detail/513-human-rights-and-the-governance-of-artificial-intelligence).

Brożek, Bartosz, "Identifying the Legal Person: The Troublesome Person", Kurki, Visa A.J./ Pietrzykowski, Tomasz(ed.), Legal Personhood: Animals, Arti- cial Intelligence and the Unborn, Law and Philosophy Library, C. 119, 2017, ss. 3-14.

Chen, Stephen, (https://www.scmp.com/news/china/science/article/3003903/no-escape-chinese-vip-jail-puts-ai-monitors-every-cell-make).

Çetin, Selin, "Türk Hukukunda Yapay Zekânın Düzenlenmesi", Yapay Zekâ Çağında Hukuk, İstanbul, Ankara ve İzmir Baroları Çalıştay Raporu, 2019, ss.104-106, (https://

www.istanbulbarosu.org.tr/files/docs/Yapay_Zekâ_Caginda_Hukuk2019.pdf).

Çetin, Selin, "Yapay Zekâ ve Hukuk ile ilgili Güncel Tartışmalar", Yapay Zekâ Çağında Hukuk, İstanbul, Ankara ve İzmir Baroları Çalıştay Raporu, 2019, ss. 52-57, (https://www.istanbulbarosu.org.tr/files/docs/Yapay_Zekâ_Caginda_Hukuk2019.pdf).

Dressel, Julia/ Farid, Hany, "The accuracy, fairness, and limits of predicting recidivism", Science Advances, 2018, Vol. 4, no. 1, (https://advances. sciencemag. org/ content/4/1/eaao5580).

Dilipak, Abdurrahman, "Deep Learning", (https://www.yeniakit.com.tr/yazarlar/ abdurrahman- dilipak/deep-learning-27773.html).

Dolaş, Mehmet, "Hukukta Yapay Zekâ Kullanımı Yaygınlaşıyor", (http://www. lawtudent.com/teknoloji/hukukta-yapay-zekâ-kullanimi-yayginlasiyor/).

Dressel, Julia/ Farid, Hany, "The accuracy, fairness, and limits of predicting recidivism", Science Advances, 2018, C. 4, S. 1, ss.1-5, (https://advances. sciencemag. org/content/4/1/eaao5580).

Dülger, Murat Volkan, "Yapay Zekâlı Varlıkların Hukuk Dünyasına Yansıması: Bu Varlıkların Hukuki Statüleri Nasıl Belirlenmeli?", (https://www.hukukihaber.net/yapay-zekâli-varliklarin-hukuk-dunyasina-yansimasi-bu-varliklarin-hukuki-statuleri-nasil-belirlenmeli-makale,5758.html).

Erdoğan, Melih, "Sıfırıncı Yasa", Muhasebe Bilim Dünyası Dergisi, C.19, S. 3, 2017, ss. 746-759, (https://dergipark.org.tr/tr/pub/mbdd/issue/31332, Çevrimiçi, e.t. 23.01.2021).

Ersoy, Çağlar, Robotlar, Yapay Zekâ ve Hukuk, On İki Levha, İstanbul, 2017.

Esenal, Ersin, "Yapay Zekâ ve Hukuk", Adalet İstanbul Dergisi, S. 12, Aralık 2018, ss. 88-93.

Fındık, H.Kerem, "Dünyada yapay zekâda neler oluyor?", (https://digitalage.com.tr/dunyada- yapay-zekâda-neler-oluyor/).

Goltz, Nachshon (Sean)/ Cameron-Huff, Addison/ Dondoli, Giulia, "Rethinking Global Regulation World's Law Meets Artificial Intelligence", ss.1-13, (https://www.researchgate.net/publication/ 329033663_Rethinking_ Global _ Regulation_ World's_Law_Meets_Artificial_Intelligence).

Gürzumar, Derya Durlu, "Hukuk Fakültelerinin Dönüşümü", Yapay Zekâ Çağında Hukuk, İstanbul, Ankara ve İzmir Baroları Çalıştay Raporu, 2019, ss.22-27,

(https://www.istanbulbarosu.org.tr/files/docs/Yapay_Zekâ_Caginda_Hukuk2019.pdf).

Gyuranecz, Franciska Zsófia/ Krausz, Bernadett/ Papp, Dorottya, The AI is now in session-The impact of digitalization on courts, Kovács, Bálint(ed.), EJTN THEMIS SEMI-FINAL D – Judicial Ethics and Professional Conduct, Team Hungary, 2019, (http://www.ejtn.eu/PageFiles/17916/TEAM%20 HUNGARY%20TH% 202019%20D.pdf).

Heikkinen, Tiia-Helina, How Does the Use of Artificial Intelligence Affect the Concept of Fair Trial?, Faculty Of Law Lund University, Master Thesis-International Human Rights Law, Lund, 2019, (https://lup.lub. lu.se/ student-papers/search/publication/8980709).

Johnston, Chris, Artificial intelligence 'judge' developed by UCL computer scientists, (https://www.the guardian.com/technology/2016/oct/24/artificial-intelligence-judge-university -college-london-computer-scientists).

Kamener, Larry,"Courting change: the verdict on AI and the courts", (https://www. centre for public impact.org /courting-change-verdict-ai-courts/).

Kelly, Kevin, "The Myth of a Superhuman AI", 2017, (https://www.wired. com/ 2017/04/the-myth-of-a-superhuman-ai/).

Kılıçarslan, Seda Kara, "Yapay Zekânın Hukuki Statüsü Ve Hukuki Kişiliği Üzerine Tartışmalar", Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, S. 2, 2019, ss. 363-389. (https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/775111).

Kızrak, M. Ayyüce, "Hukuk ve Teknoloji İlişkisi", Yapay Zekâ Çağında Hukuk, İstanbul, Ankara ve İzmir Baroları Çalıştay Raporu, 2019, ss. 18-21, (https://www.istanbulbarosu.org.tr/files/docs/Yapay_Zekâ_Caginda_Hukuk2019.pdf).

Krausova, Alzbeta, "Intersections between Law and Artificial Intelligence", International Journal of Computer, C. 27, S. 1, 2017, ss. 55-68, (https://www.researchgate.net/publication/320057692_Intersections_ between_Law_ and_ Artificial_Intelligence).

Kravets, David, "Jan. 25, 1979: Robot Kills Human", (https://www.wired. com/ 2010/01/0125robot-kills-worker).

Liao, Shannon , " 'World's first robot lawyer' now available in all 50 states", (https:// www.theverge.com/ 2017/7/12/15960080/chatbot-ai-legal-donotpay-us-uk).

Lindroos-Hovinheimo, Susanna, "Private Selves – An Analysis of Legal Individualism", Kurki, Visa A.J./ Pietrzykowski, Tomasz(ed.), Legal Personhood: Animals, Artificial Intelligence and the Unborn, Law and Philosophy Library, C. 119, 2017, ss. 29-46.

Lynch, Shana, "Andrew Ng: Why AI Is the New Electricity", (https://www.gsb.stanford.edu/insights/Andrew Ng: Why AI Is the New Electricity | Stanford Graduate School of Business).

Mcgregor, Lorna/ Murray, Daragh/ Ng, Vivian, "International Human Rights Law as a framework for algorithmic accountabilit", British Institute of International and Comparative Law 2019, C. 68, ss. 309–343, (https://www.cambridge.org/core/services/aop-cambridge-core/content/view/1D6D0A456B36BA7512A6AFF17F16E9B6/S0020589319000046a.pdf/international_human_rights_law_as_a_framework_for_algorithmic_accountability.pdf).

Muller, Catelijne, The Impact of Artificial Intelligence on Human Rights, Democracy and the Rule of Law, Ad Hoc Committee On Artificial Intelligence (Cahai), Strasbourg, 2020, (https://rm.coe.int/cahai-2020-06-fin-c-muller-the-impact-of-ai-on-human-rights-democracy-/16809ed6da).

Nasır, Süphan/ Özçelik, Salih, "Sürücüsüz Araçlara Yönelik Tüketici Tutumları", Avrasya Sosyal ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi , C. 4, S. 12, 2017, ss.590-603.

Onay, Alay/ Övür, Ayten, "Yapay Zekâ Örneği Olarak Black Mirror Dizisi Metal Kafa Bölümünün İncelenmesi", Yeni Medya Elektronik Dergi – eJNM, C. 2, S. 3, 2018, ss. 121-135. (https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/513991).

Önder, Murat, "Yapay Zekâ: Kavramsal Çerçeve", Demir, İbrahim(ed.), Disiplinlerarası Politika Vizyonu ve Stratejiler 2020, Iksad Publishing House, 2020, ss. 91-102.

Pekmez, Tuba Kelep, "Otonom Araçların Kullanımından Doğan Cezaî Sorumluluk: Türk Hukuku Bakımından Genel Bir Değerlendirme", Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, C. 6, S. 2, 2018, ss.173-195.

Pietrzykowski, Tomasz, "The Idea of Non-personal Subjects of Law", Kurki, Visa A.J./ Pietrzykowski, Tomasz(ed.), Legal Personhood: Animals, Artificial Intelligence and the Unborn, Law and Philosophy Library, C. 119, 2017, ss. 49-68.

Pirim, Harun, 2011, ss, 81-93 (https://journal.yasar.edu.tr/wp-content/uploads/2011/07/no1 _vol1 _07_harun_pirim.pdf).

Richards, Neil M./ Smart, William D., "How should the law think about robots?", 2013, ss. 1-25, (SSRN: https://ssrn.com/abstract=2263363).

Rotenberg, Marc, The AI Policy Sourcebook 2019, Electronic Privacy Information Center(EPIC), Washington DC, 2019.

Saripan, Hartini/Mohd Shith Putera, Nurus Sakinatul Fikriah, "Are Robots Human? A Review of the Legal Personality Model", World Applied Sciences Journal, C.34, S.6, 2016, s.824-831, (http://euro.ecom.cmu.edu/program/law/08-732/AI/AreRobotsHuman.pdf).

Say, Cem, 50 Soruda Yapay Zekâ, Bilim ve Gelecek Kitaplığı, Mart 2019, 9. Baskı.

Say, Cem, "Yapay Zekâ ve Hukuk", (https://sarkac.org/2018/06/yapay-zekâ-ve-hukuk/).

Saygılı, Hilal, "Yapay Zekâ: Güçlü Ve Zayıf Yönleri", Demir, İbrahim(ed.), Disiplinlerarası Politika Vizyonu ve Stratejiler 2020, Iksad Publishing House, 2020, ss.124-136.

Sevindi, Nur Sena, "Ross: İlk Yapay Zekâ Avukat", (http://www.gazetebilkent. com/ ?p=83089).

Schoenick, Carissa, "China May Overtake US in AI Research", Allen Institute for Artificial Intelligence, 2019, (https://medium.com/ai2-blog/china-to-overtake-us-in-ai-research-8b6b1fe30595).

Söyler, Yasin, "Barcelona Traction Davası ve Uluslararası Hukuka Etkisi", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XIX, 2015, S. 3, ss.207-247, (https:// kutuphane. dogus.edu.tr/mvt/pdf.php).

The Economist, "Tech competition-The dust-up", Şubat 2021.

Thaddeus, Josie,"Meet the first humans to sense where north is", (https://www.theguardian.com/technology/2017/jan/06/first-humans-sense-where-north-is-cyborg-gadget).

Ulaşan, Fatih, "Ulusal Yapay Zekâ Strateji Belgeleri ve Değerlendirmeler", Demir, İbrahim(ed.), Disiplinlerarası Politika Vizyonu ve Stratejiler 2020, Iksad Publishing House, 2020, ss.103-123.

Urban, Tim, "The AI Revolution: The Road to Superintelligence", 2015, (https://waitbutwhy.com/2015/01/artificial-intelligence-revolution-1.html).

Uyan Burhan, "Sav-Savunma-Karar Sürecini Yapay Zekâlılaştırabilir Miyiz?", Duruşma Arası - Kayseri Barosu Dergisi, S. 4, 2020, ss. 70-74.

Uzun, M. Metin, "Yapay Zekâ: Fırsat Ve Tehditler", Demir, İbrahim(ed.), Disiplinlerarası Politika Vizyonu ve Stratejiler 2020, Iksad Publishing House, 2020, ss.137-153.

Waddell, Kaveh, "Can judging be automated?", 2018, (https://www.axios.com/artificial-intelligence-judges-0ca9d45f-f7d3-43cd-bf03-8bf2486c ff3 6.html).

Yılmaz, Gizem, "Yapay Zekânın Yargı Sistemlerinde Kullanılmasına İlişkin Avrupa Etik Şartı", Marmara Avrupa Araştırmaları Dergisi, C.28, S.1, 2020, ss. 27-55.

Yılmaz, Oğuz Gökhan, Using Ai In Judicial Practice-Can Ai Sit On The Bench In The Near Future, A Master Thesis for the YLP/IEBL Program, Kyushu Üniversitesi, Fukuoka, 2019.

Zuboff, Shoshana, The Age of Surveillance Capitalism, Profile Books, Londra, 2019.

Analysis of the electronic consultation, Updated version for review by the CAHAI at its 5 th Plenary meeting, Strazburg, 18 Şubat 2021, Ad Hoc Committee On Artificial Intelligence (Cahai).

European Commission For The Efficiency Of Justice (CEPEJ), European ethical Charter on the use of Artificial Intelligence in judicial systems and their environment, (https://rm.coe.int/ethical-charter-en-for-publication-4-december-2018/16808f699c).

Questionnaire Concerning Artificial Intelligence And Criminal Justice (Using TheExample Of Automated Driving), Document Prepared By The CDPC Secretariat Directorate General I – Human Rights and Rule of Law, European Committee On Crime Problems (CDPC), CDPC(2019)8FIN, Strasbourg, 2019.

White Paper On Artificial Intelligence - A European approach to excellence and trust, European Commission, (https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/commission-white-paper-artificial-intelligence-feb2020_en.pdf).

https://www.aa.com. tr /tr/dunya/avustralyada-hukumetle-restlesen-google-arama-motorunu-kapatirsa-boslugu-microsoft-dolduracak/2129849

https://adviceal.com/teknoloji/makine-ogrenmesi-machine-learning-nedir/

https://www.artificiallawyer. com/ 2018/02/26/ lawgeex-hits-94-accuracy-in-nda-review-vs-85-for-human-lawyers/

https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-EN.asp?fileid= 22245& lang=en

https://bilimvegelecek.com.tr/index.php/2017/11/17/facebookun-yapay-zekâ-robotlari-kendi-urettikleri-dil-araciligiyla-iletisim-kurabildi/

https://www.cbot.ai/tr-blog/chatbot-konusuna-genel-bir-bakis/

https://www.centreforpublicimpact.org/courting-change-verdict-ai-courts/

https://www.chinadaily.com.cn/a/201901/24/WS5c4959f9a3106c65c34e64ea.html

https://www.cnbc.com/2017/09/04/putin-leader-in-artificial-intelligence-will-rule-world.html

https://www.cnnturk.com/teknoloji/gunluk-hayatimiza-girmis-yapay-zekâ-urunleri

https://www.coe.int/en/web/artificial-intelligence/glossary

https://www.coe.int/en/web/artificial-intelligence/history-of-ai

https://www.dw.com/tr/50-milyar-dolarlık-dolandırıcılığın-öyküsü/a-3880572

https://www.easoftware.org/yazilim/hack-nedir-hack-nasil-yapilir

https://www. endustri40.com/endustri-tarihine-kisa-bir-yolculuk/

https://www.endustri40.com/yapay-zekâ-makine-ogrenimi-ve-derin-ogrenme-arasindaki-farklar/

https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri =CELEX: 32016R0679& from=EN

https://tr.euronews.com/2020/02/23/blokzincir-blockchain-nedir-askeri-teknolojiyi-nasil-etkileyecek

https://www.fbi.gov/file-repository/terrorist-screening-center-frequently-asked-questions.pdf/view

https://www.juniperresearch.com/press/press-releases/business-losses-cybercrime-data-breaches

https://www.newscientist.com/article/2114748-google-translate-ai-invents-its-own-language-to-translate-with/

https://tr.pharoskc.com/2831-what-is-the-2010-flash-crash

https://technotoday.com.tr/yapay-zekânin-cesitleri/

https://www.theguardian.com/technology/2018/mar/19/uber-self-driving-car-kills-woman-arizona-tempe

https://thestartupscene.me/FUTURE/The-World-s-first-Minister-for-Artificial-Intelligence-Was-Just-Appointed-In-the-UAE

https://www.theverge.com/ces/2017/1/4/14173324/ford-amazon-echo-alexa-integration-ces-2017

https://turkiye.ai/yapay-zeka-endeksi-2019-yili-raporu-aciklandi/

https://uyap.gov.tr/Genel-Bilgi

https://en.wikipedia.org/wiki/Black_box

https://tr.wikipedia.org/wiki/Genel_Veri_Koruma_Y%C3%B6netmeli%C4%9Fi

https://en.wikipedia.org/wiki/Information_silo

https://en.wikipedia.org/wiki/COMPAS_(software)

https://www.wired.co.uk/article/ibm-watson-artificial-intelligence

DENİZDE ÇATIŞMANIN ÖNLENMESİNE DAİR ULUSLARARASI KURALLAR BAĞLAMINDA İNSANSIZ VE OTONOM GEMİLERDE İYİ GEMİCİLİK İLKESİ VE GÖZCÜLÜK GÖREVİ

Good Seamanship Principle and Look-Out Duty on Unmanned And Autonomous Ships in the Context of the Convention on the International Regulations for Preventing Collisions at Sea, 1972 (COLREGs)

Dr. Fevzi Fırat GÖZÜYEŞİL*

Özet: İnsansız (ve otonom) gemiler, gün geçtikçe çok önemli bir hâle gelmekte ve aynı zamanda bunların küresel deniz ticaretinin ve gemiciliğinin geleceğini de şekillendireceği tahmin edilmektedir. Bu köklü değişim, 1972 Denizde Çatışmanın Önlenmesine İlişkin Uluslararası Kurallar'a (COLREGs) uyum konusunda bazı ciddi sorunları gündeme getirmektedir. Bu çalışmada insansız gemilerin hukukî statüsü, COLREGs hükümleri dairesinde öngörülen iyi gemicilik ilkesi bağlamında incelenmiştir. Literatürde, insansız gemilerin mevzuata uyumunu kolaylaştırmak için COLREGs hükümlerinden kaynaklanan sıkıntıların incelenmesi gerektiği ifade edilmiştir. Bu çerçevede, çalışmada iki ana mesele ele alınmaktadır. Birincisi, insansız gemiler bağlamında iyi gemicilik ilkesini uygulayabilmek için hangi yaklaşımın izlenmesi gerektiğidir. İnsansız gemiler ile iyi gemicilik ilkesi arasındaki bağlantılar konusunda bazı farklı görüşler ileri sürülmüştür; bu bakımdan bu görüşler değerlendirilmiştir. İnsansız gemiler noktasındaki ikinci önemli mesele ise, gözcülük yükümlülüklerinin

Abstract: Unmanned (and autonomous) ships are becoming crucial day by day and also it is preditcted to shape the future of global maritime trade and shipping. This fundamental change brings some serious issues up about compliance with the International Regulations for Preventing Collisions at Sea 1972 (COLREGs). In this study, it is examined that the legal status of unmanned ships in the context of the principle of good seamanship imposed by COLREGs. In litarature, it is stated that to faticilate entrance of unmanned ships, the praxis barriers revealed by COLREGs need to be examined. In this framework, two main issues are addressed in the study. The first is what approach should be taken to apply the principle of good seamanship in the context of unmanned ships. There are some different views about the relationship between unmanned ships and good seamanship in this regard, these opinions are evaluated. The second crucial issue for unmanned ships is whether the wording, spirit and interpretation of Look-out obligations

* Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi,
Arş. Gör. fevzi.gozuyesil@hbv.edu.tr, ORCID: 0000-0002-3266-1642
Makale Geliş Tarihi:08.03.2021, Makale Kabul Tarihi: 04.05.2021

(Kural 5) lafzı, ruhu ve yorumunun, sesli teknik sistemler, radarlar, kameralar, sensörler ve çok sayıda başka teknolojik enstrümanın insan duyularının yerini alacak bir kombinasyonu benimsemek için genişletilip genişletilemeyeceğidir.
Anahtar Kelimeler Otonom Gemiler, İnsansız Gemiler, COLREGs, İyi Gemicilik, Gözcülük.

(Rule 5) can be expansived enough to espouse a combination of audio technical systems, radars, cameras, sensors and other numerous technological instruments replace human senses
Keywords: *Autonomous Ships, Unmanned Ships, COLREGs, Good Seamanship, Look-out.*

Giriş

Deniz ticareti hukuku, yüzyıllardan bu yana gelişen, istikrarlı ve yerleşik kaideleri olan, köklü bir hukuk dalıdır. Denizci toplumların ve deniz tacirlerin oluşturduğu ortak kültürün tezahürü olan bu kurallar manzumesi içinde, kaptanın statüsü, konşimento, deniz sigortaları, müşterek avarya, deniz çatmaları gibi birçok müessese ve kuralın geçmişi, oldukça eskiye dayanır. Buna mukabil bilhassa son iki yüzyılda, denizcilik ve gemicilik sahasında fevkalade gelişmeler söz konusu olmuştur. Yelkenli gemiler devrindeki kurallar, buhar, dizel ve nükleer tahrikli gemilere uyumlulaştırılmış; hacim olarak sürekli büyüyen gemi ve limanlar, modern dünyanın kalkınma ihtiyaçlarına bağlı olarak deniz ticaretini dönüştürmüş ve geliştirmiştir. Bu bakımdan, diğer sektörlere nazaran muhafazakâr bir alan olmasına rağmen deniz ticareti, yenilikçi ve rekabetçi bir anlayışla büyük dönüşümler geçirmiştir.

Denizcilik ve gemiciliğin 21. Yüzyılın ilk çeyreğindeki en önemli dönüşüm ve gelişim konularından biri, şüphesiz ki insansız ve otonom gemileri ile alâkalıdır. Bütün teknolojik ilerlemeler gibi, insansız ve/veya yapay zekâ ile işletilen ve seyrüsefer eden gemiler, evvelâ bilimsel ve zihnî kurgu ağırlıklı olarak gündeme gelmiştir-. Lakin son yıllarda bu kurgunun gerçeğe dönüşünü çıplak gözle izleme fırsatı elde edilmiştir. Bilhassa gemi sanayiinde, insansız ve/veya otonom gemilerin deniz ticaretinde kullanılması noktasında ciddi çalışmalar söz konusudur ve birtakım çalışmalar yine devam edilmektedir. Hatta öyle ki, insansız ve otonom gemi teknolojisinin denizcilik ve gemicilikte yaratacağı etkinin, çelik konstrüksiyon ve buhar teknolojisinin ortaya çıkışıyla karşılaştırılabilecek mahiyette olduğu dahi ifade edilmektedir.[1]

İnsansız deniz araçları, haritalama, hidrografi, petrol platformlarının bakımı, bilimsel araştırmalar, maden arama, boru hatlarının ve su altı kabloların döşenmesi ve bakımı, gemi ve limanların bakım ve onarımı, enkaz incelemeleri gibi birçok sivil amaç için kullanılmakladır. Ancak bu alandaki esaslı gelişmelerin, bilhassa askerî amaçlarla ve bu gemi ve deniz araçlarının tanınmasının askerî üretimler neticesinde söz konusu olduğunu ifade etmek gerekir. Gözetleme, nakliye, mayın temizleme, casusluk ve deniz muharebe faaliyetlerinde insansız deniz araçları bugün itibariyle kullanılmaktadır.[2]

---

1 Hooydonk, Eric Van, "The Law of Unmanned Merchant Shipping – An Exploration", The Journal of International Maritime Law, no. 20, 2014, s. 403.

2 Komianos, Aristotelis, "The Autonomous Shipping Era. Operational, Regulatory, and Quality Challenges", International Journal on Marine Navigation and Safety of Sea Transportation, Vol. 12, no. 2, 2018, s. 336; Hooydonk, 2014, s. 404. Veal, Robert/Tsimplis, Michael/Serdy, Andrew, "The Legal Status and Operation of Unmanned Maritime Vehicles", Ocean Development & International Law, Vol. 50, no. 1, s. 24; Li, Rui, "On the Legal Status of Unmanned Ships", China Oceans Law Review, Vol. 2019, no. 4, 2019, s. 165; Allen, Craig H., "Determining the Legal Status of

Memleketimizde de, bilhassa silahlı ve silahsız insansız hava araçlarının (İHA) üstün başarılarından mülhem olarak, insansız deniz araçlarının savunma sanayii bağlamında ilk defa geniş çevrelerde ilgi gördüğü ifade edilebilir.[3]

Bu makalede, insansız ve/veya otonom ticaret gemileri bakımından, Denizde Çatışmanın Önlenmesine Dair Uluslararası Kurallar (COLREGs)[4] hükümlerinde atıf yapılan "iyi gemicilik ilkesi" ve "gözcülük görevi" değerlendirilmektedir. Özellikle yapay zekâ ile çalıştırılan gemiler için, bu düzenlemelerde bir değişiklik ihtiyacı olup olmadığı hususu da ele alınmaktadır. Bu esastan olmak üzere makale iki ana kısımdan müteşekkildir. İlk olarak, konu ile ilgili temel kavramların tanıtılması amaçlanmaktadır. İnsansız ve otonom gemi kavramları bu bapta tanımlanmakta ve tanıtılmakta; meselenin teknik boyutuna da kısaca yer verilmektedir. İkinci kısımda ise COLREGs hükümlerinde ifadesini bulan iyi gemicilik ilkesi ve gözcülük vazifesi dairesinde insansız ve/veya otonom gemiler üzerinde durulmaktadır.

I- İNSANSIZ (VE OTONOM) GEMİLER

A- Terminoloji ve Tanım

İnsansız gemiler (*unmanned ships*) için birçok farklı tanım yapılmış; kavram, zaman zaman otonom gemi (*autonomous ship*) ile zaman zaman da akıllı gemi (*smart ship*) ile eş anlamlı olarak kullanılmıştır. Bu eş kullanımların, bir kısmının kavramlar arasındaki farkı bilinçli olarak göz ardı etmekten kaynaklandığı, bir kısmının ise hatalı değerlendirmelere istinat ettiği ifade edilebilir. Bu makalede ise kelimelerim gerçek anlamları esas alınmış ve her iki kavram ayrıca ele alınmış; genelleme

---

Unmanned Maritime Vehicles: Formalism vs Functionalism", Journal of Maritime Law and Commerce, Vol. 49, no. 4, 2018, s. 477; Coito, Joel, "Maritime Autonomous Surface Ships: New Possibilities - And Challenges - In Ocean Law and Policy", International Law Studies Series. US Naval War College, Vol. 97, 2021, s. 261.

[3] "Türkiye'nin ilk silahlı insansız deniz aracı tanıtıldı", Anadolu Ajansı (Göksel Yıldırım), 28.10.2020.

https://www.aa.com.tr/tr/turkiye/turkiyenin-ilk-silahli-insansiz-deniz-araci-tanitildi/2022082 (Erişim Tarihi: 15.12.2020).

[4] COLREGs (Denizde Çatışmanın Önlenmesine Dair Uluslararası Kurallar / The International Regulations for Preventing Collisions at Sea), IMO (Uluslararası Denizcilik Örgütü/International Maritime Organisation) tarafından Londra'da düzenlenen bir konferansta 1972'de kabul edilmiş; 15 Temmuz 1977 tarihinde ise yürürlüğe girmiştir. Türkiye de, 12.12.1977 tarih ve 7/14561 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile Kuralları onaylamıştır (R.G. 29.04.1978 tarih ve 16273 sayı). Bakanlar Kurulu onayıyla Kurallar, Denizde Çatışmayı Önleme Tüzüğü olarak iç hukuka aktarılmıştır. Bununla birlikte sözleşmeye tam olarak katılmamız, 14.05.2013 tarih ve 6479 sayılı Kanun ile uygun bulunmuştur (R.G. 29.05.2013 tarih ve 28661 sayı).

yapmak gerektiğinde ise *insansız ve/veya otonom gemiler* ibaresi kullanılmıştır.

İnsansız gemi, otonom gemileri de içine alan bir üst kavramdır.[5] Bu bağlamda insansız gemiler, uzaktan kumanda ile yahut otonom şekilde veya her ikisinin bir kombinasyonundan oluşabilecek şekilde su yüzeyinde seyreden gemiler olarak tarif edilmiştir.[6] Bir başka tanıma göre ise insansız deniz araçları, mürettebat olmaksızın kontrollü ve kendinden tahrikli bir şekilde suda hareket edebilen araçlardır.[7] USV (*Unmanned Surface Vehicles*) ibaresinden başka Otonom Yüzey Deniz Gemileri (*MASS - Maritime Autonomous Surface Ships*) ifadesi de bilhassa IMO belgelerinde ve Avrupa'daki denizcilik çevrelerinde kullanılmaktadır. IMO Deniz Güvenliği Komitesi *(MSC - The Maritime Safety Committee*) Mayıs 2018'de gerçekleştirdiği 99. oturumunda MASS kavramını, "*farklı derecelerde olmak üzere insan etkileşiminden bağımsız olarak çalışabilen bir gemi*" olarak tanımlamıştır.[8] Çin'de ise akıllı gemi (*intelligent ships*) kavramının da kullanıldığı görülmektedir.[9]

İnsansız ve/veya otonom gemilerin, görüldüğü gibi birçok farklı tanımını yapmak mümkündür. Biz ise insansız gemileri, herhangi bir mürettebat olmaksızın, uzaktan kumanda edilerek yahut yapay zekâ veya benzeri teknolojiler aracılığıyla tamamen otonom şekilde seyrüsefer edebilen gemiler olarak tanımlamaktayız. Ancak bu noktada gemide mürettebat bulunmaması, herhangi bir insan unsurunun hiçbir surette gemide bulunmaması olarak anlaşılmamalıdır. Seyrüsefer ve seyir güvenliği ile alâkası olmayan bakım-onarım personelinin veya yolcuların varlığı, o geminin insansız gemi olarak tavsifini engellemez.

---

5 "*İnsansız araç*" kavramını da bir üst kavram olarak ele alıp; (1) İnsansız Hava Araçları (*İHA'lar*), (2) İnsansız Kara Araçları (*Unmanned Ground Vehicles - UGV*) ve (3) İnsansız Deniz Araçları/İDA'lar (*Unmanned Marine Vehicles - UMV*) şeklinde bir tasnif yapılmaktadır. İnsansız deniz araçları da, (1) İnsansız Yüzey/Su üstü Araçları (*Unmanned Surface Vehicles - USVs*) ve (2) İnsansız Sualtı Araçları (*Unmanned Underwater Vehicles - UUVs*) olarak ikiye ayrılabilir (Bkz. Allen, 2018, s. 484; Rødseth, Ørnulf Jan/Nordahl, *Håvard, Definition for Autonomous Merchant Ships*, Norwegian Forum for Autonomous Ships, 2017. s. 7). Diğer bazı tasnifler için ayrıca bkz. Hooydonk, 2014, s. 404; Komianos, 2018, s. 336; Li, 2019, s. 168; Chwedczuk, Michal, "Analysis of the Legal Status of Unmanned Commercial Vessels in U.S. Admiralty and Maritime Law", Journal of Maritime Law and Commerce, Vol. 47, no. 2, April 2016, s. 128; Veal/Tsimplis/Serdy, 2019, s. 24).

6 Pritchett, Paul W., "Ghost Ships: Why the Law Should Embrace Unmanned Vessel Technology", Tulane Maritime Law Journal, Vol. 40, no. 1, Winter 2015, s. 199.

7 Veal/Tsimplis/Serdy, 2019, s. 23.

8 "IMO takes first steps to address autonomous ships", 25 May 2018.
https://www.imo.org/en/MediaCentre/PressBriefings/Pages/08-MSC-99-MASS-scoping.aspx (Erişim Tarihi: 12.01.2021).

9 Rules for Intelligent Ships 2020, China Classification Society, https://www.ccs.org.cn/ (Erişim Tarihi: 15.02.2021).

B- İnsansız Gemilerde Mürettebat Unsuru ve Otonomi Seviyesi

İnsansız gemilerin tasnif edilmesinde, gemide mürettebatın bulunup bulunmaması ve geminin kontrol mekanizmasının esas alındığı iki temel kıstas vardır. Bu iki kıstas, birbirinden ayrı ele alınabileceği gibi; birlikte de değerlendirilebilir ve esasında birbiriyle de örtüşen bir görünüm arz eder. Bu bağlamda insansız gemilerin, insan operatörlerinin seyrüsefere hangi ölçüde dâhil olduklarına ve gemide karar alma süreçlerinin karmaşıklığına bağlı olarak tasnif edildiği görülmektedir.[10] Esasında modern sanayideki araç ve teknolojilerin çoğu, tamamen manuel (insan eliyle işletilen) çalışma ile tamamen otonom (özerk) çalışma modelleri arasında bir yere düşmektedir.[11] Bu bakımdan, otonomi seviyesi, işletim sistemlerinde insanlar ve makineler arasındaki rol ve ilişkilerin değerlendirilmesi ile açıklanabilir.[12] Tüm bu hâllerde, mürettebatın sayısı ve niteliği (varsa) veya kıyı kontrol merkezinden veya eşlik eden bir başka gemiden uzaktan kumanda yöntemi ile işletme şeklinde birçok farklı uygulama söz konusu olabilir.

Konu ile ilgilenen müellifler, insansız gemilerin işletilmesinde insan unsuru ve kontrol mekanizmaları bakımından üçlü, beşli, altılı ve hatta çok daha tafsilatlı tasnifler yapmışlardır. Bu noktada geminin mürettebat seviyesi ile kontrol mekanizmasının yapısı genellikle örtüşür ancak bunun mutlak olmadığını da ifade etmek gerekir.[13] Gemi inşa ve teknolojisine ne kadar vâkıf olunursa; o derece tafsilatlı tasnifler söz konusu olabilir. Mesela köprü üstünde insan unsurunun ne şekilde bulunabileceğine, otonom seviyesinden ayrı olarak değinilmiştir:[14]

---

10 Chwedczuk, 2016, s. 128.

11 Mallam, Steven C./Nazir, Salman/Sharma, Amit, "The Human Element in Future Maritime Operations – Perceived Impact of Autonomous Shipping", Ergonomics, Vol. 63, no. 3, 2020,, s. 335; Kobyliński, Lech, "Smart Ships – Autonomous or Remote Controlled?", Scientific Journals Zeszyty Naukowe of the Maritime University of Szczecin, Vol. 53, no. 125, 2018, s. 29.

12 Mallam/Nazir/Sharma, 2020, s. 335; Ringbom, Henrik, "Regulating Autonomous Ships - Concepts, Challenges and Precedents", Ocean Development & International Law, Vol. 50, no. 2-3, 2019, s. 6; Guerra, Stephanie, "Ready about, Here Comes AI: Potential Maritime Law Challenges for Autonomous Shipping", University of San Francisco Maritime Law Journal, Vol. 30, no. 2, 2017, s. 72.

13 Bkz. "Being A Responsible Industry", Maritime Autonomous Surface Ships (MASS) UK Industry Conduct Principles and Code of Practice, A Voluntary Code Version 3, November 2019, s. 20; "LR defines 'autonomy levels' for ship design and operation", 08 Jul 2016, https://www.lr.org/en/latest-news/lr-defines-autonomy-levels-for-ship-design-and-operation/ (Erişim Tarihi: 25.12.2020); "Autonomous and Remotely Operated Ships", Class Guideline, September 2018,

http://rules.dnvgl.com/docs/pdf/dnvgl/cg/2018-09/dnvgl-cg-0264.pdf (Erişim Tarihi: 25.12.2020); "Seafarers and Digital Disruption", International Chamber of Shipping, Lead Author: Prof. Dr. Max Johns, Hamburg/London, 2018, s. 7.

14 Rødseth/Nordahl, 2017, s. 7.

i) Sürekli İnsanlı Köprü Üstü/Otonomi Destekli (AAB): Köprü üstünde her zaman insan bulunur ve mürettebat devam eden işlem ve süreçlere anında müdahale edebilir.

ii) Sınırlı İnsansız Köprü Üstü (PUB): Gemi, köprü üstünde mürettebat olmaksızın sınırlı süreler için çalışabilir; mesela açık denizlerde ve güzel havalarda. Mürettebat gemide bulunur ve herhangi bir sorun olması hâlinde devreye girebilir.

iii) Sınırlı İnsanlı Gemi (PUS): Gemi, uzun süreler boyunca köprü üstü mürettebatı olmadan çalışır. Limana yanaşma, kanal geçişleri gibi hâllerde bir biniş ekibi gemiye girer veya bir eskort botu gemiye eşlik eder.

iv) Sürekli İnsansız Gemi (CUS): Gemi, özel ve acil durumlar haricinde, insansız çalışması için tasarlanmıştır. Bu, gemide köprünün kontrolünü almaya yetkili kimse yoktur. Aksi takdirde gemi PUB olarak sınıflandırılır. Gemide, bakım ekibi ya da yolcuların bulunması mümkündür.

Bu bapta biz, otonomi seviyesine göre IMO tarafından yapılmış olan dörtlü tasnife bağlı kalarak izahatta bulunacağız.[15] Bu dört tür otonom seviyesinde, kontrol veya destekleme amacı ile insan unsurunun ve oluşturulmuş birtakım ekiplerin yedekte ya da acil durumlarda müdahale için mevcut olması da mümkündür.[16] Benzer bir şekilde, insan unsurunun geminin işletilmesine dahli, seyrüseferin ve birtakım işlemlerin ve süreçlerin bizzat yönetilmesi yahut onaylanması olarak tezahür edebilir.[17]

1. Otomatikleştirilmiş İşlem ve Karar Desteğine Sahip Gemiler

Otomatikleştirilmiş işlem ve karar desteğine sahip gemiler, en alt otomasyon seviyesi ile işletilir ve "0" otomasyonlu-tam mürettebatlı gemilerden, birtakım alt sistemlerin otomatik olarak gerçekleştirilmesi ile ayrılır. Çarpışma önleme radarları, elektronik harita sistemleri ve otopilot gibi sistemler bu tür gemilerde kullanılabilmektedir.[18] Bu tür

---

15 "IMO takes first steps to address autonomous ships", 25 May 2018. https://www.imo.org/en/MediaCentre/PressBriefings/Pages/08-MSC-99-MASS-scoping.aspx (Erişim Tarihi: 12.10.2020).

16 Otonom ve diğer alt seviye gemilerde, Gemide Kontrol Ekibi (*OCT - On-board Control Team*) ve Acil Durum Kontrol Ekibi (*Emergency Control Team - ECT*) bulunabilir. Bunlar, gemiyi limana yanaştırmak veya limandan çıkarmak için veya bazı gemi sistemlerinde kritik arızların giderilmesi için gemiye girebilen mobil ekiplerdir (Bkz. Rødseth/Nordahl, 2017, s. 6).

17 Guerra, 2017, s. 72.

18 Rødseth/Nordahl,2017, s. 11; Jordan, Samantha, "Captain, My Captain: A Look at Autonomous Ships and How They Should Operate under Admiralty Law", Indiana International & Comparative Law Review, Vol. 30, no. 2, 2020, s. 288.

gemilerde, mürettebat gemide bulunur ve seyrüseferin ve teknik işletmenin komutası mürettebattadır. Mürettebat, geleneksel gemicilik anlayışı çerçevesinde seyrüseferi üstlenmektedir ancak belli birtakım işlemlerin gerçekleştirilmesinde teknolojik imkânlardan faydalanılmaktadır.

Teknolojik imkânlardan faydalanmak suretiyle mürettebata yapılan bu yardımlar, esasen uzun yıllardır söz konusu olan bir uygulamadır. Bu ve benzeri teknolojik altyapılar, birçok uluslararası toplantıda görüşülmüş ve bugün itibariyle birtakım standartlara da bağlanmıştır.[19] Bu tür gemilerde, otonominin bulunmadığını ifade etmek mümkündür.

2. Gemide Mürettebatın Bulunduğu Uzaktan Kumandalı Gemiler

Mürettebatlı uzaktan kumandalı gemilerde, geminin seyrüseferi esasen bir kıyı kontrol merkezi (SSC)[20] ya da bir başka gemiden kontrol edilmektedir. Ayrıca gemide, seyrüseferin gözetimi, bazı kritik manevraların gerçekleştirilmesine ve gerektiğinde seyir nöbetini üstlenmeye hazır bir veya birkaç personel bulunabilecektir.[21] Bu tür gemilerde, uzaktan kumanda ile işlemler gerçekleştirilirken, beklenmedik bir durumla karşılaşılması hâlinde köprü üstü mürettebatı devreye girebilir ve kontrolü ele alabilir.

Mürettebatlı ve uzaktan kumandalı gemilerde, gemi sınırlı zamanlarda insansız olarak çalışabilir. Mesela açık denizde ve güzel

---

[19] Ringbom, 2019, s. 10. Bu otomatikleştirilmiş desteğe bir örnek olarak, mürettebatın manuel olarak yapabileceğinden çok daha hassas bir şekilde manevra yapılmasını sağlayan, geminin konumu ve önceden tanımlanmış yönünü ya da rotasını otomatik olarak koruyan Dinamik Konumlandırma - DK (*Dynamic Position – DC*) gösterilebilir (Bkz. Akyıldız, Hakan/Menteş, Ayhan, "Dinamik Konumlandırma Sistemi", GİDB Dergi, S. 13, 2018, s. 3,

https://gidbdergi.itu.edu.tr/sayilar/13/1301.pdf (Erişim Tarihi: 01.02.2021).

[20] Kıyı kontrol merkezi (*Shore Control Centre - SCC*), kısmen beklenmedik hâllerde devreye girmek için hazır ve yedek olarak, kısmen gemide algılama ve kontrol sistemlerinin karmaşıklığını azaltmak ve kısmen de geminin bir insanın kontrolünün arandığı kanunî gereklilikleri karşılamak için hemen hemen tüm otonom seviyelerindeki gemilerde bir şekilde mevcut olacaktır. MUNIN Projesi kapsamında, bir SCC olmadan genel bir otonom gemi sistemi tasarlamanın çok zor olacağı tespiti yapılmıştır. SCC, geminin kontrolünü ele aldığında, gemi kaptanının ve mürettebatın sorumluluğunu üstlenecektir. SCC, gemi maliki ya da işleten tarafından veya onlar adına özel bir kuruluş olarak işletilecektir. Bir SSC'nin kaynakların en verimli kullanması için birkaç gemiye hizmet vermesi ya da bir geminin farklı zaman farklı SCC'lerin gözetiminde olması da prensip olarak mümkün olabilecektir (Bkz. Rødseth/Nordahl, 2017, s. 8; Deketelaere, Pol, *The Legal Challenges of Unmanned Vessels*, Master Dissertation, Universiteit Gent, 2017, s. 20).

[21] Jordan, 2020, s. 288; "Analysis of Regulatory Barriers to the Use of Autonomous Ships - Final Report", Danish Maritime Authority, December 2017.

havalarda, mürettebatın köprü üstünde gemiyi kontrol etmesine gerek olmayabilir. Hatta insan unsurunun katkısı olmaksızın, otomatik yanaşma gibi birtakım zorlu işlemler otomasyon sistemler tarafından da gerçekleştirilebilir.[22] Bir başka ifade ile bu gemiler, kısmî otonom işleyiş için uygundur ve gerektiğinde hem kıyı operatörü hem de gemideki mürettebat gemiye ve seyrüsefere müdahalede bulunabilir. Nitekim makine dairesindeki mürettebatın fizikî vardiyasının ihtiyarî olarak kılavuzlar ve standartlar dairesinde birtakım sensör ve alarmlarla değiştirilmesi ve Denizde Can Emniyeti Uluslararası Sözleşmesi (*International Convention for the Safety of Life at Sea - 1974, SOLAS*)[23] (Bölüm II-1, E m. 19) çerçevesinde "periyodik olarak vardiya tutulmayan makina mahaller" olarak düzenlenmesi de söz konusu olmuştur.[24]

Esasında bugün itibariyle otonom gemi teknolojisi, yaygın kullanım bakımından bu tasnifin ikinci düzeyini aşabilmiş değildir.[25]

3. Gemide Mürettebatın Bulunmadığı Uzaktan Kumandalı Gemiler

Bu modelde, gemi kıyıdan veya bir kıyı kontrol merkezinden ya da başka bir gemiden kontrol edilir ve gemide mürettebat bulunmaz. Bu bakımdan mürettebatlı uzaktan kumandalı gemilerle uzaktan kumanda sistemi açısından benzerlik arz eder. Gemiye mündemiç teknoloji, kıyıdaki operatöre bilgi iletmektedir ve operatör de gemiyi bilgiye göre yönlendirmektedir.[26] Bu sistem, bir üst başlıkta bahsedilen mürettebatlı uzaktan kumandalı gemiler ile esasında aynı çalışma prensibine bağlıdır.

Uzaktan kumandalı gemiler, sağlanan radar, kamera ve/veya uydu görüntüleri ve diğer verilerin toplandığı ve yorumlandığı, bir kıyı kontrol merkezinden çalıştırılır. Bu gemiler aynı zamanda drone gemileri olarak da adlandırılır ve yine uzaktan kumandalı model gemileri çağrıştırır.[27] Bu tür gemilerin avantajı, bilhassa sorumluluk hukuku bağlamında hukukçular için daha kolay birtakım çözümler

---

22 Rødseth/Nordahl, 2017, s. 11.

23 Denizde Can Emniyeti Uluslararası Sözleşmesi (International Convention for the Safety of Life at Sea, 1974 – SOLAS). 1 Kasım 1974 tarihinde kabul edilmiş ve 25 Mayıs 1980'de yürürlüğe gören sözleşme, Türkiye, 31 Ekim 1980 tarihinden bu yana sözleşmeye taraftır (R.G. 25.5.1980 tarih ve 16998 sayı).

24 Ringbom, 2019, s. 12; Pietrzykowski, Z./Hajduk, J., "Operations of Maritime Autonomous Surface Ships", the International Journal on Marine Navigation and Safety of Sea Transportation, Vol. 13 no. 4, December 2019, s. 728.

25 Felski, Andrzej/Zwolak Karolina, "The Ocean-Going Autonomous Ship - Challenges and Threats", Journal of Marine Science and Engineering, Vol. 8, no. 1, 2020, s. 5, https://www.mdpi.com/2077-1312/8/1/41 (Erişim Tarihi: 18.02.2021).

26 Chwedczuk, 2016, s. 128; Pritchett, 2015, s. 199.

27 Hooydonk, 2014, s. 404. Benzer şekilde Veal/Tsimplis/Serdy, 2019, s. 24.

sunabilmesidir. Çünkü nihaî kararı veren ya da işleme onay ya da ret kararı veren bir insan varlığı söz konusudur.

Bu gemiler, kuvvetle muhtemel deniz ticaretinde seri olarak kullanılması söz konusu olan ilk insansız gemi türü olacaktır. Mürettebatsız uzaktan kumandalı gemiler için bugün için gerekli teknolojik altyapı mevuttur ve önümüzdeki on yıl içinde bu teknolojinin yaygınlaşması ve ticaret gemilerinin bu surette işletilmesi mümkün olabileceği öngörülmektedir.[28]

4. Tam Otonom Gemiler

Otonomi, kendi kendini düzenleme (*self-regulation*) veya özyönetim (*self-government*) anlamlarına gelir.[29] *Otonom insansız araç* kategorisi ise hem yarı otonom, hem de tam otonom araçları kapsar.[30] Bu bakımdan, otonom sistemlerin gemi teknolojileri ile alâkalı belirleyici özelliği, birtakım işlem ve süreçlerin herhangi bir köprü üstü ya da kıyı personelinden bağımsız olarak gerçekleşmesidir. Otonom gemiler bağlamında *otonomi*, geminin işletilmesi ve seyrüseferinin ya da geminin bir veya daha çok işlevinin, tam veya kısmî zamanlı olarak insan müdahalesi olmadan gerçekleştirilebilmesi olarak tarif edilebilir.[31]

Otonom gemiler aynı zamanda akıllı gemiler (*smart ships)* olarak anılmaktadır. Bununla birlikte, bilhassa son zamanlarda otomatik yanaşma sistemleri, çarpışma önleme sistemleri ve benzerleri gibi, bu tür gemilerin daha güvenli ve daha kolay işletilmesini sağlamak gibi farklı amaçlarla modern gemilerde birçok "*akıllı*" teknoloji kurulmuştur, ancak bu tür gemiler akıllı gemi olarak nitelendirilmemektedir.[32] Bu bakımdan otonom gemiler, mutlak surette belirli bir düzeyde otomasyona ve kendi kendine yönetim kabiliyetine sahip olan gemilerdir.[33]

Tam otonom bir gemi, karşılaştığı tüm sorunları kendisi çözer ve planlanan rotayı insan müdahalesi olmaksızın takip eder. Bu, esasında geminin herhangi bir kıyı kontrol merkezine ve köprü üstü personeline sahip olmayacağı anlamına gelir. Geminin işletim sistemi, kararları alır ve riskleri hesaplar; gerekli eylemleri belirleyip uygulanması için harekete geçer.[34] Böyle bir geminin sabit bilgisayarı, hareket özgürlüğü üzerinde kısıtlamalar olmaksızın seyrüsefer kararlarını vermek için

---

28 Chwedczuk, 2016, s. 129.

29 Mallam/Nazir/Sharma, 2020, s. 335.

30 Allen, 2018, s. 485.

31 Being A Responsible, s. 17.

32 Kobyliński, 2018, s. 29.

33 Rødseth/Nordahl, 2017, s. 5.

34 Jordan, 2020, s. 288; Danish Maritime Authority, s. 6.

sensörleri ve teknik altyapısı aracılığıyla elde ettiği tüm verileri işler.[35] Tam otonom bir gemi tabiî olarak, gemiyi ve işlevlerini, yakın çevreyi ve operasyon alanındaki hava koşullarını izleyen çok sayıda sensörle donatılacaktır.[36]

Tam otonom gemi, çoğu zaman özerk olarak çalışır ve bu gemilerde sık karşılaşılan sorunların çözümüne yönelik için önceden tanımlanmış seçenekler söz konusudur. Mesela planlanan rotadan veya varış zamanından maksimum sapma oranı, otonom sistemlerin sınırını oluşturabilir. Bu sınırlamalar dâhilinde sorunların çözülmesi ve ihtiyaçların karşılanması mümkün olmazsa, insan unsuru devreye girer ve gerekli müdahaleyi yapar ya da kontrolü ele alır.[37] Bu bakımdan gemide mürettebat olmaması esas olmakla birlikte, sistemin arızalanması ya da tercihe bağlı olarak müdahale etmek için ekiplerin bulunması söz konusu olabilir. Bunun gibi otonom bir geminin, mutlak surette bir kıyı gözetim merkezinden gözlemlenmesi gerektiği ve acil bazı durumlarda müdahale edilebilmesi gerektiği de ifade edilmiştir.[38] Ya da geminin, hâl ve planlanan hareket tarzını, eylem seyrini veto edebilecek veya geminin ilerlemesine izin verebilecek insan operatörlerine veri akışının sağlanacağı bir sistemin öngörülmesi mümkün olabilecektir.

Tam otonom gemiler, kısa mesafelerde ve kontrollü rotalardaki işletmeler için gerçekçi bir alternatif olabilirse de; yakın zamanda geniş kapsamlı bir kullanım pek olası değildir.[39] Bilhassa otomasyon sistemlerindeki muhtemel arızalar ve kayıpların fevkalade yüksek bir risk unsuru oluşturacağı dikkate alındığında, bu teknoloji mükemmelleştirilene kadar ancak kıyı kontrol merkezleri ya da başka bir gemideki operatörün gözetiminde işletilmesi mümkün olabilecektir. Nitekim bu gemiler başlangıçta, şüphesiz uzaktan kumanda unsurları ile yakından denetlenecektir.

---

[35] Chwedczuk, 2016, s. 130; Veal/Tsimplis/Serdy, 2019, s. 2; Guerra, 2017, s. 72; Hooydonk, 2014, s. 404.

[36] DNV-GL, otonom (akıllı) gemilere yaklaşık 15.000 ilâ 20.000 farklı sensörün kurulacağını tahmin etmektedir (Bkz. Kobyliński, 2018, s. 29); Zhou, Xiang-Yu/Huang, Jin-Jing/Wang, Feng-Wu/Wu, Zhao-Lin/Liu Zheng-Jiang, "A Study of the Application Barriers to the Use of Autonomous Ships Posed by the Good Seamanship Requirement of COLREGs", The Journal Of Navigation, Vol. 73, no. 3, 2020, s. 716; Deketelaere, 2017, s. 64. İnsansız bir gemide çok sayıda sensör bulunmasının, bir aşırı bilgi sorununa yol açabileceği de ifade edilmiştir. Aşırı bilginin ağırlığı altında gemiyi kumanda eden operatörün doğru bilgiyi seçmesi ve yerinde kararlar alabilmesi güçleşebilir (Bkz. Jalonen, Risto/Tuominen, Risto/Wahlström, Mikael, Safety of Unmanned Ships, Aalto University publication series SCIENCE + TECHNOLOGY, 5/2017, s. 19).

[37] Rødseth/Nordahl, 2017, s. 11.

[38] Kobyliński, 2018, s. 29.

[39] Rødseth/Nordahl, 2017, s. 11; Felski/Zwolak, 2020, s. 5.

C- İnsansız Gemi Çalışmalarının Kısa Tarihi

Mucit Nicola Tesla tarafından, insansız deniz araçlarının pek küçük ölçekli olsa da ilk örneği, 1892 gibi erken bir tarihte, New York'taki Madison Square Garden'da ortaya konuldu.[40] Uzaktan kumanda ile kontrol edilen küçük bir tekneye istinat eden projeye, ABD Deniz Kuvvetleri ilgi göstermedi ve proje reddedildi.[41]

Otonom gemi kavramı, ilk kez 1983'te *Schönknecht* tarafından önerildiği için aslında yeni değildir.[42] Bugün itibariyle Rolls Royce, Konsberg ve diğer birçok sektör devi, insansız ve otonom gemiler konusunda çalışmalar yapmışlardır. Özel şirketlerden başka, Avrupa Birliği (AB) ya da Uluslararası Denizcilik Örgütü (*IMO*) gibi kuruluşlar nezdinde de gerek proje bazlı olarak, gerek deniz hukuku ve denizcilik tekniği bakımından konu ele alınmıştır. Bu esastan olmak üzere Avrupa Komisyonu (EC) tarafından finanse edilen MUNIN Projesi (T*he Maritime Unmanned Navigation through Intelligence in Networks*), 2013-2015 yılları arasında yürütülmüştür.[43] Bu proje kapsamında 75.000 dwt'lik bir kuru yük gemisi üzerinde çalışılmış ancak seferin dar ve sığ sulardaki kısmı, MUNIN projesinin bir parçası değildir; bu kısımlarda geminin mürettebatlı olarak seyretmesi öngörülmüştür. MUNIN projesi kapsamında, mürettebatsız dökme yük gemilerinin işletilmesinin teknik fizibilitesi araştırılmış ve hâlihazırda COLREGs ve Gemiadamlarının Eğitim, Belgelendirilme ve Vardiya Standartları Hakkında Uluslararası Sözleşme (*International Convention on Standards of Training, Certification and Watchkeeping for Seafarers – 1978, STCW*) gibi sözleşmelerin bu gemiler için uygulanabilirliği incelenmiştir.[44] Proje neticesinde, insansız gemilerin en azından mürettebatlı gemiler kadar güvenli bir şekilde seyredebilmesi şartıyla, yasal çerçevenin deniz taşımacılığında otonom gemilere izin verecek şekilde uyarlanabileceği ve bu noktada aşılması imkânsız engellerin olmadığı sonucuna varılmıştır.[45]

İnsansız gemilerin üretilmesi noktasında birçok çalışma yürütülmüş ve her ne kadar tam otonom bir geminin deniz ticaretinde kullanılması henüz çok yakın bir tarihte mümkün olmasa da kayda

---

40 Zhou/Huang/Wang v.d., 2020, s. 711.

41 Allen, 2018, s. 484.

42 Schönknecht, Rolf, *Ships and Shipping of Tomorrow*. Centreville, USA, Cornell Maritime Pr/Tidewater Pub., 1983 (Aktaran: Zhou/Huang/Wang v.d., s. 711).

43 Felski/Zwolak, 2020, s. 2.

44 Ayrıntılı bilgi için bkz. Safari, Fariborz/Sage Benedicte, *Legal and Liability Analysis for Remote Controlled Vessels*, MUNIN 7.2, 2013.

http://www.unmanned-ship.org/munin/wp-content/uploads/2013/11/MUNIN-D7-2-Legal-and-Liability-Analysis-for-Remote-Controlled-Vessels-UCC-final.pdf (Erişim Tarihi: 20.12.2020).

45 "MUNIN, Research in Maritime Autonomous Systems: Project Results and Technology Potentials", MUNIN, 2016, s. 3.

değer ilerlemeler söz konusu olmuştur. Rolls-Royce, Fin feribot operatörü Finferries ile birlikte Aralık 2018'de Finlandiya'nın Turku kentinin güneyindeki Parainen ve Nauvo arasında dünyanın ilk tam otonom feribotu Falco'nun seferlerini başarıyla yürütmüş ve dönüş yolculuğu da uzaktan kumanda ile tamamlanmıştır.[46] Rolls Royce, hem yapay zekâ (AI), hem de teleoperasyonel destek sistemlerini birleştiren insansız konteyner gemilerine yönelik kademeli bir gelişme kaydetmiş ve bu tür gemilerin 2035 yılına kadar tamamen otonom hale geleceğini öngörmüştür.[47] Hâkezâ *YARA Birkeland* gemisinin tam otonom şekilde işletilmesi amaçlı proje de yine Norveç merkezli olarak geliştirilmiş ve 2022 yılına kadar tamamlanacağı öngörülmüştür.[48]

Wärtsilä, Kasım 2018'de Norveç'in önde gelen şirketlerinden Norled'in sahibi olduğu 83 metre uzunluğundaki feribot, Folgefonn'un hizmet verdiği üç limanı ziyaret ederek insan müdahalesi olmaksızın rıhtımdan rıhtıma ilk otonom operasyon denemesini başarıyla gerçekleştirmiştir.[49] Bir diğer proje ise DNV GL tarafından geliştirilen, insansız ve 60 metre uzunluğunda, sıfır emisyonlu, kısa mesafe deniz aracı ReVolt'dur.[50] Uzakdoğu'da da bu yönde çalışmalar gerçekleştirilmiş; Çin'de Harbin Engineering University ve Shenzhen Hispeed Boats Technology Co. tarafından dünyanın en hızlı insansız gemisini geliştirilmiş ve Zhuhai Yunzhou Intelligent Technology Co. Ltd. dünyanın en büyük yüzey test platformunu (225 deniz mili kare) inşa etmiştir.[51] Yine Uzakdoğu'da Japon şirketleri ve tersaneleri, yakıt

---

46 "Rolls-Royce and Finferries demonstrate world's first Fully Autonomous Ferry", 03.12.2018,

https://www.rolls-royce.com/media/press-releases/2018/03-12-2018-rr-and-finferries-demonstrate-worlds-first-fully-autonomous-ferry.aspx (Erişim Tarihi: 02.01.2021).

47 Nisan 2019'da Rolls-Royce Commercial Marine'in Kongsberg Maritime tarafından satın alındığı ve artık tamamen entegre oldukları, bu nedenle otonom nakliye projelerinin yeni organizasyon çerçevesinde yürütüldüğü ifade edilmektedir (Bkz. "Kongsberg Completes Rolls-Royce Commercial Marine Acquisition", 01 April 2019),

https://www.kongsberg.com/maritime/about-us/news-and-media/news-archive/2019/kongsberg-completes-rolls-royce-commercial-marine-acquisition/ (Erişim Tarihi: 23.12.2020).

48 "YARA selects Norwegian shipbuilder VARD for zero-emission vessel Yara Birkeland", August 15, 2018.

https://www.yara.com/corporate-releases/yara-selects-norwegian-shipbuilder-vard-for-zero-emission-vessel-yara-birkeland/ (Erişim Tarihi: 25.12.2020).

49 "Wärtsilä Achieves Notable Advances in Automated Shipping with Latest Successful Tests", Wärtsilä Corporation, Press release, 28 November 2018,

https://www.wartsila.com/media/news/28-11-2018-wartsila-achieves-notable-advances-in-automated-shipping-with-latest-successful-tests-2332144 (Erişim Tarihi: 02.01.2021).

50 "The ReVolt – A New Inspirational Ship Concept", https://www.dnvgl.com/technologyinnovation/revolt/ (Erişim Tarihi: 05.01.2021).

51 Li, 2019, s. 165.

açısından verimli rotalar çizebilmek için yapay zekâdan faydalanacak ve 2025 yılına kadar hizmete girebilecek kargo gemileri geliştirme çabasındadırlar.[52]

Otonom gemi konseptleri yalnızca seyir ve iletişim sistemleriyle sınırlı değildir, aynı zamanda yerleşik mekanik operasyonları da içerebilir. Mesela Çinli Qingsha Tersanesi, vinçlerin köprü üstünden izlenmesini ve kontrol edilmesini sağlamak için otonom bir boşaltma sistemi içeren MacGregor güverte vinçlerinin kullanılmasını öngörmektedir.[53]

İnsansız ve/veya otonom gemiler ile alâkalı olarak, denizcilik sektöründe ve çevrelerde, son derece olumlu beklentiler söz konusudur ve konu ile ilgili birçok teknik ve hukukî mahiyetli araştırma ve çalışma yapılmıştır. Bilhassa otonom gemiler bakımından, deniz kazalarından kaçınma ihtimalleri üzerinde durulmuştur.[54] Deniz kazaları ise çoğunlukla ağır iş yükü ve mürettebat sayısının yetersizliği, buna bağlı olarak yorgunluk, alkol tüketimi gibi bazı faktörler ile ilgili olabilir. Mesela deniz kazalarının yüzde yetmiş beş ila doksan altısının insan hatasından kaynaklandığı tahmin edilmektedir.[55] Benzer bir şekilde tüm deniz kayıplarının yaklaşık % 80'inin de insan faktöründen kaynaklandığı tahmin edilmektedir.[56] Denizcilik mesleğinde karşılaşılabilen bu sorunların, denizcilikteki insan unsurunun azalmasıyla da hafifletilebileceği ve çözülebileceği ileri sürülmüştür.[57]

Gemideki mürettebatın azaltılması, birçok iktisadî faydayı da beraberinde getirecektir. Bir geminin işletme giderlerinin yüzde kırkı (% 40), ücretler, yaşam masrafları ve gemi adamı ve mürettebatın taraf olduğu davaları dâhil olmak üzere denizcilerin istihdam edilmesiyle ilgili maliyetlerdir.[58] Bilhassa denizcilerin evlerinde uzakta ve deniz

---

[52] Japan to launch self-navigating cargo ships by 2025", 9 June 2017, https://www.bbc.com/news/technology-40219682 (Erişim Tarihi: 02.01.2021).

[53] Guerra, 2017, s. 74.

[54] Statheros, Thomas/Howells, Gareth/Maier, Klaus McDonald, "Autonomous Ship Collision Avoidance Navigation Concepts, Technologies and Techniques", The Journal of Navigation, Vol. 61, Issue 1, 2008, pp. 129-142; Johansen, Tor Arne/Perez, Tristan/Cristofaro, Andrea, "Ship Collision Avoidance and COLREGs Compliance Using Simulation-Based Control Behavior Selection With Predictive Hazard Assessment", IEEE Transactions on Intelligent Transportation Systems, Vol. 17, Issue 12, 2016, pp. 3407–3422.

[55] Rothblum, Anita M., "Human Error and Marine Safety", by. http://www.bowles-langley.com/wp-ontent/files_mf/humanerrorandmarinesafety.pdf (Erişim Tarihi: 15.12.2020).

[56] Hooydonk, 2014, s. 406.

[57] Komianos, 2018, s. 336; Pritchett, 2015, s. 205.

[58] Guerra, 2017, s. 71; Jordan, 2020, s. 286; Pritchett, 2015, s. 201; Deketelaere, 2017, s. 20. Bununla birlikte tam otonom gemiler müstesna olmak üzere, mürettebat veya

riskleri altında çalışma zorunlulukları ortadan kalkacak ve kıyı kontrol merkezilerindeki personeller 8 saatlik normal vardiyalarla çalışacak ve böylece istihdam maliyetlerinde düşüş söz konusu olabilecektir.[59] Konaklama, mutfak, sosyal alan gibi bölmelerin bulunmaması da geminin daha hafif olmasını ve beraberinde daha az yakıt harcamasını sağlayacaktır.[60]

Mürettebatsız bir geminin, diğer bir mühim faydası ise iş kazaları ve korsanlık (deniz haydutluğu) faaliyetleri ile ilgilidir.[61] Gemide yaralanacak veya hayatını kaybedecek ya da rehin alınacak kimse yoksa tabiatıyla birçok sorun da çözülmüş olacaktır. Bir başka ifade ile güvenlik maksimize edilebilecektir. Ancak insansız gemilerin, gemi veya yükü alıkoymak suretiyle gerçekleşecek korsanlık faaliyetlerinden nasıl korunacağı ise bir başka mesele olarak karşımızdadır.

Bununla birlikte otonom gemilerin benimsenmesinin önündeki sosyal psikolojik engeller hafife alınmamalıdır. Daha önce de ifade edildiği gibi, denizcilik ve deniz ticareti muhafazakârdır bir alandır ve denizcilik mesleği yüksek bir itibara sahiptir. Gemi kaptanı pozisyonunu terk etmek ve onu kıyı kontrol merkezinde isimsiz bir operatörle değiştirmek mesleğin değerini düşürmek olarak değerlendirilebilir.[62] Bir başka ifade ile insansız gemilerin, evrensel bir kültür ile ciddi bir çekişme içine gireceği açıktır.

Şüphesiz ki, insan yapısı hiçbir sistem mükemmel değildir. Mesela dar bir limanda ya da kanalda, yoğun trafikte birden fazla hareketli nesneyle çarpışmaktan kaçınabilme noktasında insansız gemilerin, insan eli ile işletilen gemiler seviyesine ulaşması için henüz çok zaman vardır.[63] Bu bakımdan uzunca bir süre insanlar, otonom gemilerin güvenli bir şekilde kullanılabilmesi için bir şekilde sürece dâhil olacaklardır.

---

personelin mevcut olmadığı bir işleyiş için henüz erken olduğu açıktır. Bu bakımdan mürettebat kıyıda bir komuta merkezinde ya da acil durumda müdahaleye hazır bir şekilde bekleyecektir. Bu da elbette yeni birtakım sorunları da beraberinde getirecektir (Bkz. Wróbela, Krzysztof/Montewka, Jakub/Kujalac, Pentti, "Towards the Assessment of Potential Impact of Unmanned Vessels on Maritime Transportation Safety", Reliability Engineering and System Safety (Ed. Paolo Gardoni), Vol. 165, 2017, s. 156).

59 Deketelaere, 2017, s. 20.

60 Pritchett, 2015, s. 201; Deketelaere, 2017, s. 20.

61 Guerra, 2017, s. 71; Jordan, 2020, s. 287; Kara, Hacı, "Gemilerde Yapay Zekâ Kullanımı ve Buna Dair Hukuki Sorunlar", Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 10, S. 1, 2020, s. 28.

62 Kobyliński, 2018, s. 32.

63 Pritchett, 2015, s. 202.

D- İnsansız Gemilerin "Gemi" Vasfı

İnsansız ve/veya otonom deniz araçlarının gemi vasfını haiz olup olmaması, bunların tâbi olacağı hukukî rejimin tespiti bakımından önemlidir. Mesela bir insansız deniz aracı gemi olarak kabul edilirse; zararsız geçiş hakkı, açık deniz serbestliği, sorumluluğun sınırlandırılması imkânı gibi bazı haklardan yararlanabilecektir. Bu bakımdan, bu insansız araçların *gemi* olarak telakki edilip edilemeyeceklerini değerlendirmek gerekir.

Gemi, Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi'nde (*United Nations Convention on the Law of the Sea 1982, UNCLOS*) tanımlanmış değildir. Sözleşmeye göre, üye devletler bayrak yetkisini haiz kılınmış ve gemi vasfını kendi mevzuatlarında belirlemede serbest bırakılmıştır. İnsansız gemiler bakımından bu noktada her devletin millî mevzuatına göre farklı kaideler söz konusu olabilecektir. UNCLOS'da geminin tanımlanmamış olması, insansız deniz araçlarının gemi olarak kabulü noktasında bir imkân olarak görülmüştür.[64]

UNCLOS'da tanımlanmamış olmasına karşın birçok milletlerarası sözleşmede gemi kavramı tanımlanmıştır. *The Hague Rules* Art. 1'de gemi; malların deniz yoluyla taşınması için kullanılan herhangi bir tekne olarak tarif edilmiştir.[65] Yolcuların ve Bagajlarının Deniz Yolu ile Taşınması Hakkında Atina Sözleşmesi'nde de gemi, hava yastıklı araçlar hariç denizde giden tekneler olarak tanımlanmıştır.[66] Gemilerden Kaynaklanan Kirliliğin Önlenmesine İlişkin Uluslararası Sözleşme'de (*International Convention for the Prevention of Pollution from Ships – 1973, MARPOL*) gemi, "deniz ortamında çalışan her türden bir gemi" olarak tanımlanır ve hidrofil botları, hava yastıklı araçları, dalgıç araçları, yüzer gemileri ve sabit veya yüzen platformları bu kapsamda değerlendirilir. Bu uluslararası sözleşmelerde, bir deniz aracının gemi vasfını haiz olabilmesi için, "insan" unsurunun varlığının şart olmadığı anlaşılmaktadır. Bunun gibi hem BM Gemilerin Tescil Şartlarına Dair Sözleşme'nin 2'nci maddesinde[67], hem de Uluslararası Kurtarma Sözleşmesi'nin 1'inci maddesinde yapılan gemi/tekne tanımlarında insan unsuruna herhangi bir atıf yapılmamıştır.[68]

---

64 Kraska, James, "The Law of Unmanned Naval Systems in War and Peace", Journal of Ocean Technology, Vol. 5, no. 3, s. 51. Bazı milletlerarası sözleşmeler dairesinde gemi tanımına dair değerlendirmeler için bkz. Kara, 2020, s. 36-39.

65 International Convention for the Unification of Certain Rules of Law relating to Bills of Lading, (Hague Rules) Brussels, 25 August 1924.

66 Athens Convention relating to the Carriage of Passengers and their Luggage by Sea, Athens, 13 December 1974.

67 United Nations Convention on Conditions for Registration of Ships, Geneva, 7 February 1986.

68 International Convention on Salvage, London, 28 April 1989.

Uluslararası sözleşmeler gibi ulusal düzenlemelerde de insan unsuru belirleyici değildir. Mesela ABD'de gemi, su üzerinde taşıma aracı olarak kullanılan veya kullanılabilecek deniz araçları veya her türlü yapı olarak tarif edilmiştir (Sec. 3 Rules of Construction U.S.C.). 1995 tarihli İngiliz Ticarî Nakliyat Kanunu (The Merchant Shipping Act) m. 255'de, Fransız hukukunda[69], İspanyol Seyrüsefer Yasası'nın 56 ve 57'nci maddelerinde ve Hollanda Medeni Kanunu m. 8.1.1.'de yapılan tanımların hiçbirinde "insan" unsuruna yer verilmemiştir.

Gemi kavramı, Türk hukukunda 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu[70] m. 931/1'de tanımlanmıştır. Buna göre, "*Tahsis edildiği amaç, suda hareket etmesini gerektiren, yüzme özelliği bulunan ve pek küçük olmayan her araç, kendiliğinden hareket etmesi imkânı bulunmasa da, bu Kanun bakımından gemi sayılır*". Türk Ticaret Kanunu'nda yer alan bu genel tanım bakımından, gemide mürettebat bulunup bulunmamasının bir ehemmiyeti olmadığı anlaşılmaktadır. Bununla birlikte bilhassa Alman öğretisinde bazı müellifler, geminin insan veya eşya taşıma kabiliyeti ve iradesine sahip olması gerektiğini ifade etmektedirler.[71] Bu bağlamda insansız ticaret gemilerinin, çoğunlukla eşya veya yolcu taşıma ya da diğer bir başka ticarî faaliyete (çekme, kurtarma, sondaj, arama vs.) tahsis edileceği açıktır.

Çalışma konusu bakımından COLREGs hükümleri esas alınacağından, gemi tanımını da bu dairede ele almak gerekir. COLREGs bağlamında gemi tanımında açıkça insan unsuruna atıf yapılmamıştır ancak sözleşmenin ve hükümlerin ruhundan insan unsuruna hassaten önem verildiği anlaşılmaktadır.[72] Bununla birlikte bir diğer görüş ise COLREGS kuralları, gemideki mürettebatın fizikî olarak mevcut olacağı varsayılarak ihdas edilmiş olmasında rağmen, Kural-2 müstesna olmak üzere herhangi bir insan ya da mürettebattan ziyade geminin kendisine atıfta bulunulmuştur.[73]

COLREGs Kural-1'de, kuralların, "açık denizlerdeki ve bunlara bağlı tüm sularda açık denizlerdeki gemilerle seyredilebilen tüm gemiler" için geçerli olduğu belirtilir. COLREGs'de belirtilen seyir kuralları yalnızca "gemiler" için geçerli olacak şekilde ihdas edilmiştir. COLREGs Kural-3 (a)'da gemi, su üstünde kalkarak seyreden ve deniz uçakları dâhil, su üzerinde taşıma aracı olarak kullanılmakta olan veya

---

69 Deketelaere, 2017, s. 29 ve dn. 90.

70 R. G. 27846 sayı ve 14.02.2011 tarih.

71 Herber, Rolf, *Seehandelsrecht Systematische Darstellung*, 2. neu bearbeitete Auflage, 2016. s. 95; Ramming, Klaus, *Seehandelsrecht - Großkommentar*, Berlin/Boston 2017. § 476 Rn. 19.

72 Vallejo, Daniel A. G., "Electric Currents: Programming Legal Status into Autonomous Unmanned Maritime Vehicles", Case Western Reserve Journal of International Law, Vol. 47, no. 1, Spring 2015, s. 412.

73 Zhou/Huang/Wang v.d., 2020, s. 714.

kullanılmaya elverişli bulunan her türlü deniz aracı olarak tarif edilmiştir. Sözleşme'de yer alan tanım son derece geniştir ve insansız gemileri de kapsayacak mahiyettedir. Sözleşme'de yer alan kuralların her biri gemiye yöneliktir ve güverte zabitlerinin ya da başkaca personelin gemide olup olmaması önemli değildir.[74] Bu bakımdan gemi tanımı, insansız ve/veya otonom gemileri dışlamaz ve bu gemiler için de COLREGs hükümlerine uyulması gerekir.[75]

II- İNSANSIZ GEMİLERİN COLREGs HÜKÜMLERİNE UYUMU

COLREGs, seyir ile ilgili ortak birtakım davranış kalıpları oluşturarak ve gemilerdeki belirli teçhizatlar ile alâkalı standartlar sağlayarak seyrüseferi daha güvenli hâle getirme amacına matuftur ve seyrüsefer kurallarının belirlendiği temel metindir.[76] COLREGs hükümleri ihdas edilirken şüphesiz ki insansız ve/veya otonom gemi teknolojisinde bu gelişmelerin yaşanması beklenmiyordu. Teknolojik gelişmenin genelde hukukun önünde olmasının bir tezahürü olarak, COLREGs hükümlerinde insansız ve/veya otonom teknolojileri kapsayacak düzenlemeler ihdas edilmemesi olağandır.[77]

İnsansız teknolojiler, esasında denizlerden evvel kara ve hava sahalarında kullanılmıştır. Bilhassa drone ve otomobiller ile ilgili birtakım uygulamalar ve kurallar öngörülmüştür ve bu tecrübe deniz sahasındaki insansız araç faaliyetleri için az çok bir fikir verebilir.[78] Bir başka ifade ile insansız araçlar için gelişen paradigma, uçaklar, trenler ve hâlihazırda otonom arabalar geliştirmeye çalışan otomobil endüstrisi gibi diğer ulaşım sahalarında kısmen mevcuttur. Bununla birlikte denizcilikte belirgin ve ciddi bir sorun var. İnsansız ve/veya otonom gemilerin, sorumluluk, güvenlik ve çevre ile alâkalı sözleşmelere entegre edilmesi gerekir. Bu açıdan yeni bir perspektife ihtiyaç olduğu ifade edilmelidir.[79]

---

74 Hooydonk, 2014, s. 413; Coito, 2021, s. 299.

75 Komianos, 2018, s. 342; Li, 2019, s. 182; Zhou/Huang/Wang v.d., 2020, s. 714; Coito, 2021, s. 298.

76 Pritchett, 2015, s. 206; Osinuga, Damilola, "Unmanned Ships: Coping in the Murky Waters of Traditional Maritime Law", PPP god. 59, 174, 2020, s. 93.

77 Li, 2019, s. 183. Nitekim Türk öğretisinden *Kara*, bu çalışmanın da konusunu teşkil eden COLREGs Kural 2 ve 5'i emsal göstererek COLREGS hükümlerinin genellikle insan unsuruna atıfta bulunduğunu ifade etmiştir (Bkz. Kara, 2020, s. 34.

78 Guerra, 2017, s. 75.

79 Komianos, 2018, s. 336. İnsansız gemiler bağlamında COLREGs hükümlerine dair bir değerlendirme için bkz. Ece, Nur Jale, "Uluslararası Ticaretin Geleceği İnsansız Gemiler: GZFT Analizi ve Hukuki Boyutları", Dokuz Eylül Üniversitesi Denizcilik Fakültesi Dergisi, C. 10 S. 2, 2018, s. 292-293.

Kontrolün kıyıdan sağlandığı gemiler bakımından, birtakım görev, yetki ve sorumlulukların kıyıdaki operatörlere kaydırılması mümkündür.[80] Ancak bilhassa yapay zekâ katkısı ile işletilen gemiler için yazılım geliştiriciler, bunların diğer gemilerle ve kıyıyla irtibat kurabilmesi ve deniz kazalarından kaçınabilmesi noktasında tüm uluslararası ve millî kuralları göz önünde bulundurmalıdır.[81] Otonomi seviyesi ne kadar artarsa, bir başka ifade ile işlevsel özerklik ne kadar artarsa, geleneksel seyir uygulamaları ve kurallarından sapma o derece fazla olur ve hukukî sorunların oraya çıkması kaçınılmaz hâle gelir.[82] Gemide mürettebatın görevlerini teknoloji ile desteklemek tek başına bir sorun alanı yaratmaz; ancak mürettebatın rolü ve sorumluluğu azalarak değiştiğinde, birtakım mevzuat değişikliklerin yapılması kaçınılmaz olabilir.

COLREGs bağlamındaki kaidelere istinat eden içtihat hukuku ve iyi gemicilik kuralları çerçevesinde öngörülen külfet ve yükümlülükleri yerine getirilmesi için, ekseriyetle gemide bir mürettebata ihtiyaç vardır.[83] Deniz kazalarını ve deniz kirliliğini önlemenin temeli, gemilerin sadece uygun şekilde tasarlanması, inşa edilmesi, teçhiz edilmesi ve bakımı yapılmasının yanı sıra yeterli sayıda kalifiye zabit ve eğitimli mürettebat ile işletilmesine bağlıdır.[84] Şüphesiz ki bu, mevzubahis milletlerarası sözleşmenin hazırlanma ve kabul tarihinde insansız araçların ve yapay zekânın gerçeğe pek uzak olmasının bir neticesidir. İnsansız gemiler ile oluşan bu yeni paradigmaya uyum sağlamak, bazı hükümlerin güncelliğini ve uygulanabilirliğini yitirmesini de beraberinde getirebilir.

Bazı COLREGs hükümleri, ileri seviyede bir güvenlik tehdidine karşı olarak öngörülmüştür. Mesela bir çarpışma ihtimalinde COLREGs kurallarının özünü oluşturan iyi gemicilik esasları çerçevesinde yapılabilecek bir müdahale için, gemilerin birbirine çok yaklaşmış olması ve tabiatıyla kaza riskinin hâlihazırda çok yüksek olması gerekir. Böyle bir durumda sistem, en yakın yaklaşma noktasındaki değerler açısından veya alarm parametrelerinin belirlenmesinde ne kadar dikkatli bir şekilde programlanırsa, sistemi COLREGs'in ifade ve ruhuna uydurmak o derece kolay olacaktır.[85] Bu, sistemi COLREGs'e uydurabilmek açısından basit bir fikir olarak telakki edilebilir.

---

80 Hooydonk, 2014, s. 413.

81 Guerra, 2017, s. 79.

82 Ringbom, 2019, s. 6.

83 Timbrell, Will, "Can the Prospect of Unmanned Ships Stay Afloat under the Current Collision Regulations", Southampton Student Law Review, Vol. 9, no. 1, 2019, s. 50; Osinuga, 2020, s. 93.

84 Suppiah, Rakish, Departure from COLREGS Infringement or Good Seamanship, The World Maritime University Dissertations, 2017, s. 2.

85 Ringbom, 2019, s. 15.

COLREGs hükümlerinin insansız ve/veya otonom gemilere uygulanabilmesi için, esasında herhangi bir lafzî engel yoktur. İşletme ve seyir kuralları, kararları veren kişiye atıfta bulunulmadan *gemiler* ile alâkalı düzenlemelerdir.[86] Esaslı problem, operasyonel kararlar kıyıdaki operatör olmaksızın yalnızca gemi tarafından, yapay zekâ ile alındığında ortaya çıkacaktır. Ancak gemi güvertesi işletim sistemi, COLREGs'in dümen ve seyir kurallarına uyan algoritmalarla zor da olsa programlanabilir, hatta diğer gemilerin eylemlerini dahi tahmin edebilir.[87] Sonuç olarak, belirli COLREGs hükümleri karar verme döngüsünde bir insan unsuruna atıf yapıldığı kanaatine ulaşılabilse dahi, otonom seyrüsefer sistemleri tamamen COLREGs hükümlerinin kapsamı dışında tutulamaz.[88]

A- İyi Gemicilik İlkesi (Good Seamanship)

İyi gemicilik (*good seamanship*) ilkesi, COLREGs hükümlerinde (Kural-8 (a)) sadece bir kere geçmesine rağmen, sözleşmenin ruhsal çekirdeğini oluşturan en temel ilkedir.[89] Kural-8 (a)'da lafzî olarak geçen ilke, bilhassa Kural-2'nin de ruhuna mündemiçtir. Kural-2'de, iyi gemicilik özellikleri, COLREGs hükümlerinin yorumlanmasında dikkate alınması gereken temel bir standart olarak düzenlenir. İyi gemicilik kavramının, denizciliğin tüm kurallarının temeli ve COLREGs hükümleri bağlamında boşluk doldurmaya matuf bir temel ilke olduğu ifade edilmektedir.[90]

İyi gemicilik kurallarına dair soyut ve genel açıklamalar şüphesiz ki kavramın mahiyeti hakkında yeterli bir kavrayış sağlamaz. İlkenin, muhakkak surette her somut olay çerçevesinde ayrıca değerlendirilmesi gerekir.[91] Bu bakımdan, insansız gemiler için de ilkenin ne şekilde uygulama alanı bulacağı ayrıca değerlendirilmelidir. Kural-2'de yer alan düzenlemeye göre, COLREGs hükümlerinden hiçbiri, herhangi bir tekneyi veya sahibini, kaptanı veya gemi adamlarını, COLREGs kurallarına uyma veya gemicilerin her zamanki görevlerinin veya özel durum ve koşulların gerektirdiği herhangi bir tedbirin alınması hususundaki ihmallerinin sonuçlarından kurtaramaz. COLREGs kuralları yorumlanırken ve uygulanırken ilgili teknelerin sınırlı oluşları hususu ve ani bir tehlikeden kaçınırken bu kuralların hükümlerinden

---

86 Bkz. Carey, Luci, *All Hands Off Deck? The Legal Barriers To Autonomous Ships*, NUS Working Paper 2017/011, s. 10.

87 Jordan, 2020, s. 305.

88 Ringbom, 2019, s. 16.

89 Zhou/Huang/Wang v.d., 2020, s. 720; Suppiah, 2017, s. 19.

90 Suppiah, 2017, s. 19; Gault, Simon/Tettenborn, Andrew/Hazlewood, Steven/Cole, Edward/Macey-Dare, Thomas, *Marsden and Gault on Collisions at Sea*, London, Sweet & Maxwell/Thomson Reuters, 2016 (Aktaran: Zhou/Huang/Wang v.d., 2020, s. 720.

91 Suppiah, 2017, s. 19; Hooydonk, 2014, s. 414.

ayrılmayı gerektirebilecek olan hususlar dâhil olmak üzere, ani seyir ve çatışmasının ve herhangi bir özel şartın yarattığı tüm tehlikeler göz önünde tutulur (COLREGs Kural-2).

Kural-2'de, gemiler arasında bir ayrım yapılmamıştır. Bir başka ifade ile iyi gemicilik, çatışmadan kaçınma noktasında yukarıda da ifade edildiği gibi temel bir ilkedir ve insansız gemiler için de uygulama alanı bulur. İnsansız gemileri bu temel ilkeden muaf tutmanın bir gerekçesi olmadığı gibi; insansız gemilerin de COLREGs bağlamında gemi olarak telakki edileceği yukarıda ifade edilmiştir.[92]

Gemide görevli olan kaptan ve mürettebatın sorumluluklarının, kıyı kontrol merkezi ya da bir başka gemideki operatöre izafe edilmesi noktasında nispeten daha az sorun vardır ve bu da esasında iyi gemicilik ilkesinin kapsamında değerlendirilebilir. Uzaktan kumandalı bir gemide, iletişim imkânları yeterince sağlıklı ve anlık olarak işlev görebiliyorsa, bunun yanı sıra kıyı kontrol merkezindeki ya da bir başka gemideki operatörlerin ağır seyrüsefer şartlarına uyum sağlama ve seyir esnasında karşılaşılabilecek sorunları çözme konusunda yeterli eğitim ve tecrübeye sahip olması hâlinde Kural-2'nin uygulanması mümkün olabilecektir.[93] Bu bakımdan karar alma süreçlerine insan müdahalesinin söz konusu olduğu uzaktan kumandalı gemiler için, iyi gemicilik gereklerinin daha kolay sağlanabileceği açıktır.[94] Binnetice, SCC (Kıyı Kontrol Merkezi) operatörleri, ağır seyrüsefer şartlarına uyum sağlama ve seyir esnasında ortaya çıkabilecek sorunları çözebilme konusunda yeterince eğitimli ve deneyimliyse, bu seyrüseferin sadece insansız (mürettebatsız) olması nedeniyle iyi denizcilik ilkesini ihlâl ettiği ifade edilemez.

İnsansız ve/veya otonom gemiler bakımından, Kural-2 bağlamında karşılaşılabilecek bir sorun, zabitlerin güvertedeki konumları ile alâkalıdır. Bu hususta çok sayıda içtihat söz konusu olmuştur ve tabiatıyla bu içtihatlar, gemide mürettebat bulunması gerektiği yönünde bir kabul olarak anlaşılmaya müsaittir.[95] Bu kararlar oldukça eski tarihli olmasına rağmen, bugüne kadar uzanan birtakım tartışmaları da gündeme getirebilir. Mesela iki tehlikeli alternatif arasından birinin seçilmesinde, seçim yapmak durumunda bulunan mürettebattan istenen şey, makul ve ihtiyatlı bir denizci olarak sağlıklı bir muhakeme yapması ve sağduyu ile hareket etmesidir.[96] COLREGs Kural-2 (b)'de, sözleşmede öngörülen kurallardan herhangi birine sıkı sıkıya bağlı kalınmasının gemiyi potansiyel bir çarpışma tehlikesi ile karşı karşıya bırakması hâlinde, kaptana söz konusu kural veya

---

92 Bkz. yukarıda Bölüm I- D.

93 Timbrell, 2019, s. 54.

94 Zhou/Huang/Wang v.d., 2020, s. 720; Hooydonk, 2014, s. 414.

95 Timbrell, 2019, s. 54; Coito, 2021, s. 302.

96 Suppiah, 2017, s. 24 ve dn. 40.

kurallardan ayrılma hakkı verilmiştir. Burada kaptana, bir başka ifade ile gemideki insan iradesine bir takdir yetkisi ve ayı zamanda vazife verilmiştir. Söz konusu bu takdir yetkisinin, gemide bulunmayan bir operatör tarafından ya da yapay zekâ ile işletilen sistem tarafından kullanılıp kullanılamayacağı önemli bir sorun alanıdır.

Tam otonom bir gemide, görünen odur ki, kritik kararları alacak bir mürettebat olmadığı için, çok daha fazla sorunla karşı karşıya kalınacaktır. İyi gemicilik ilkesi bağlamında öngörülen davranış kurallarının, bir bilgisayar programına önceden yüklenmesi ve yapay zekâ ile işletilen otonom gemilerden bu davranış kurallarına kendiliğinden uymalarının beklenip beklenmemesi gereği üzerinde durulmalıdır.[97] Bilhassa Kural-2 (b)'nin uygulanmasının bir kaptan veya mürettebatın varlığını gerektirmediği, seyrüsefer ve çarpışma tehlikelerine ve herhangi bir özel durum karşısında gereken dikkatin gösterilmesine dair genel bir yükümlülük olarak anlaşılması söz konusu olabilir mi? Bu suale prensip olarak olumlu cevap vermenin önünde bir engel yoktur. Ancak bunun için otonom gemilerin de en azından yetişmiş ve kalifiye mürettebatlar tarafından işletilen gemiler kadar güvenlik standartlarını karşılaması gerekir.[98] Otonom gemilerdeki programlanmış ve kodlanmış talimat ve süreçlerin, bu yorum ve tatbik faaliyeti bakımından eğitimli ve yetişmiş bir insanın kabiliyetine ulaşması yakın zamanda pek mümkün görünmemektedir. Ancak teknolojik gelişmeler, bu kuralların yorumlanması noktasında yeni bir bağlam getirebilir; bu nedenle otonom bir geminin ilerleyen yıllarda bu ilkeyi karşılaması mümkün olabilir.[99]

Tüm bu izahat kapsamında, Kural-2 (b)'nin, tam otonom gemilere uygulanabilmesi noktasında revize edilmesi[100] ya da tamamen ayrı bir düzenlemenin ihdas edilmesi de gündeme gelebilecektir. İyi gemicilik ilkesinin bir tezahürü mahiyetinde olan emniyetli hızda seyretme kuralı (Kural-6) bağlamında, emniyetli hızın ne olduğu ile ilgili açıkça bir sayısal değer verilmemiştir. Bu noktada geminin türüne, teknolojisine, manevra kabiliyetine ya da seyir ortamına dair bazı kıstaslara göre bu emniyetli hız belirlenebilecektir.[101] Mesela bir çarpışmanın meydana gelmesi hâlinde germinin hızı, sonuç itibariyle "emniyetsiz" olarak nitelendirilecektir.[102] Bu görev, kıyıdaki bir operatör tarafından yerine getirilecek olursa, bundan kaynaklanan sorumluluk da tabiatıyla ona kaydırılabilecektir. Tam otonom bir gemi bakımından ise emniyetli hızın belirlenebilmesi için birtakım düzenlemeler yapılması söz konusu

---

97 Ringbom, 2019, s. 15.

98 Zhou/Huang/Wang v.d., 2020, s. 720.

99 Timbrell, 2019, s. 54.

100 Zhou/Huang/Wang v.d., 2020, s. 715.

101 Zhou/Huang/Wang v.d., 2020, s. 717.

102 Komianos, 2018, s. 342.

olabilir. Bu tür gemiler için belirlenen rotalar, taşınan yükün mahiyeti, hava ve deniz koşulları dikkate alınarak azamî hız için sayısal değerler öngörülebilir. Mesela, "*(...) şartlarında otonom bir gemi, azamî olarak (y) hızıyla seyretmeli ve diğer gemilerden (x) mesafesi kadar uzak durmalıdır*" şeklinde bir düzenleme söz konusu olabilir.[103]

B- Gözcülük (Look-out)

COLREGs Kural-5' göre, içinde bulunulan durum ve koşullarda, durumun ve çatışma tehlikesinin tamamen değerlendirilmesini sağlamak üzere, elde mevcut tüm uygun araçların yanı sıra, her tekne her zaman tam bir görme ve işitme gözcülüğü de yapacaktır. Düzenlemede gözcünün birinci vazifesi, bir geminin çevresi hakkında bilgi toplamak ve bu bilgileri değerlendirebilecek ve bunlara istinaden karar alabilecek birine bildirmek veya rapor etmek olarak ifade edilmiştir.[104]

Amerika Birleşik Devletleri mahkemeleri, COLREGs Kural-5'de öngörülen gözcülük vazifesinin içeriği konusunda yol gösterici mahiyette kararlar vermişlerdir. Gözcü, bir geminin gözü ve kulağıdır.[105] Gözcülük kuralının amacı, geminin sevk ve idaresiyle görevli kimsenin, karar verirken gerekli olan her bilgiye sahip olması ve kararını verirken gereken hesaplamayı yapabilmesini sağlamaktır. Bu bakımdan gözcü, geminin bulunduğu ortam ile alâkalı tüm bilgileri bir araya getirerek, bu verileri değerlendirebilecek ve operasyonel kararları alabilecek kişiye bildirir.[106] Bu kişi, geleneksel denizcilik kabullerine göre geminin kaptanıdır. Gereği gibi bir gözcülük vazifesinin amacı, çatma ve kaza riskleri karşısında tam bir değerlendirme yaparak bunların önlenmesidir.[107]

Deniz kazaları ile alâkalı istatistikler ve mahkeme kararlarına konu olan vakalar dikkate alındığında, çatma ve çarpışmaların ekseriyetinin gözcülük vazifesinin ihlâli yahut gereği gibi yerine getirilmemesinden kaynaklandığı görülmektedir.[108] Dolayısıyla gözcülük faaliyetinin gereği gibi yerine getirilmesi, deniz güvenliği bakımından fevkalade önemlidir.

İyi gemicilik ilkesinde olduğu gibi, gözcülük vazifesi ve kuralları bakımından da insansız gemileri, COLREGs Kural-5'den muaf tutmak

---

[103] Komianos, 2018, s. 342.

[104] Pritchett, 2015, s. 205.

[105] Dahlmer v. Bay State Dredging Contracting Co., 26 F.2d 603 (1st Cir. 1928), https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/26/603/1471660/ (Erişim Tarihi: 19.02.2021).

[106] Deketelaere, 2017, s. 64.

[107] Zhou/Huang/Wang v.d., 2020, s. 716.

[108] Li, 2019, s. 183.

mümkün değildir.[109] İnsansız gemiler, gözcülük kuralına sadece ruhen ve amaçsal olarak değil; lafzî olarak da uygun davranmalıdır.[110] Bu noktada Kural-5 bağlamındaki gözcülük vazifesi, esasında mürettebatın fizikî varlığına bağlı olarak tasarlanmıştır. Bir görüşe göre, otonom gemilerin dahi bu vazifenin icrası için gemide personel bulundurması gerekmektedir.[111] Nitekim Kural-5, görme ve işitme duyularına atıfta bulunur.[112] Çatma riskinin inceleme ve değerlendirilmesinde, Kural-2 ile paralel olarak insan girdisini gerektirmektedir.

Son yıllarda, bir bilim alanı olarak bilgisayarlı görü (computer vision), görüntü yeniden yapılandırma, vaka izleme, hedef izleme, hedef tanıma ve makine öğrenimi gibi uygulamalarda kullanılmaktadır. Bu noktada bilgisayarların, bir hedefi tespit etmek, izlemek ve ölçmek için insan gözünün yerini tutması mümkün hâle gelmektedir.[113] Mesele, Kural-5'in ifadesinin ve ruhunun, kullanılan teknolojilerin en azından vasıflı ve görevini layıkıyla yapan bir mürettebat kadar başarılı olduğunu varsayarak, çeşitli kameralar, radar ve ses sistemleri ile bunların değiştirilmesinin mümkün olup olmadığıdır.[114]

Bu noktada önemli olan, görme ve işitme kavramlarının, teknolojik araçların insan gözü ve kulağının yerine geçmesini sağlayacak şekilde yorumlanıp yorumlanamayacağıdır. Kural-5'de, insana özgü görme ve işitme fiilleri açıkça zikredildiği için, insan gözü ve kulağı yerine benzer işlevleri haiz araçların kullanılmasının mümkün olmadığı ifade edilmiştir.[115] Nitekim radarların, gereği gibi bir gözcülük görevi yerine getiremeyeceği de *The Maloja 2* kararıyla da kabul edilmiştir.[116] Ancak SOLAS Kural V/19-2.1.8 bağlamında, köprü üstünün tamamen kapalı olması hâlinde ve idarî otorite aksini kararlaştırmadıkça, seyir nöbetiyle görevli zabitin ses sinyallerini duymasını ve yönünü belirlemesini sağlamak için bir ses alım sistemi kullanılabilecek veya başka bir yöntem uygulanabilecektir.[117] Bir başka ifade ile COLREGs Kural-5'in aksine SOLAS hükmü, (bayrak devleti) idarelerine alternatif

---

109 Ringbom, 2019, s. 12-13.

110 Deketelaere, 2017, s. 64.

111 Zhou/Huang/Wang v.d., 2020, s. 716; Bartlett, Matt, "Game of Drones: Unmanned Maritime Vehicles and the Law of the Sea", Auckland University Law Review, Vol. 24, 2018, s. 79.

112 Zhou/Huang/Wang v.d., 2020, s. 716.

113 Zhou/Huang/Wang v.d., 2020, s. 716.

114 Ringbom, 2019, s. 13; Jordan, 2020, s. 304.

115 Li, 2019, s. 183; Coito, 2021, s. 300.

116 The Maloja 2 [1993] 1 Lloyd's Rep 48.
https://www.i-law.com/ilaw/doc/view.htm?id=150051 (Erişim Tarihi: 15.02.2021). Benzer bir diğer karar için ise bkz. The "Dea Mazzella" [1958] 1 Lloyd's Rep. 10, https://www.i-law.com/ilaw/doc/view.htm?id=144853 (Erişim Tarihi: 28.02.2021).

117 Ringbom, 2019, s. 13.

uyum çözümleri öngörebilme noktasında geniş bir takdir yetkisi vermektedir.

COLREGs Kural-5 bağlamında, görme ve işitme olarak bir insan varlığını gerektirirken, bu gözcünün gemide bulunması gerektiğine dair bir şart yoktur.[118] Nitekim Kural-5'de yer alan "mevcut tüm uygun araçlar (proper/appropriate)" gibi ibarelerle bir miktar esnekliğin sağlandığı; COLREGs bağlamında gözcülük teriminin mutlak surette bir kişiyi değil, sistematik bir bilgi toplama faaliyetini işaret ettiği ileri sürülmüştür.[119] Mevcut araçlar, GPS, radarlar, ses alım cihazları, kameralar ve sensörlerdir. Köprü üstü kapalı olan gemiler için SOLAS bağlamında bir ses alım sisteminin mümkün olduğu dikkate alınırsa, bilhassa IMO tarafından görme ve işitme terimlerinin gerçek anlamıyla kullanılması konusunda bir taassup olmadığını ifade etmek mümkündür. Ancak gözcülük görevi olarak, teknik araçlar ile sağlanan bilginin mutlak surette insanın görme ve işitme duyularına karşılık gelecek kalitede olması gerekir.[120] Gelişen teknolojik imkânlarla birlikte insansız gemilerin gerekli sensörler ve ilgili programlarla donatılması mümkün hâle gelecek, otonom algılama ve müdahale yetenekleri açısından bir insandan çok daha iyi performans gösterebilen sistemler tasarlanabilecektir.[121]

Mesela *Schumacher v. Cooper*[122] davasında mahkeme, bir gemi operatörünün, müziği, geminin daha sonra yaralayacağı bir yüzücünün feryatlarını duymasını engellediğinde düzgün bir gözcülük yapmadığını tespit etmiştir. Bu bağlamda, gözcülük görevi yüksek sesle müzik dinlemek neticesinde işitme kabiliyetinin zaafa uğramasına bağlı olarak ihmal edilmişse; ısıya duyarlı sensörler ile donatılmış bir geminin denizdeki insan hareketliliğini tespit edebilecek olmasına cevaz verilebilir. Nitekim bu davada, insan duyusu birtakım kusurlu hareketlere bağlı olarak da olsa yetersiz kalmıştır.

Bu bağlamda uzaktan kumandalı gemilerde, kamera ve sonar gibi cihazların, uygun bir gözcülüğün gereği olarak seyrüsefer bilgilerini bir

---

118 Li, 2019, s. 183.

119 Jordan, 2020, s. 304; Li, 2019, s. 183; Zhou/Huang/Wang v.d., 2020, s. 720; Deketelaere, 2017, s. 64; Swain, Christopher C., "Towards Greater Certainty For Unmanned Navigation, A Recommended United States Military Perspective on Applicatıon of the 'Rules of the Road' To Unmanned Maritime Systems", Georgetown Law Technology Review, Vol. 3-1, 2018, s. 129; Allen, 1018, s. 478.

120 Benzer şekilde bkz. Guerra, 2017, s. 79; Zhou/Huang/Wang v.d., 2020, s. 721; Osinuga, 2020, s. 93.

121 Li, 2019, s. 183; Zhou/Huang/Wang v.d., 2020, s. 716; Deketelaere, 2017, s. 21; Carey, 2017, s. 11.

122 Schumacher v. Cooper, 850 F. Supp. 438, 442, 1994 AMC 2554 (D.S.C. 1994), https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/850/438/2132513/

kıyı kontrol merkezine aktarması mümkün olabilecektir.[123] Ancak bu noktada insansız gemi ile kıyı kontrol merkezi arasında güvenli ve hızlı bir veri aktarım sistemi bulunmalıdır ve veriler gecikmeksizin iletilebilmelidir.[124] Buna bağlı olarak veri gecikmesi ve veri kaybı sorunlarına karşı önlemler geliştirilmelidir. Tamamen otonom konfigürasyon bu açıdan daha güvenilirdir çünkü karar verme süreci tamamen gemide yer alır ve geleneksel insanlı bir gemiden daha fazla veri gecikmesi veya kontrol kaybı yaşamaz.[125] Ancak burada sinyal yolu ile bilginin aktarılması meselesi ön plandadır, yapay zekâ, yani makine görüşünden gelen bilginin yine makine tarafından işlenip karara dönüştürülmesi noktasında bu kadar rahat bir değerlendirme yapmak mümkün değildir. Otonom gemilerin algılama kabiliyetini haiz olup olamayacağı, yapay zekâ teknolojisinin nesneleri tespit etmek (görüş) ve insan konuşmasını (ses) tanımak için kullanılabilecek şekilde geliştirilmesinin söz konusu olup olmadığı, bu vazifeyi yerine getirip getiremeyeceği noktasında değerlendirilebilir.

Bugün itibariyle kabul edilebilir ve uygulanabilir bir yaklaşım, insan unsurunun otonom bir işleyişe destek sağlayabileceği noktasındadır. Bu görüşün tezahürü *Selat Arjuna ve Contship Success* kararında ortaya çıkmıştır.[126] Davalının radar tarafından verilen yetersiz bilgileri dikkate almakla yükümlü olmakla birlikte ve bulguları doğrulamak için bir gözcüsünün olması gerektiği ifade edilmiştir. Bu bakımdan gözcülük vazifesinin tam olarak yerine getirilebilmesi için, mevcut tüm uygun araçların yanı sıra, görme ve işitme yolu ile insan temelli bir gözcülük yapılması da gerekir.

Bir görüşe göre, hukukun teknolojiye ayak uydurması ve otonom gemiler için Kural-5 dışında ayrı bir düzenleme yapılması gerektiği ifade edilmektedir.[127] Bu yaklaşımın mevcut durumu daha da karmaşık hâle getirebileceği ve insansız gemilerin suya indirildikten sonra, mürettebatlı gemilerle aynı kurallara tabi olması gerektiği de bir başka görüş olarak savunulmuştur.[128] Bu noktada kanaatimizce, mevcut düzenlemelerin sağladığı asgarî güvenlik seviyesi kıstas alınmalı, insansız ve/veya otonom gemilerin bu güvenlik seviyesine ulaşmasının sağlanması gerekir. Gözcülük vazifesi gibi insan duyusuna atıf yapan düzenlemeler ile insansız ve/veya yapay zekâ ile işletilen otonom gemiler arasındaki rabıtanın açıkça ortaya konulması amacına matuf

---

[123] Komianos, 2018, s. 342; Zhou/Huang/Wang v.d., 2020, s. 720; Hooydonk, 2014, s. 413; Li, 2019, s. 183.

[124] Komianos, 2018, s. 342.

[125] Pritchett, 2015, s. 200.

[126] The "Selat Arjuna" And "Contship Success" [2000] 1 Lloyd's Rep. 627, https://www.i-law.com/ilaw/doc/view.htm?id=149086

[127] Carey, 2017, s. 15; Osinuga, 2020, s. 95.

[128] Timbrell, 2019, s. 56.

milletlerarası düzenlemeler yapılabilir ve COLREGs hükümleri bu çerçevede revize edilebilir.

Sonuç

İnsansız ve/veya otonom gemi teknolojisinde yaşanan gelişmeler, esasında muhafazakâr bir mahiyeti olan denizcilik ve gemicilik sahasında birçok mühim değişikliği de beraberinde getirmektedir. Denizciliğin kadim geleneği, kaptan ve mürettebatın varlığını, bir başka ifade ile gemide insan unsurunun varlığını kabul eder. Bu köklü ve kadim kabul, bilhassa deniz ve seyir güvenliği noktasında sorumluluğu ve yetkiyi belirgin şekilde insan unsuruna yüklemektedir. Bu noktada insan unsurunun gemiden ayrılması, insansız bir seyrüseferin tahayyülü, deniz ve seyir güvenliği ile alâkalı milletlerarası kuralların da yeniden ele alınmasını gerektirmektedir.

COLREGs'de, gemilerden insan unsurunun çekildiği bu yeni paradigmada, muhakkak surette yeni yorum ve değerlendirmelere ihtiyaç duyacaktır. COLREGs hükümlerinin, kabul edildiği tarih bakımından insansız gemilerin yaygın kullanımının öngörülmesinin söz konusu olmadığı dikkate alındığında, kuralların kaptan ve mürettebatın gemide bulunduğu klasik bir seyrüsefer ve işletme örgüsü çerçevesinde ihdas edildiği görülmektedir.

Kural-8 (a)'da açıkça yer verilen ve Kural-2'nin de ruhuna nüfuz eden *iyi gemicilik (good seamanship)* ilkesi, isminden de anlaşılacağı üzere iyi bir gemicinin (denizcinin) varlığına işaret etmektedir. COLREGs hükümlerinin yorumlanması noktasında temel bir referans olarak kabul edilen bu ilke, gemideki mürettebata geminin seyrüseferine dair gerekirse COLREGs kurallarından ayrılmayı da gerektirecek surette bir takdir hakkı vermektedir. Söz konusu takdir hakkının, kıyı kontrol merkezinden gemiyi sevk ve idare eden operatöre aktarılması ciddi birtakım sorunlara yol açabilecektir. Bununla birlikte asıl mesele, takdir hakkının tam otonom gemilerde, gemiyi işleten yapay zekâ tarafından nasıl kullanılacağıdır. Bu, şüphesiz mevcut teknik ilerlemenin henüz rahatlıkla cevap verebileceği bir sorun değildir.

COLREGs Kural-5'de ifadesini bulan gözcülük vazifesi bakımından da, insan unsuru düşünülerek ihdas edilmiş bir düzenlemenin akıbeti tartışma konusudur. Düzenlemeye göre içinde bulunulan hâl ve şartlarda, durum ve çatışma tehlikesinin tamamen değerlendirilmesini sağlamak üzere, elde mevcut tüm uygun araçların yanı sıra, tam bir görme ve işitme gözcülüğü de sağlanmalıdır. Bir başka ifade ile Kural-5, tamamen insana özgü olan görme ve işitme duyularına atıf yapmaktadır. Bu noktada, görme ve işitme duyularına dair bu atfı, gerçek anlamı ile anlamak ya da genel bir standart olarak değerlendirmek şeklinde iki tercih söz konusu olabilir. İnsansız bir gemide yer alan yüzlerce ve hatta binlerce radar, sensör ve sonarın insan duyusuna yakın bir sonuç verebilmesi mümkün olabilecek midir? Bu soruya olumlu cevap vermek

mümkündür ve uzaktan kumandalı gemileri kıyıdan kontrol eden operatörün anlık olarak karar verebileceği bir sistemin kurulması söz konusu olabilir. Tamamen otonom olarak seyrüsefer eden bir gemi bakımından ise mesele daha karmaşıktır. Bu tür bir gemi, radar, sensör ve sonarlardan oluşan algılama sistemlerinden gelen bilgileri kendisi analiz edecek ve yine kendini bir karara varmak durumunda kalacaktır. Bir başka ifade ile gemiyi insan gözü ve kulağıyla eşdeğer hatta daha hassas teknik araçlarla teçhiz etmek mümkündür ve bugünün teknolojisi bakımından bu bir sorun alanı değildir. Ancak bu teknik araçlarla elde edilen bilgi ve verilerin ne şekilde kullanılacağı ve bunlara istinaden nasıl kararlar alınacağı başka ve esaslı bir mesele olarak karşımızdadır.

KAYNAKÇA

Akyıldız, Hakan/Menteş, Ayhan, "Dinamik Konumlandırma Sistemi", GİDB Dergi, S. 13, 2018, https://gidbdergi.itu.edu.tr/sayilar/13/1301.pdf (Erişim Tarihi: 12.02.2021).

Allen, Craig H., "Determining the Legal Status of Unmanned Maritime Vehicles: Formalism vs Functionalism", Journal of Maritime Law and Commerce, Vol. 49, No. 4, 2018, pp. 477-514.

"Analysis of Regulatory Barriers to the Use of Autonomous Ships - Final Report", Danish Maritime Authority, December 2017.

"Autonomous and Remotely Operated Ships", Class Guideline, September 2018, http://rules.dnvgl.com/docs/pdf/dnvgl/cg/2018-09/dnvgl-cg-0264.pdf (Erişim Tarihi: 25.12.2020).

Bartlett, Matt, "Game of Drones: Unmanned Maritime Vehicles and the Law of the Sea", Auckland University Law Review, Vol. 24, 2018, pp. 66-91.

"Being A Responsible Industry", Maritime Autonomous Surface Ships (MASS) UK Industry Conduct Principles and Code of Practice, A Voluntary Code Version 3, November 2019 (*Being A Responsible*).

Carey, Luci, *All Hands Off Deck? The Legal Barriers To Autonomous Ships*, NUS Working Paper 2017/011.

Chwedczuk, Michal, "Analysis of the Legal Status of Unmanned Commercial Vessels in U.S. Admiralty and Maritime Law", Journal of Maritime Law and Commerce, Vol. 47, no. 2, April 2016, pp. 123-170.

Coito, Joel, "Maritime Autonomous Surface Ships: New Possibilities - And Challenges - In Ocean Law and Policy", International Law Studies Series. US Naval War College, Vol. 97, 2021, pp. 259-306.

Deketelaere, Pol, *The Legal Challenges of Unmanned Vessels*, Master Dissertation, Universiteit Gent, 2017.

Ece, Nur Jale, "Uluslararası Ticaretin Geleceği İnsansız Gemiler: GZFT Analizi ve Hukuki Boyutları", Dokuz Eylül Üniversitesi Denizcilik Fakültesi Dergisi, C. 10 S. 2, 2018, ss. 279-302.

Felski, Andrzej/Zwolak Karolina, "The Ocean-Going Autonomous Ship - Challenges and Threats", Journal of Marine Science and Engineering, Vol. 8, no. 1, 2020.

https://www.mdpi.com/2077-1312/8/1/41

Guerra, Stephanie, "Ready about, Here Comes AI: Potential Maritime Law Challenges for Autonomous Shipping", University of San Francisco Maritime Law Journal, Vol. 30, no. 2, 2017, pp. 69-90.

Herber, Rolf, *Seehandelsrecht Systematische Darstellung*, 2. neu bearbeitete Auflage, 2016.

Hooydonk, Eric Van, "The Law of Unmanned Merchant Shipping – An Exploration", The Journal Of Internatıonal Maritime Law, no. 20, 2014, pp.403-423.

"IMO takes first steps to address autonomous ships", 25 May 2018. https://www.imo.org/en/MediaCentre/PressBriefings/Pages/08-MSC-99-MASS-scoping.aspx (Erişim Tarihi: 12.10.2020).

Jalonen, Risto/Tuominen, Risto/Wahlström, Mikael, *Safety of Unmanned Ships*, Aalto University publication series SCIENCE + TECHNOLOGY, 5/2017.

"Japan to launch self-navigating cargo ships by 2025", 9 June 2017 https://www.bbc.com/news/technology-40219682 (Erişim Tarihi: 02.01.2021).

Johansen, Tor Arne/Perez, Tristan/Cristofaro, Andrea, "Ship Collision Avoidance and COLREGs Compliance Using Simulation-Based Control Behavior Selection With Predictive Hazard Assessment", IEEE Transactions on Intelligent Transportation Systems, Vol. 17, Issue 12, 2016, pp. 3407–3422.

Jordan, Samantha, "Captain, My Captain: A Look at Autonomous Ships and How They Should Operate under Admiralty Law", Indiana International & Comparative Law Review, Vol. 30, no. 2, 2020, pp. 283-318.

Kara, Hacı, "Gemilerde Yapay Zekâ Kullanımı ve Buna Dair Hukuki Sorunlar", Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 10, S. 1, 2020, ss. 17-51.

"Kongsberg Completes Rolls-Royce Commercial Marine Acquisition", 01 April 2019. https://www.kongsberg.com/maritime/about-us/news-and-media/news-archive/2019/kongsberg-completes-rolls-royce-commercial-marine-acquisition/ (Erişim Tarihi: 18.12.2020).

Kraska, James, "The Law of Unmanned Naval Systems in War and Peace", Journal of Ocean Technology, Vol. 5, no. 3, pp. 43-68.

Kobyliński, Lech, "Smart Ships – Autonomous or Remote Controlled?", Scientific Journals Zeszyty Naukowe of the Maritime University of Szczecin, Vol. 53 no. 125, 2018, pp. 28–34.

Komianos, Aristotelis, "The Autonomous Shipping Era. Operational, Regulatory, and Quality Challenges", International Journal on Marine Navigation and Safety of Sea Transportation, Vol. 12, no. 2, 2018, pp. 335-348.

Li, Rui, "On the Legal Status of Unmanned Ships", China Oceans Law Review, Vol. 2019, no. 4, 2019, pp. 165-190.

"LR defines 'autonomy levels' for ship design and operation", 08 Jul 2016, https://www.lr.org/en/latest-news/lr-defines-autonomy-levels-for-ship-design-and-operation/ (Erişim Tarihi: 25.12.2020).

Mallam, Steven C./Nazir, Salman/Sharma, Amit, "The Human Element in Future Maritime Operations – Perceived Impact of Autonomous Shipping", Ergonomics, Vol. 63, no. 3, 2020, pp. 334–345.

"MUNIN, Research in Maritime Autonomous Systems: Project Results and Technology Potentials", MUNIN, 2016.

Osinuga, Damilola, "Unmanned Ships: Coping in the Murky Waters of Traditional Maritime Law", PPP god. 59, 174, 2020, pp. 75-105.

Pietrzykowski, Z./Hajduk, J., "Operations of Maritime Autonomous Surface Ships", the International Journal on Marine Navigation and Safety of Sea Transportation, Vol. 13 no. 4, December 2019, pp. 725-733.

Pribyl, Sean T./Alan M. Weigel, "Autonomous Vessels: How an Emerging Disruptive Technology Is Poised to Impact the Maritime Industry Much Sooner than Anticipated." RAIL: The Journal of Robotics, Artificial Intelligence & Law, Vol. 1, No. 1, January-February 2018, pp. 17-26.

Pritchett, Paul W., "Ghost Ships: Why the Law Should Embrace Unmanned Vessel Technology", Tulane Maritime Law Journal, Vol. 40, no. 1, Winter 2015, pp. 197-226.

Ramming, Klaus, *Seehandelsrecht - Großkommentar*, Berlin/Boston 2017.

Ringbom, Henrik, "Regulating Autonomous Ships - Concepts, Challenges and Precedents", Ocean Development & International Law, Vol. 50, no. 2-3, 2019, pp. 141-169.

Rothblum, Anita M., "Human Error and Marine Safety", by.

http://www.bowles-langley.com/wp-content/files_mf/humanerrorandmarinesafety.pdf (Erişim Tarihi: 15.12.2020).

Rødseth, Ørnulf Jan/Nordahl, Håvard, *Definition for Autonomous Merchant Ships*, Norwegian Forum for Autonomous Ships, 2017.

"Rolls-Royce and Finferries demonstrate world's first Fully Autonomous Ferry", 03.12.2018. https://www.rolls-royce.com/media/press-releases/2018/03-12-2018-rr-and-finferries-demonstrate-worlds-first-fully-autonomous-ferry.aspx (Erişim Tarihi: 02.01.2021).

Safari, Fariborz/Sage Benedicte, Legal and Liability Analysis for Remote Controlled Vessels, MUNIN 7.2, 2013,

http://www.unmanned-ship.org/munin/wp-content/uploads/2013/11/MUNIN-D7-2-Legal-and-Liability-Analysis-for-Remote-Controlled-Vessels-UCC-final.pdf (Erişim Tarihi: 20.12.2020).

Schönknecht, Rolf, Ships and Shipping of Tomorrow. Centreville, USA, Cornell Maritime Pr/Tidewater Pub., 1983.

Statheros, Thomas/ Howells, Gareth/ Maier, Klaus McDonald, “Autonomous Ship Collision Avoidance Navigation Concepts, Technologies and Techniques”, The Journal of Navigation, Vol. 61, Issue 1, 2008, pp. 129-142.

Suppiah, Rakish, *Departure from COLREGS Infringement or Good Seamanship*, The World Maritime University Dissertations, 2017.

Swain, Christopher C., “Towards Greater Certainty For Unmanned Navigation, A Recommended United States Military Perspective on Applicatıon of the ‘Rules of the Road’ To Unmanned Maritime Systems”, Georgetown Law Technology Review, Vol. 3-1, 2018, pp. 119-161.

“The ReVolt – A New Inspirational Ship Concept”, https://www.dnvgl.com/technologyinnovation/revolt/ (Erişim Tarihi: 05.01.2021).

Timbrell, Will, "Can the Prospect of Unmanned Ships Stay Afloat under the Current Collision Regulations", Southampton Student Law Review, Vol. 9, no. 1, 2019, pp. 49-63.

Vallejo, Daniel A. G., “Electric Currents: Programming Legal Status into Autonomous Unmanned Maritime Vehicles”, Case Western Reserve Journal of International Law, Vol. 47, no. 1, Spring 2015, pp. 405-428.

Veal, Robert/Ringbom, Henrik, “Unmanned Ships and the International Regulatory Framework”, Journal of International Maritime Law, Vol. 23 no. 2, 2017, pp. 100-118.

Veal, Robert/Tsimplis, Michael/Serdy, Andrew, “The Legal Status and Operation of Unmanned Maritime Vehicles”, Ocean Development & International Law, Vol. 50, no. 1, 2019, pp. 23-48.

“Wärtsilä Achieves Notable Advances in Automated Shipping with Latest Successful Tests”, Wärtsilä Corporation, Press release, 28 November 2018. https://www.wartsila.com/media/news/28-11-2018-wartsila-achieves-notable-advances-in-automated-shipping-with-latest-successful-tests-2332144 (Erişim Tarihi: 02.01.2021).

Wróbela, Krzysztof/Montewka, Jakub/Kujalac, Pentti, “Towards the Assessment of Potential Impact of Unmanned Vessels on Maritime Transportation Safety”, Reliability Engineering and System Safety (Ed. Paolo Gardoni), Vol. 165, 2017, pp. 155–169.

“YARA selects Norwegian shipbuilder VARD for zero-emission vessel Yara Birkeland”, August 15, 2018. https://www.yara.com/corporate-releases/yara-selects-norwegian-shipbuilder-vard-for-zero-emission-vessel-yara-birkeland/ (Erişim Tarihi: 15.12.2020).

Yılmaz, Fatih/Önaçan, Mehmet Bilge Kağan, “Otonom Gemi Teknolojisine Dair Gelişmeler ile Türk Denizcilik ve Gemi İnşa Sektörüne Etkileri Üzerine Nitel Bir Araştırma”, Dokuz Eylül Üniversitesi Denizcilik Fakültesi Dergisi, C. 11 Sa. 1, 2019, ss. 57-86.

Zhou, Xiang-Yu/Huang, Jin-Jing/Wang, Feng-Wu/Wu, Zhao-Lin/Liu, Zheng-Jiang, “A Study of the Application Barriers to the Use of Autonomous

Ships Posed by the Good Seamanship Requirement of COLREGs", The Journal Of Navigation, Vol. 73, no. 3, 2020, pp. 710-725.

İnternet Siteleri

www.aa.com.tr

www.i-law.com

www.imo.org

www.resmigazete.gov.tr

CRISPR GENOM DÜZENLEME TEKNOLOJİLERİ: PATENTLENEBİLİRLİKLERİ VE COVID-19 SALGININDA KULLANIMI

Crispr Genom Editing Technologies: Patentability and Its Application to the Covid-19 Outbreak

Dr. Tamer SOYSAL*

Özet: Ekim 2020'de Emmanuelle Charpentier ve Jennifer Doudna "moleküler makas" olarak da adlandırılan CRISPR/Cas9 teknolojilerine ilişkin buluşları nedeniyle Nobel Ödülü'ne layık görülmüşlerdir. Bu teknolojilerin ortaya çıkmasından sonra son on yıl önemli bir patent yarışına sahne olmaktadır. Bu yeni teknolojilerin patentlenmesi genel olarak buluş konusu ve kamu düzeni/ahlaka aykırılık ölçütleri yönünden tartışılmaktadır. Buna karşılık bu teknolojilerin yenilik içerdiği, buluş basamağı ve sanayiye uygulanabilir olduğu genel olarak kabul edilmektedir. Bu nedenle patent yarışı, buluşların patentlenebilirliğine değil, buluşların sahipliğine ilişkin oluşmaktadır. Bu yeni teknolojiden COVID-19 pandemisinde de başarıyla faydalanılmaktadır. Ancak CRISPR teknolojilerinin kullanım alanının sınırları konusundaki belirsizlikler, bu teknolojilerin patentlenmesine yönelik sınırlamalar konulmasını da gerekli kılmaktadır.
Anahtar Kelimeler: CRISPR, Genom Düzenleme, Biyoteknoloji, Patent, Buluş Konusu, Patentlenebilirlik

Abstract: In October 2020, Emmanuelle Charpentier and Jennifer Doudna were awarded the Nobel Prize for invention of CRISPR Cas9 technologies, also called "molecular scissors". After the emergence of these technologies, the last decade have witnessed an important patent race. The patenting of these new technologies is generally discussed in terms of the patentable subject matter and the criteria of ordre public/contrary to morality. On the other hand, it is generally accepted that these technologies contain novelty, inventive step and industrial application requirements. Therefore, the patent race is about the ownership of inventions, not the patentability of inventions. This new technology is also successfully used in the COVID-19 pandemic. However, uncertainties about the limits of the use of CRISPR technologies also require restrictions on the patenting of these technologies.
Keywords: CRISPR, Genome Editing, Biotechnology, Patent, Patentable Subject Matter, Patentability.

* Adalet Bakanlığı, Avrupa Birliği, Proje Uygulamaları Daire Başkanı, Hakim. tamer.soysal@adalet.gov.tr, ORCID ID: https://orcid.org/0000-0001-6763-5041
Makale Geliş Tarihi: 15.03.2021, Makale Kabul Tarihi: 24.04.2021

"DNA'nın yapısı kesin bir gerçektir; ama genin ne olduğu konusunda tek bir gerçek yoktur.

(*There is a fact of the matter about the structure of DNA, but there is no single fact of the matter about what the gene is.*)

Richard M. Burian, 1985.[1]

GİRİŞ

1990'lı yıllar internet çağı olarak ifade edilirken, 2000'li yıllarla birlikte biyoteknoloji ve genler yeni dönemin baskın teknolojilerini oluşturmaktadır. 2012 yılında 44 yaşındaki Fransız genetikçi Emmanuelle Charpentier ve 48 yaşındaki ABD'li biyokimyacı Jennifer Doudna tarafından gen teknolojisinin en keskin araçlarından birisi olan "genetik makas (*genetic scissors*)" ya da "moleküler makas (*molecular scissors*)" olarak da isimlendirilen CRISPR/Cas9 teknolojileri bulunmuştur. Bu yeni teknolojiler ile bitki, hayvan ve mikroorganizmaların DNA'ları son derece kolay ve yüksek bir hassasiyetle değiştirilebilmektedir. CRISPR 2012 yılında dünyaya tanıtılmış ve o tarihten bu yana bu alanda adeta bir "araştırma tsunamisi (*tsunami of research*)" oluşturmuştur.[2] Tıpta yeni bir çığır açacağı söylenen bu buluşları iki bilim adamına 7 Ekim 2020 yılında kimya dalında Nobel ödülü kazandırmıştır.[3] Bilim ve teknoloji alanında yaşanan hızlı gelişmeler, hukuk alanını da sürekli olarak bu yeni alanlara uyum sağlamaya zorlamakta ve dönüştürmektedir. Günümüzde hukukçuların, temel hukuk kuralları, mantığı ve pratiklerine sahip olmayı gerekli kılan hukuk nosyonu yanında, bu yeni teknik alanları da yorumlayarak çözümler üretecek teknik hakimiyete sahip olmaları beklenmektedir. Bu gelişmeler ile paralel şekilde Ülkemizde de Üniversiteler Arası Kurul tarafından 2019 yılının Mart ayından itibaren "Bilişim ve Teknolojileri Hukuku" münferit bir doçentlik alanı olarak kabul edilmiştir. Esasen ayrı bir çalışma olarak ele alınması gereken bir konu olarak Ülkemizde sayısı bugün artık yüzlü rakamlara yaklaşan hukuk fakültelerinde müfredatın

---

1 Richard Van Burian, "On Conceptual Change in Biology: The Case of the Gene" (İçinde David J. Depew; Bruce W. Weber; Evolution at a Crossroads: The New Biology and the New Philosophy of Science, Cambridge, MIT Press, 1985 (s. 21-42).

2 Mark Shwartz, CRISPR is a revolutionary gene-editing tool, but it's not without risk, Winter 2018, https://stanmed.stanford.edu/2018winter/CRISPR-for-gene-editing-is-revolutionary-but-it-comes-with-risks.html (Son Erişim Tarihi: 23.02.2021)

3 Genetic Scissors: A Tool for Rewriting the Code of Life, https://www.nobelprize.org/prizes/chemistry/2020/press-release/ (Son Erişim Tarihi: 25.01.2021)

ve hukuk eğitiminin bu yeni konsepte uygun olarak yapılandırılması gerekmektedir. Yeni teknolojilerin ortaya çıkardığı, çıkarabileceği sorun alanlarına ilişkin hukuki çalışmaların artması yanında; uluslararası hukuk, insan hakları hukuku, fikri mülkiyet hukuku gibi hukuk alanlarının da yeni teknolojik konsepte uygun olarak yorumlanması ve uyarlanması da büyük önem taşımaktadır. CRISPR teknolojileri de, gen teknolojileri alanında sıçratıcı bir etki oluşturan bir teknolojik imkan olarak gelişmeye devam edecektir.

I. GENOM DÜZENLEME TEKNİKLERİ VE CRISPR TEKNOLOJİSİ

A. YAPAY ZEKÂ VE GENOMİK

Yapay zekânın üzerinde mutabık kalınan bir tanımı bulunmamaktadır. 1959 yılında MIT'in yapay zekâ laboratuvarını kuran Amerikalı bilim adamı Marvin Minsky (1927-2016), yapay zekâyı insan tarafından yapıldığında zeka gerektiren şeyleri yapan makinelerin yapımı bilimi olarak ifade etmiştir.[4] Yapay zekâ alanında ilk konferansı 1956 yılında düzenleyen, bu alanın öncü isimlerinden John Mc Carthy yapay zekâyı zekî makineler yapma bilim ve mühendisliği olarak tanımlamıştır.[5]

Yapay zekâ kapsamına makine öğrenmesi robotik dışında sinir ağları, vizyon, doğal dil işleme ve konuşma gibi bir çok alt alan dahildir. Yapay zekâ psikoloji, genomik, nöro teknolojiler, bilişsel bilim, felsefe, dil bilim, mantık gibi bilgisayar bilimleri dışındaki bilim alanlarından da yararlanmaktadır.[6] Bazılarına göre yapay zekâ evrenin oluşumu ve yaşamın başlangıcından sonraki en önemli insanlık olayını oluşturmaktadır.[7]

Makine öğrenmesi ve algoritma kavramları da yapay zekâ ile birlikte anılan ve bunlarla eşdeğer kabul edilen kavramlar olarak öne

---

4 Tanım için bkz. Marvin Minsky, https://www.britannica.com/biography/Marvin-Lee-Minsky (Son Erişim Tarihi: 29.12.2020)

5 Artificial Intelligence, https://www.sciencedaily.com/terms/artificial_intelligence.htm (Son Erişim Tarihi: 29.12.2019); AccessNow, Human Rights in the Age of Artificial Intelligence, November 2018,

https://www.accessnow.org/cms/assets/uploads/2018/11/AI-and-Human-Rights.pdf (Human Rights in the Age of AI, 2018), s. 8.

6 Tamer Soysal, Endüstri 4.0 ve İnsan Hakları: Yeni Ortaya Çıkan Teknolojilerin İnsan Hakları Üzerindeki Dönüştürücü Etkileri, Ankara Barosu XI. Uluslararası Hukuk Kurultayı, 9-12 Ocak 2020, Bildirgeler Kitabı, (s. 245-325), http://www.ankarabarosu.org.tr/Siteler/2012yayin/2011sonrasikitap/2020-hukuk-kurultayi-1-cilt.pdf, s. 276 vd.(Soysal, Endüstri 4.0)

7 Pamela McCorduck, Machines Who Think, A Personal Inquiry into the History and Prospects of Artificial Intelligence, CRC Press, 2019, s. 408.

çıkmaktadır. Algoritma, basit olarak bir görevi yerine getirmeyi tanımlayan bir dizi kılavuzu ifade etmektedir. Bilgisayar biliminde, bir algoritma, bir bilgisayara ne yapması gerektiğini söyleyen talimatlar dizisidir. Yapay zekâ algoritmaları kullanmakta ancak tüm algoritmalar yapay zekâ içermemektedir.[8] Makine öğrenmesi (*machine learning*), yapay zekânın bir alt alanı olarak kabul edilir. Makine öğrenimi, Harry Surden tarafından öğrenme yeteneğine veya bir görevde zaman içinde performans geliştirme yeteneğine sahip bilgisayar algoritmaları şeklinde tanımlanmıştır.[9] Temel olarak makine öğrenmesi, zaman içinde verilerden öğrenen makineleri ifade emektedir. Bu öğrenme, bir veri kümesi ile başlayan ve verileri açıklayan ya da gelecekteki verileri tahmin edebilen bir kural ya da prosedür oluşturmaya çalışan istatistiksel süreç olarak gerçekleşmektedir.[10] Bir başka açıdan makine öğrenmesi bir bilgisayarın zeki olması için programlanması ve aynı zamanda o makinenin çevresinden öğrenmesi ve performansının zaman içinde geliştirmesi üzerine bir yaklaşımı ifade etmektedir.[11] Günümüzde yapay zekâ sistemleri genel olarak algoritmalardan faydalanır ve makine öğrenme sistemleri tarafından desteklenir.[12]

Yapay zekâ, makine öğrenmesi ve bunların alt kümesi olan derin öğrenme metodları son yıllarda genomik ve tıp alanında araştırmalarda sıklıkla kullanılmaya başlamıştır. Genetik ilmi, canlı organizmaların karakteristik özelliklerini ve bir nesilden diğerine geçen kalıtımı konu edinirken; genomik sağlığı etkileyen hastalıkların ortaya çıkarılabilmesi gibi amaçlarla bir organizmanın genlerinin tamamının incelenmesini ve DNA dizilimlerinin ve işlevlerinin ortaya çıkarılmasını konu edinmektedir.[13] Genetik temel olarak tek bir genin kompozisyonu ve işlevlerini incelerken, genomik tüm genleri ve bunların birbirleriyle olan ilişkilerini incelemektedir.[14] Bu yönüyle genomik, genetikten farklıdır.

---

8 Human Rights in the Age of AI, 2018, s. 8; Algorithms and Human Rights, Study on the Human Rights Dimensions of Automated Data Processing Techniques and Possible Regulatory Implications, Council of Europe Study, Prepared by Committee of Experts on Internet Intermediaries (MSI-NET), 2017, https://edoc.coe.int/en/internet/7589-algorithms-and-human-rights-study-on-the-human-rights-dimensions-of-automated-data-processing-techniques-and-possible-regulatory-implications.html, s. 41 vd. (Algorithms and Human Rights)

9 Harry Surden, Machine Learning and Law, Washington Law Review, 87, 2014, https://scholar.law.colorado.edu/articles/81/ (Son Erişim Tarihi: 01.03.2021)

10 Human Rights in the Age of AI, 2018, s. 8-9.

11 Armağan Ebru Bozkurt Yüksel, Yapay Zekânın Buluşlarının Patentlenmesi, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Y. 6, S. 11, Haziran 2018 (s. 585-622)., s. 589.

12 Human Rights in the Age of AI, 2018, s. 8-9.; Soysal, Endüstri 4.0, s. 277.

13 National Human Genome Research Institute, Genetics vs. Genomics Fact Sheet, https://www.genome.gov/about-genomics/fact-sheets/Genetics-vs-Genomics (Son Erişim Tarihi: 25.02.2021)

14 World Health Organization, Human Genomics in Global Health,

Genomik çalışmaları son yıllarda yapay zekâ uygulamalarının da kullanılmasıyla nadir hastalıkların ve kanser türlerinin tedavisine ilişkin yeni çözümler ortaya koymaktadır. Global ölçekte, kişisel genetik test taleplerine bağlı olarak tıbbi genetik testler hızla artmaktadır. Bugün yapay zekâ ve makine öğrenmesi sayesinde insanın gen haritasının çıkartılarak kişiye özel tedavi yöntemlerinin geliştirilmesi mümkün hale gelmiştir.

Genomik alanında yapay zekâ ile birlikte yaşanan hızlı değişim genom düzenleme teknolojilerini de tetiklemiştir. Nature Biyoteknoloji'de yayımlanan bir araştırmada FORECasT, SPROUT ve inDelphi gibi makine öğrenme teknolojileri sayesinde CRISPR/Cas9 genom düzenleme sonuçlarının tahmin edilebilirliğinin arttığı belirtilmiştir.[15]

B. GENOM DÜZENLEME TEKNİKLERİ

1. GENEL OLARAK

Geleneksel ıslah yöntemlerinden farklı olan genetik mühendislik (*genetic engineering*) yöntemlerinde hedef organizmanın genetik özellikleri, dışarıdan bir başka organizmadan alınan genin aktarılması ile laboratuvar koşullarında değiştirilmektedir. Bu şekilde oluşturulan ürünlere genetik olarak değiştirilmiş ürünler (*genetically modified crops-GMOs*) veya transgenik ürünler (*transgenic crops*) adı verilmektedir.[16] Geleneksel ıslahçılık yöntemlerinde, farklı çeşitteki iki geleneksel tohumun birbiriyle geleneksel yöntemlerle çaprazlanması suretiyle 'hibrit tohum' adı verilen yeni çeşitler elde edilebilmektedir. Buna karşılık genom düzenleme, DNA'nın canlı bir organizmanın genomuna eklendiği, silindiği, değiştirildiği veya düzenlendiği bir tür genetik mühendislik tekniğini ifade etmektedir. Genetik materyalin bir konakçı genomuna rastgele yerleştirilmesine dayanan 'erken genetik mühendislik' tekniklerinden farklı olarak genom düzenleme teknolojileri, ekleme ve düzenlemeleri bölgeye özel konumları hedefleyerek gerçekleştirmeye olanak vermektedir. Genom düzenleme, GDO'ların oluşturulması yanında pek çok amaç için kullanılabilmektedir. Buna karşılık GDO'ları oluşturmanın da genom düzenleme ile birlikte pek çok farklı yöntemi bulunduğu söylenmelidir.

---

https://www.who.int/genomics/geneticsVSgenomics/en/#:~:text=The%20main%20difference%20between%20genomics,and%20development%20of%20the%20organism. (Son Erişim Tarihi: 25.02.2021)

15 Ashley Yeager, Machine Learning Algorithms Predict the Repairs Made to DNA after Cas9 Cuts, May 1, 2019, https://www.the-scientist.com/the-literature/could-ai-make-gene-editing-more-accurate-65781 (Son Erişim Tarihi: 25.02.2021)

16 Genetically Modified Crops, http://www.fao.org/docrep/015/i2490e/i2490e04d.pdf (Son Erişim Tarihi: 25.02.2021)

Genel olarak genom düzenleme (*genom editing*) veya gen düzenleme (*gen editing*) teknolojisi olarak isimlendirilen usulde hücre içindeki DNA'nın doğal yapısında yer alan "tasarlanmış nükleazlar (*engineered nucleases*)" adı verilen enzimler vasıtasıyla ekleme, çıkarma veya değiştirme işlemleri yapılmaktadır. Hedef organizmanın DNA'sında değişiklik yapan bu nükleazlar için "moleküler makas (*molecular scissors*)" tabiri kullanılmaktadır. Bu teknolojileri, klasik transgenik organizmalardan ayıran husus, hedef organizmanın DNA yapısında yapılan değişikliğin organizmanın doğal olarak yapısında bulunan enzimler aracılığıyla yapılması ve bu süreç sonrası hücrenin kendi doğal süreçleri içerisinde kendi kendini onarabilmesidir. Bu onarımın yapılma şekline göre de genom düzenleme yöntemleri farklılaşmaktadır.[17]

Tasarlanmış nükleazlarda genom düzenleme, üç ana enzim sınıfı kullanılarak yapılmaktadır: ZFN (*Zinc Finger Nucleases*/Çinko Parmak Nükleazları), TALEN (*Transcription Activator Like Effector Nucleases*/Transkripsiyon Aktivatör Benzeri Nükleazlar) ve CRISPR/Cas9 (*Clustured Regularly Interspaced Short Palindromic Repeats*/Düzenli Aralıklarla Bölünmüş Palindromik Tekrar Kümeleri).[18]

Genom düzenleme tekniklerinin en bilineni ve en çok uygulananı kolay çalışma ve yüksek verimlilik özelliklerine sahip CRISPR/Cas9 olarak bilinen yöntemdir. CRISPR/Cas9 ile birlikte ZFNs ve TALENs yöntemleri herhangi bir genomda hedeflenen bölgenin değiştirilmesinde uygulanan diğer dizi spesifik nükleazları olarak başarı ile uygulanmaktadır.[19]

ZFN'ler, kullanıcının genomda değişiklik yapmak istediği bölgeye göre dizayn edilen ilk dizi spesifik nükleazlardır. Bu yöntemde DNA'ya spesifik olarak bağlanan kısım çinko parmak (zf) proteinlerinden oluşur. ZFN sistemine alternatif olarak oluşan TALEN tekniğinde ise bağlanmayı sağlayan DNA'nın yapısı farklılaşmaktadır. TALEN

---

[17] Amardeep; Kisa Zaidi; Shalu Sharma; Vikas Sharma, Designer Nucleases for Genome Editing in Plants: Different Approaches and Applications, International Journal of Pure &Applied Bioscience, *5* (6), November-December 2017, (s. 1389-1402), http://www.ijpab.com/form/2017%20Volume%205,%20issue%206/IJPAB-2017-5-6-1389-1402.pdf, 1390 vd. (Son Erişim Tarihi: 21.03.2021)

[18] Tamer Soysal, Tarımda Biyoteknoloji Uygulamaları ve Patent Hakları (Agricultural Biotech Patent Law), Adalet Yayınları, Mayıs 2019, s. 135. (Soysal, Agricultural Biotech Patent Law).

[19] Ali Ergül; Bitkilerde Fonksiyonel Genombilim, Bitkilerde Genom Düzenlemesi (CRISPR/Cas9), s. *5* vd., https://acikders.ankara.edu.tr/course/view.php?id=4589#section-13 (Son Erişim Tarihi: 01.10.2020)

M. Aydın Akbudak; Kübra Kontbay, Yeni Nesil Genom Düzenleme Teknikleri: ZFN, TALEN, CRISPR'lar ve Bitkilerde Kullanımı, Tarla Bitkileri Merkez Araştırma Enstitüsü Dergisi, 26, 1 (2017 (s. 111-126)., s. 111 vd.; Amardeep; Zaidi; Sharma, s. 1392 vd.

tekniğinde, DNA'ya bağlanmayı sağlayan transkripsiyon aktivatör benzeri (TAL) efektörler, hedef hücreye yönlendirilmektedir.[20]

2. CRISPR/Cas9 TEKNOLOJİSİ

CRISPR, düzenli aralıklarla bölünmüş palindromik tekrar kümelerini (*Clustered Regularly Interspaced Short Palindromic Repeats*) ifade etmektedir.[21] Cas9 (CRISPR associated protein9/CRISPR ile ilişkili Protein 9) tabiri ise CRISPR dizilerini tamamlayıcı olan spesifik DNA dizilerini tanımak ve parçalamak için bir kılavuz olarak kullanılan enzimleri ifade etmektedir.[22]

CRISPR teknolojisi, bakteriler ve arkea'lılar gibi prokaryotik organizmaların genomlarında bulunan DNA dizilerini ifade etmektedir. Cas9 ifadesi CRISPR DNA dizileri ile ilişkili, bakterilerin bağışıklık sistemleri ile ilgili DNA endonükleaz enzimini anlatmak üzere kullanılmaktadır.[23]

1987 yılında Osaka Üniversitesinden Yoshizumi Ishino önderliğindeki araştırma grubu, *E.coli* bakterisinde *alkali fosfatazın izozim*[24] dönüşümünde (*isozyme conversion of alkaline phosphatase*) rol oynayan genlerin analizi ve tekrar dizilerine ilişkin yürütülen çalışmaları kapsamında[25] ilk olarak bu bakteride birbirini tekrarlayan DNA kümelerinin bulunduğunu keşfetmişlerdir.

CRISPR-Cas teknolojisinin genom düzenleme aracı olarak kullanılması için ilk adımların 2012 yılında Jennifer Doudna ve Emmanuelle Charpentier öncülüğündeki araştırmacıların çalışmasıyla atıldığı söylenebilir. Doudna, Charpentier ve arkadaşları Cas9 endonükleazının, iki RNA molekülü ile birleştirilmek ve hedef DNA'nın

---

20 Akbudak; Kontbay, s. 114.

21 Ergül; Bitkilerde Fonksiyonel Genombilim, s. 4.

22 Ergül; Bitkilerde Fonsiyonel Genombilim, s. 4.

23 Qunxin She; Wenyuan Han, Archaea and CRISPR Technology, 8 August 2017, https://microbiologysociety.org/publication/past-issues/archaea/article/archaea-and-CRISPR-biology.html (Son Erişim Tarihi: 05.02.2021)

24 İzozimler, izo-enziler olarak bilinirler ve amino asit sekansında farklılık gösteren değişik moleküler formda olan fakat aynı kimyasal tepkimeleri katalize eden enzimleri ifade etmektedir. Daha genel olarak çoklu enzim formları olarak nitelendirilirler. İzozimler için bkz. Isozyme, https://www.sciencedirect.com/topics/biochemistry-genetics-and-molecular-biology/isozyme (Son Erişim Tarihi: 25.02.2021)

25 Bu çalışma için bkz. Yashizumi Ishino; Hideo Shinagawa; Kozo Makino; Mitsuko Amemuro; Atsuo Nakata, Nucleotide Sequence of the iap Gene, Responsible for Alkaline Phosphatase Isozyme Conversion in Escherichia coli, and Identification of the Gene Product, Journal of Bacteriology, V. 169, N. 12, December 1987 (s. 5429-5433)

laboratuvar koşullarında kesilmek suretiyle yönlendirilebileceğini ortaya koymuşlardır.[26]

2013 yılı başında Fenz Zhang ve arkadaşları CRISPR-Cas9 teknolojisini ilk kez ökaryot[27] hücrelerin genomunu düzenlemek için kullanmayı başarmışlardır. Aynı yıl Harvard Üniversitesinden bir başka araştırma grubunun yaptığı çalışmalar sonucunda memeli hücrelerinde genom düzenlenmesi için *Streptococcus thermophilus* ve *Streptococcus pyogenes*'ten CRISPR-Cas9 sistemlerinin mühendisliği başarıyla gerçekleştirilmiştir.[28]

Esasen CRISPR-Cas öteden beri doğal olarak mayalanma ile oluşan yoğurt, peynir gibi gıdalarda rol oynayan bir mekanizmadır. Bu tür gıdalarda mayalanmayı sağlayan bakteriler, bu süreçte dışarıdan enfekte olan virüslere karşı doğal bir savunma mekanizması geliştirmektedirler. Bu savunma mekanizmasında rol oynayan DNA dizilerinin, bakterilerin genomunda yer alan 'CAS' proteinleri olduğu yapılan çalışmalar ile ortaya çıkarılmıştır.

CRISPR-Cas9 genom düzenleme tekniği Tip 2 adı verilen CRISPR sistemi ile birlikte gerçekleştirilmektedir. Bu sistem Cas9, crRNA ve tracrRNA ve homolog olmayan uç birleştirme (*non-homologous end joining*-NHEJ) veya benzeşik (*homology*) yönelik onarımda (*homology directed repair*-HDR) kullanılan isteğe bağlı bir DNA onarım şablonu bölümü içermektedir. Bu süreçte yer alan bileşenler aşağıda açıklanmıştır:

---

[26] Eric S. Lander, The Heroes of CRISPR, Cell Press Journal, 164, January 2016, https://www.cell.com/cell/pdf/S0092-8674(15)01705-5.pdf, (s. 18-28)., s. 25.; Jennifer Doudna; Genome-Editing Revolution: My Whirlwind year with CRISPR, 22 December 2015, https://www.nature.com/news/genome-editing-revolution-my-whirlwind-year-with-CRISPR-1.19063 (Son Erişim Tarihi: 19.10.2020).

[27] Bitkiler, hayvanlar ve mantarlar ökaryot hücre yapısına sahiptirler. Ökaryot hücre yapısına sahip canlılarda hücrede çekirdek yer alır ve bu canlılar eşeyli üreme ile çoğalırlar. Buna karşılık prokaryot hücre yapıları daha basittir ve hücrede çekirdek yerine halka DNA'lar (plazmidler) bulunur. Bakteriler, virüsler ve arkealar prokaryot hücre yapısına sahiptirler. Bkz. Soysal, Agricultural Biotech Patent Law, s. 104 vd.

[28] Zehra Gün Gök; Beste Çağdaş Tunalı, CRISPR-Cas İmmün Sisteminin Biyolojisi, Mekanizması ve Kullanım Alanları, Kırıkkale Üniversitesi, Mühendislik Fakültesi, Uluslararası Mühendislik Araştırma ve Geliştirme Dergisi, C. 8, S.2, Haziran 2016 (s. 11-23)., s. 12. (http://dergipark.gov.tr/download/article-file/353862); Broad Institute, CRISPR Timeline, https://www.broadinstitute.org/what-broad/areas-focus/project-spotlight/CRISPR-timeline (15.12.2020)

Tablo 1. CRISPR Genom Düzenleme Bileşenleri ve İşlevleri[29]

Bileşen (component)	**İşlev (function)**
crRNA	CRISPR RNA'ları ifade eder. Küçük, olgun RNA'lardır. Aktif bir kompleks oluşturan tracrRNA'ya bağlanan (genellikle bir saç tokası/hairpin halka formunda) bir bölge ile birlikte konakçı DNA'nın doğru segmentini bulan kılavuz RNA'yı içerir.
tracrRNA	TRANS-AKTİVE EDİCİ crRNA'lardır. TracrRNA, crRNA'ya bağlanır ve aktif bir kompleks oluşturur.
sgRNA	SINGLE-GUIDED RNA. Tek kılavuzlu RNA'lar, bir tracrRNA ve en az bir crRNA'dan oluşan bir kombine RNA'yı ifade eder.
dsRNA dsDNA	DOUBLE STRANDED RNA/DNA. Çift zincirli RNA/DNA. Çift sarmallı RNA virüsleri (dsRNA virüsleri), ribonükleik asitten yapılmış çift sarmallı genomlara sahip polifilik (polyphyletic) bir virüs grubudur. Çift sarmallı genom, viral RNA'ya bağımlı RNA polimeraz (RdRp) tarafından pozitif sarmallı bir RNA'yı kopyalamak için kullanılır.
Cas9	Aktif formu DNA'yı değiştirebilen enzimi ifade eder. Her enzimin DNA bölgesi tanıma işlevi nedeniyle farklı işlevlere sahip birçok varyant (yani tek sarmallı kesme, çift sarmal kırma, DNA bağlanması/DNA binding) mevcuttur.
Onarım Şablonu (repair template)	Cas9 tarafından kırılmış konakçı segmente spesifik bir DNA sekansının eklenmesine izin veren, konakçı hücrenin DNA onarım sürecinde bir şablon olarak kullanılan DNA molekülünü ifade eder.

CRISPR genom düzenleme metodu, sadece Cas9 enzimi ile değil, örneğin 2016 yılında keşfedilen Cas13[30] enzimi ile de başarılı şekilde uygulanabilmektedir.[31] *Francisella novicida* bakterisi üzerinde yürütülen

[29] CRISPR Gene Editing, https://en.wikipedia.org/wiki/CRISPR_gene_editing (Son Erişim Tarihi: 30.03.2021); Fuguo Jiang; Jennifer A. Doudna, The Structural Biology of CRISPR-Cas Systems, Current Opinion in Structural Biology, February 2015, https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC4417044/ (Son Erişim Tarihi: 30.03.2021)

[30] Kelly M. Anderson; Pornthida Poosala; Sean R. Lindley; Douglas M. Anderson, Targeted Cleavage and Polyadenylation of RNA by CRISPR-Cas13, The Preprint Server for Biology, January 2019, https://www.biorxiv.org/content/10.1101/531111v1.full.pdf (Son Erişim Tarihi: 24.02.2021)

[31] Ali Razzaq; Fozia Saleem; Mehak Kanwal; Ghulam Mustafa ve Diğerleri, Modern Trends in Plant Genome Editing: An Inclusive Review of the CRISPR/Cas9 Toolbox, International Journal of Molecular Sciences, August 2019,

çalışmalar CRISPR-Cpfl sisteminde de genom düzenlemenin mümkün olduğunu ortaya koymuştur. Cas9 ile karşılaştırıldığında, "Cpfl (*Cleavage and Polyadenylation Speficity Factor*-CPFL/Bölünme ve *Poliadenilasyon* Özgüllük Faktörü)" tek bir Kılavuz RNA'ya ihtiyaç duymakta ve hem hayvanlarda hem de bitkilerde başarılı şekilde uygulanabilmektedir. Ayrıca Cas9 tekniği için gerekli olmasına rağmen, Cpfl sisteminde crRNA ve tracrRNA etkileşimi zorunlu değildir.[32] Feng Zhang, MIT ve Broad Enstitüsü tarafından Cas12a olarak da adlandırılan Cpfl enzimi kullanılmak suretiyle de yeni nesil CRISPR nükleazları bulunmuş ve bu usule de patent almayı başarmışlardır.[33]

1970'ler ile birlikte başladığı kabul edilen biyoteknoloji çağında bir DNA tarama ve değiştirme işlevi yöntemi olarak CRISPR sistemi, bilim adamlarına genleri kolay bir şekilde devre dışı bırakmayı veya DNA kodlarıyla oynamak suretiyle onların işlevlerini değiştirmeyi olanaklı kılmaktadır. Bu yönüyle CRISPR sistemi yüzyılın biyoteknoloji keşfi olarak kabul edilmektedir.[34]

3. CRISPR TEKNOLOJİLERİNİN HASTALIKLARIN TEDAVİSİNDE KULLANIMI

CRISPR sistemleri DNA'nın kolay, kesin ve düşük maliyetle değiştirilmesine imkan sağlamaktadır. Bu teknoloji sayesinde bir bireyin genetik kodunun sorunlu veya hastalığa neden olan kısımları tespit edilebilmekte ve bu sorunlu kısımlar değiştirilip onarılabilmektedir. Bu süreç, Word programındaki 'bul ve değiştir (*search and replace*)' işlevine benzetilmektedir.[35] Genetik bilgiyi depolayan DNA, gen ekspresyonu olarak da ifade edilen bir protein sentez süreci ile hücreleri kontrol potansiyeline sahiptir. Tamamlayıcı RNA zincirleri, proteinleri oluşturmak için genetik kod bilgisinin çekirdekten ribozoma aktarılmasıyla oluşturulur. Böylece DNA, çekirdekte güvenli bir şekilde kalırken, protein üretimi için gerekli olan genetik bilgi iletilebilmektedir. Bakteriler, virüsün DNA'sını kesmek için bir enzim kullanırlar.

---

https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC6720679/ (Son Erişim Tarihi: 24.09.2020)

32 Razzaq; Saleem ve Diğerleri.

33 Fatemeh Safari; Khadijeh Zare; Manica Negahdaripour ve Diğerleri, CRISPR Cpfl Proteins: Structure, Function and Implications for Genome Editing, Cell & Bioscience Journal, 9 May 2019, https://cellandbioscience.biomedcentral.com/articles/10.1186/s13578-019-0298-7 (Son Erişim Tarihi: 24.02.2021)

34 Antonio Regalado, Who Owns the Biggest Biotech Discovery of the Century, December 2014, https://www.technologyreview.com/2014/12/04/170211/who-owns-the-biggest-biotech-discovery-of-the-century/ (Son Erişim Tarihi: 24.01.2021)

35 New "Search and Replace" CRISPR Technique Increases Cell Survival, May 8, 2018, https://www.biocompare.com/Life-Science-News/349771-New-Search-and-Replace-CRISPR-Technique-Increases-Cell-Survival/ (Son Erişim Tarihi: 10.03.2021)

Araştırmacılar, RNA'yı spesifik DNA dizilerini hedefleyen bir kılavuz dizi içerecek şekilde değiştirmişlerdir. Değiştirilmiş RNA, bu enzime bağlanarak doğal halinde olduğu gibi DNA'ya yerleştirilerek kesilmiştir. Araştırmacılar ardından hücrenin kendi DNA onarım yeteneğini genetik materyal parçalarına eklemek veya silmek suretiyle ya da mevcut bir segmenti özelleştirilmiş bir segmentle değiştirmek suretiyle DNA'da değişiklik yapmışlardır.

Bu suretle CRISPR sistemi şu amaçlarla kullanılabilmektedir:[36]

a. CRISPR teknolojileri bitki, hayvan ve insan genlerini düzenleme yeteneğine sahiptir. Böylece hücre anemisi, kas distrofisi, kistik fibrozise neden olan mutasyonların düzeltilmesi yahut nadir görülen bir körlük hastalığının tedavisi mümkün hale gelmiştir. Bunlara yönelik fareler üzerinde çalışmalar yürütülmüş ve başarılı olunmuştur.

b. Biyoteknolojide gen aktarımı yoluyla oluşturulan transgenik bitkiler yanında CRISPR gibi genom düzenleme tekniklerinin uygulanmasıyla istenilen özelliklerin bitkilere CRISPR/Cas9 sistemi ile aktarılması mümkün hale gelmiştir. Örneğin buğdayı belirli zararlılara karşı dirençli hale getirmek için CRISPR yöntemiyle buğday türlerindeki bazı genlerin silinmesi sağlanmıştır. 2017'de Japon araştırmacılar, tek bir geni düzenleyerek bir çiçeğin rengini mordan beyaza dönüştürmek için CRISPR sistemini kullanmışlardır.

c. CRISPR sistemi gen düzenlemenin maliyetini düşürdüğü ve bir seferde yüz binlerce genin değiştirilmesini mümkün hale getirdiğinden, hastalıkların olası nedenlerine yönelik testler de gelişmektedir. Bilhassa kalıtsal hastalıklara dönük ilaç üretimi ve kişiselleştirilmiş ilaçların oluşturulmasına CRISPR teknolojileri başarı ile kullanılmaktadır.

d. CRISPR teknolojileri organ nakli konusunda da çığır açıcı çalışmalara dönüşmektedir. CRISPR sayesinde hayvandan insana organ nakli ve transplantasyon sürecindeki risklerin azaltılması mümkün hale gelmektedir.

e. CRISPR teknolojileri insan eşey hattı (*the germline of human beings*) üzerinde de değişiklik yapmaya imkan sağlamaktadır.

---

[36] Jessica Wachowicz, The Patentability of Gene Editing Technologies such as CRISPR & the Harmonization of Laws Relating to Germline Editing, Intellectual Property Brief, V. 10, I. 1, 2019 (s. 34-45)., s. 39 vd.; Deborah Ku, The Patentability of the CRISPR-Cas9 Genome Editing Tool, Chicago-Kent Journal of Intellectual Property, V. 16, I. 2, Article 8, 2017 (s. 408-439)., s. 410 vd.

Genom düzenleme tekniklerinin en önemlisi olarak CRISPR, 2012 yılında ortaya çıkışından bu yana 6.000'den fazla genetik hastalığın tedavisine ilişkin yeni bir dönem başlatmıştır.[37] İlk klinik denemelerde CRISPR insanlarda kanser, kan bozuklukları ve kalıtsal körlük için yeni umutlar doğurmuştur. Araştırmacılar bir kişinin hücrelerinde CRISPR teknikleri ile DNA'yı yeniden düzenlemekte ve bir moleküler makas olarak bu hastalıkların tedavi olasılıklarını artırmaktadır. Kimileri daha önce kök hücre ve gen terapisi tedavilerine aşırı umut bağlanmasında olduğu gibi, CRISPR tekniklerinin de bu hastalıkların tedavisini sağlamasına ihtiyatlı şekilde yaklaşmak gerektiğini vurgulamaktadır.[38] Yöntemin insanlar üzerinde uygulanması için henüz büyük riskler bulunduğu kabul edilse de; daha kolay, hızlı ve az maliyetli bir genom düzenleme tekniği olarak pek çok potansiyeli barındırdığını söylemek mümkündür. Kök hücre ve gen terapisi uygulamaları gen aktarımı yapılmış plazmidlerin hedeflenmiş hücrelere transferini içermektedir.[39] Bununla birlikte DNA'nın hücrelere girme yeteneğinin kısıtlı oluşu ve enzimatik degredasyona[40] uğrama olasılıkları bu yöntemlerin risklerini artırmaktadır.[41]

Bir genetik hastalık olan OTCD (*ornithine transcarbamylase deficiency*/ornitin transkarbamilaz eksikliği)[42] hastası olan 18 yaşındaki

---

37 Tina Hesman Saey, CRISPR enters its first human clinical trials, August 14, 2019, https://www.sciencenews.org/article/CRISPR-gene-editor-first-human-clinical-trials (Son Erişim Tarihi: 24.01.2020)

38 Saey, https://www.sciencenews.org/article/CRISPR-gene-editor-first-human-clinical-trials (Son Erişim Tarihi: 24.01.2021);

39 Azade Attar, Gen Terapi Yöntemleri: Fiziksel ve Kimyasal Metodlar, Türk Hijyen ve Deneysel Biyoloji Dergisi, 2017, 74 (1) (s. 103-112)., s. 105.

40 Degredasyon, DNA yapısının parçalarının ayrılması durumunu ifade eder. DNA degradasyonu (bozulması), çok eski DNA örnekleri kullanımı, DNA örneklerinin tekraren dondurulup çözülmesi, DNA örneklerinin oda sıcaklığında bırakılması veya ısıya ya da fiziksel dezenformasyona maruz bırakılması, etkin olmayan saflaştırma gibi nedenle gerçekleşebilir. Hasarı içeren oligonükleotidin uzaklaştırılması DNA degredasyonudur. DNA Degredasyonu için bkz. DNA Degradation, https://www.sciencedirect.com/topics/medicine-and-dentistry/dna-degradation (Son Erişim Tarihi: 01.03.2021)

41 Attar, s. 108.; Fathema Uddin; Charles M. Rudin; Triparna Sen, CRISPR Gene Theraphy: Applications, Limitations, and Implications for the Future, Frontiers in Oncology, August 2020, V. 10, Article 1387, https://www.frontiersin.org/articles/10.3389/fonc.2020.01387/full, s. 9. (Son Erişim Tarihi: 15.03.2021)

42 Karaciğer, amino asit metabolizmasında önemli bir işlevi yerine getirir. Amino asitlerin tepkimeleri sonucu açığa çıkan ve toksik bir madde olan amonyak, 'üre döngüsü (*urea cycle*)' adı verilen süreçte üreye dönüştürülür ve böylece kan pH'ının değişmesi önlenmiş olur. Üre ardından kan yoluyla böbreğe ve idrar yoluyla da vücuttan dışarı atılır. Vücutta üre döngüsünü kontrol eden enzimlerden olan 'ornitin transkarbamilaz' eksikliği OTCD hastalığına sebep olmaktadır. Bkz. Ornithine transcarbamylase deficiency, https://medlineplus.gov/genetics/condition/ornithine-transcarbamylase-deficiency/ (Son Erişim Tarihi: 24.01.2021)

Jesse Gelsinger günde 50 hap içerek yaşamını sürdürmekte iken, 1999 yılı Eylül ayında Pensilvanya Üniversitesi'nde gen terapisi tedavisi için gönüllü olmuş ve kendisine gen terapisi yöntemleri uygulanmıştır. Uygulanan yöntem OTCD'li fareler üzerinde denenmiş ve OTC enzimini tekrar işlevsel hale getirdikten sonra aktarma yapılarak farelerin yaşamının uzadığı görülmüştür. Ancak Jesse kendisine tedavi uygulandıktan dört gün sonra yaşamını yitirmiştir.[43] Jesse'nin ölümünden sonra yöntemin yeterli denemelerle doğrulanmaksızın ve Jesse'nin karaciğer testlerinin yeterli seviyede olmamasına rağmen uygulama yapıldığı, yan etkiler ve riskler konusunda Jesse'nin yeterli bilgilendirmeye tabi tutulmadan tedavisine onay verildiği eleştirileri yapılmıştır. CRISPR genom düzenleme tekniklerinin içerdiği düşük maliyet ve kesinlik nedeniyle gen terapisi tedavilerinin de başarısını artıracağı ifade edilmektedir.[44]

CRISPR-Cas9 metodlarının dört temel özelliği insan hastalıklarını tedavi etmek için kullanımını mümkün kılmaktadır: 1. Viral enfeksiyonlar ile mücadele potansiyeli 2. Bakteriyel enfeksiyonlarla savaş potansiyeli 3. Somatik (germ hattı olmayan) hücrelerini düzenleme potansiyeli 4. İnsan eşey hattı (germ hattı) hücrelerinde düzenleme kapasitesi.

Bu farklı potansiyellerin etkin kullanımı viral enfeksiyonların tedavisi, HIV/AIDS gibi hastalıklara çare bulma, bakteriyel enfeksiyonların sonlandırılması, antibiyotik dirençli tüberküloz, kas distrofisi kanser gibi hastalıkların tedavisi anlamını taşımaktadır. İnsan eşey hattı hücrelerinde düzenleme yapılması kalıtsal hastalıkları ve kısırlık gibi rahatsızları sona erdirebilecektir.

CRISPR teknolojileri dünya genelinde genel popülasyonda diğer yaygın hastalıklarla kıyaslandığında çok az sayıda insanı etkileyen 'nadir' ya da 'yetim' hastalık olarak adlandırılan hastalıkların tedavisinde de yeni olanaklar oluşturmaktadır. Dünya Sağlık Örgütü'ne (WHO) göre nadir görülen bir hastalık her 10.000 kişiden en fazla 6.5'ini etkileyen hastalık olarak tarif edilmektedir. Nadir hastalıkların yarısı doğum veya çocukluk döneminde, diğer yarısı ise yetişkinlik döneminde ortaya çıkmaktadır. Yaklaşık % 80'i genetik nedenlere bağlı olup, kalan % 20'sinin nedeni ise nedeni çevresel veya idiyopatik (oluşumunda bir

---

43 Gene Therapy Research & the Case of Jesse Gelsinger, https://med.nyu.edu/departments-institutes/population-health/divisions-sections-centers/medical-ethics/education/high-school-bioethics-project/learning-scenarios/jesse-gelsinger-case (Son Erişim Tarihi: 24.01.2021)

44 Uddin; Rudin; Sen, s. 1 vd.; Melr Rinde, The Death of Jesse Gelsinger, 20 Years Later, June 4, 2019, https://www.sciencehistory.org/distillations/the-death-of-jesse-gelsinger-20-years-later (Son Erişim Tarihi: 24.01.2021)

sebep gösterilemeyen) olarak değerlendirilmektedir.[45] Dünya genelinde 360 milyon, Ülkemizde ise 8 milyon kişinin nadir hastalıktan muzdarip olduğu, toplam nadir hastalık sayısının ise 7.000 civarında olduğu tespiti yapılmıştır. Nadir hastalıkların teşhisi ve tedavisi küresel ölçekte çok büyük güçlükler içermektedir. Hastalar ve aileleri hastalıkların tedavi olanaklarına ulaşmada ve uzman bulmada zorluklarla karşılaşmaktadır. Genellikle genetik sorunlar sonucu oluşan hastalıkların tedavisinde CRISPR yöntemleri önemli imkanlar oluşturmaktadır. Olağan koşullarda 30 yıl içinde kavramdan denemeye geçme süresi, CRISPR yöntemleri ile 3 yıla kadar düşmüştür.[46] Son yıllarda Ülkemizde de bu yöntemler ile nadir hastalıkların tedavisi konusunda farkındalık oluştuğu görülmektedir. Üsküdar Üniversitesi bünyesinde 2018 yılında Transgenik Hücre Teknolojileri ve Epigenetik Uygulama ve Araştırma Merkezi (TRGENMER) faaliyete geçirilmiş, ayrıca Moleküler Biyoloji ve Genetik Bölümü Öğretim Üyeleri tarafından 2020 yılında "Nadir Hastalıklar Genetik Tedavi Yarışması (RaDiChal)"[47] başlatılmıştır. Bilhassa CRISPR-Cas9 teknolojileri alanında çalışmayı hedef edinen TRGENMER, transgenik hücre teknolojileri kullanılarak epigenetik mekanizmaların araştırılması ve bu mekanizmalara bağlı yerli ve milli ilaç adayı moleküllerin geliştirilmesi alanında faaliyetlerini sürdürmektedir.[48]

II. CRISPR TEKNOLOJİSİNİN PATENTLENMESİ

A. CRISPR PATENT YARIŞLARI

CRISPR tekniklerinin 2012 yılından itibaren uygulamaya başlamasıyla bu alanda hızlı bir patent yarışı başlamıştır. Broad Enstitüsü'nden Feng Zhang ve Kaliforniya Üniversitesi'nden Jennifer Doudna arasında CRISPR teknolojilerinin patentlenmesine ilişkin bir çekişmezlik yaşanmıştır. Ayrıca Broad Enstitüsü ve Rockefeller Üniversiteleri arasında da, çeşitli CRISPR patentlerinin sahibinin kim olduğu konusunda anlaşmazlıklar yaşanmaktadır. 2016 yılına kadar

---

45 Duygu Ürek; Sevilay Karaman, Önemli Bir Halk Sağlığı Sorunu Olarak Nadir Hastalıklar ve Yetim İlaçlar, Hacettepe Sağlık İdaresi Dergisi, 22 (4), 2019 (s. 863-878)., s. 866.

46 Panayiota Papasavva; Marina Kleanthous; Carsten W. Lederer; Rare Opportunities: CRISPR/Cas-Based Therapy Development for Rare Genetic Diseases, Molecular Diagnosis & Therapy, April 2019, https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC6469594/ (Son Erişim Tarihi: 01.03.2021)

47 RadiChallenge, https://twitter.com/radichallenge?lang=en

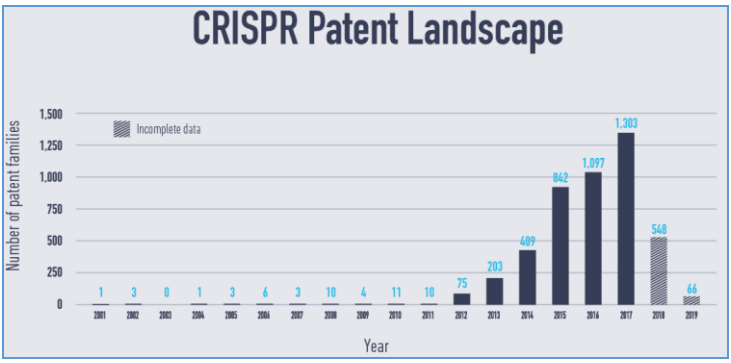
48 Üsküdar Üniversitesi, https://uskudar.edu.tr/tr/CRISPR-cas9

Birleşik Devletler Patent ve Marka Ofisi (USPTO)[49] tarafından 28 CRISPR patenti yayınlanmıştır.[50]

Bu alanda Intellia Therapeutics (UC Berkeley), Caribou Sciences (Jennifer Doudna), CRISPR Therapeutics ve ERS Genomics (E Charpentier) ile Editas Medicine (Broad Enstitüsü) tarafından tarafından hızlı bir patentleme ve araştırma yarışı devam etmektedir.

Bu alanın iki önde gelen aktörü Broad Enstitüsü'nün ABD ve Avrupa Patent Ofisi (*European Patent Office-EPO*)[51] nezdinde 34; Kaliforniya Üniversitesi'nin ise 10 patenti bulunmaktadır. Bu iki kuruluşun Avustralya, Japonya ve Çin başta olmak üzere dünyanın diğer ülkelerinde de patentleri bulunmaktadır.[52]

Tablo 2. *CRISPR Patentleri Genel Görünümü (IPStudies)*



Bu patentler, CRISPR teknolojisinin farklı yönlerini ve varyasyonlarını içermektedir. CRISPR/Cas9 usulüne ilişkin talep edilen pek çok patent arasında, buluşun ana eksenini oluşturan usullere ilişkin olarak üç grup bilim adamı tarafından patent talebi yapıldığı görülmektedir:[53]

---

49 United States Patent and Trademark Office-USPTO, https://www.uspto.gov/

50 Caroline Hroncich, The CRISPR Patent Debate, August 19, 2016, https://www.biopharminternational.com/view/CRISPR-patent-debate (Son Erişim Tarihi: 10.03.2021)

51 Avrupa Patent Ofisi için bkz. https://www.epo.org-about-us/governance.html (Son Erişim Tarihi: 15.03.2021)

52 A Brief Guide to Current CRISPR Landscape, https://www.the-scientist.com/news-opinion/a-brief-guide-to-the-current-CRISPR-landscape--66128 (Son Erişim Tarihi: 21.01.2021)

53 Jacob S. Sherkow, Patent Protection for CRISPR: An ELSI Review, Journal of Law and Biosciences, V. 4, I. 3, December 2017, https://academic.oup.com/jlb/article/4/3/565/4706243 (Son Erişim Tarihi: 05.01.2021)

1- Kaliforniya Üniversitesi, Berkeley'den[54] Jennifer Doudna ve Emmanuelle Charpentier, 2- MIT ve Harvard Üniversiteleri tarafından 2004 yılında oluşturulan Broad Institute'de[55] çalışan Feng Zhang 3- Litvanya Vilnius Üniversitesi'nden Virginijus Siksyns. Litvanyalı Siksyns 20 Mart 2012; Doudna ve Carpentier 25 Mayıs 2012[56] ve Feng Zhang 12 Aralık 2012 tarihlerinde[57] USPTO nezdinde patent başvurusu yapmışlardır.[58]

B. CRISPR TEKNOLOJİLERİNİN PATENTLENEBİLİRLİĞİ

1. GENEL OLARAK

Patent hukukunun temelinde buluş yer alır. Buluş teknik alana ait bir çözüm içermelidir.[59] Teknik alanda buluş gerçekleştirilirken, doğada yer alan yahut insan vücudunda bulunan genlerden faydalanılabilir. Buluşu ayırıcı kılan bir sorunu çözmek üzere geliştirilmiş bir öğreti olmasıdır. Her buluş patentlenebilir değildir. Bir buluşa patent verilebilmesi için patent verilebilirlik şartlarını taşıması gerekir. Gerek Avrupa Patent Sözleşmesi (EPC) gerekse Türk hukukunda teknolojinin her alanındaki buluşlara yenilik, buluş basamağı ve sanayiye uygulanabilir olması koşuluyla patent verilmesi esası benimsenmiştir (EPC, m. 52/1; SMK, m. 82/1). Amerikan hukukunda buluş basamağı şartı 'aşikar olmama (non-obviousness)'; sanayiye uygulanabilirlik şartı ise 'yararlılık (utility)' şartı olarak ifade edilir.[60]

Buluşların patentlenebilmesi bu olumlu şartların yanında genel olarak öğretide patentlenebilirliğin olumsuz şartları olarak da anılan[61] buluşun patent verilemeyecek konu ve buluşlara dahil bulunmaması da aranmaktadır. Bazı buluşlar, buluş olarak kabul edildikleri halde patent yasaları gereğince patent verilemez kabul edilmişlerdir. Bu buluşlar şu şekilde ifade edilmiştir (EPC 53; 98/44 sayılı Direktif, m. 6; SMK, m. 82/3):

Kamu düzenine veya genel ahlaka aykırı olan buluşlar, mikrobiyolojik işlemler veya bu işlemler sonucu elde edilen ürünler

---

54 University of California, Berkeley, https://www.berkeley.edu/

55 Broad Institute, https://www.broadinstitute.org/about-us

56 U.S. Patent Application No. 61/652,086 (filed May 25, 2012)

57 US Patent Application No. 61/842,322 (filed December 12, 2012)

58 Sherkow, agm. (Son Erişim Tarihi: 05.01.2021).

59 Ünal Tekinalp, Fikri Mülkiyet Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012., s. 530.; Cahit Suluk; Rauf Karasu; Temel Nal; Fikri Mülkiyet Hukuku, Güncellenmiş 4. Baskı, Ankara, 2020., s. 231.

60 Soysal, Agricultural Biotech Patent Law, s. 558.

61 Onur Sarı, Türk Patent Kurumu Nezdinde Patent Edinme Sürecinin Hukuki Değerlendirmesi, TBB Dergisi, S. 144, 2019 (s. 299-354)., s. 309.

hariç olmak üzere, bitki çeşitleri veya hayvan ırkları ile bitki veya hayvan üretimine yönelik esas olarak biyolojik işlemler, insan veya hayvan vücuduna uygulanacak teşhis yöntemleri ile cerrahi yöntemler dâhil tüm tedavi yöntemleri, oluşumunun ve gelişiminin çeşitli aşamalarında insan bedeni ve bir gen dizisi veya kısmi gen dizisi de dâhil olmak üzere insan bedeninin öğelerinden birinin sadece keşfi, insan klonlama işlemleri, insan eşey hattının genetik kimliğini değiştirme işlemleri, insan embriyosunun sınai ya da ticari amaçlarla kullanılması, insan ya da hayvanlara önemli bir tıbbi fayda sağlamaksızın hayvanlara acı çektirebilecek genetik kimlik değiştirme işlemleri ve bu işlemler sonucu elde edilen hayvanlar.

Bu sayılan kategorilerden 98/44 sayılı Direktif'in 6/2 maddesinde sayılan insan bedeni ve gen dizilerine ilişkin yasaklar geniş anlamda kamu düzeni ve genel ahlaka aykırılık şartı kapsamında mütalaa edilebilecektir.

CRISPR teknolojilerinin kullanıldığı buluşların patentlenmesinde ilk önemli sorun söz konusu ürünün buluş mu keşif mi olduğu noktasında olmaktadır. DNA dizileri ve bu dizilerde yapılan genom düzenleme teknikleri yoluyla yapılan değişikliklerin keşif/doğanın ürünü açısından tartışılması gerekmektedir. İkinci konu olarak da CRISPR teknolojilerinin içerdiği potansiyel nedeniyle kamu düzeni ve genel ahlaka aykırılık ölçütü bakımından değerlendirme önem taşımaktadır.

İnsan ve hayvan vücuduna uygulanacak teşhis yöntemleri ile cerrahi yöntemler dahil tüm tedavi yöntemlerinin de patentlenebilir alan dışına çıkarıldığı görülmektedir. CRISPR teknolojileri yoluyla ortaya konulan potansiyel tedavi yöntemleri bu yasağa tabi olmamaktadır. Çünkü EPO kararlarına göre[62] bu usullerin insan ve hayvan vücuduna uygulanması şart olup; insan vücudundan ayrılan doku ve DNA dizilerine uygulanan teşhis, tedavi ve cerrahi usuller patent yasağına tabi olmamaktadır.[63] ABD uygulamasında ise 1952 tarihli Patent Kanunu'nda bu tür bir yasak bulunmamaktadır. Yüksek mahkeme kararları ile oluşan tedavi usullerinin patentlenmesine ilişkin sınırlamaların ise 1996 yılında verilen Pallin v. Singer davası[64] sonrasında bir hayli daraltıldığı görülmektedir.[65]

---

62 Decision of Technical Board of Appeal T 144/83, OJ EPO 1986, 301.

63 Soysal, Agricultural Biotech Patent Law, s. 514.

64 Pallin v. Singer, No. 2:93-CV-202, 1996 WL 274407.

65 Katherine J. Strandburg, Legal But Unacceptable: Pallin v. Singer and Physician Patenting Norms, Law & Economics Research Paper Series Working Paper. 14-42, 2014, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2538557, s. 1.; Soysal, Agricultural Biotech Patent Law, s. 490.

Bu bölümde CRISPR teknolojilerine ilişkin çalışmaların yoğunlukla ABD menşeili olması nedeniyle patentlenebilirlik hususu bilhassa ABD mevzuat ve içtihatları doğrultusunda incelenecek, yeri geldikçe Türk ve Avrupa Patent Sözleşmesi (European Patent Convention-EPC) hükümlerine ilişkin olarak ayrıca açıklamalar yapılacaktır.

2. PATENTLENEBİLİR BULUŞ KONUSU

Geçmişten bu yana, patent kanunları ile insanın buluşçu yanının ağır basmadığı icatlar, buluş olarak nitelendirilmemiş ve patent verilebilir olarak kabul edilmemiştir. Bu tür icatlar için Avrupa patent kanunlarında "keşif (*discovery*)", ABD hukukunda ise "doğanın kanunları (*laws of nature*)" veya "doğanın ürünleri (*products of nature/works of nature*)" terimi tercih edilmiştir. ABD patent uygulamasında, 101 inci maddeye göre buluşun patent konusu teşkil etmemesi için üç önemli istisna benimsenmiştir. Bunlar; doğanın ürünü olma (*laws of nature*), doğal olgular (*natural phenomena*) ve soyut fikirler (*abstract ideas*) olarak ifade edilmektedir. Bu kapsamda Einstein'ın *E = mc2* formülü ve Newton'un yerçekimi kanunu gibi ünlü keşifleri, patentlenebilir buluş niteliği taşımayacaktır. ABD patent hukukunda keşif gibi doğanın ürünü (*product of nature*) kavramı da kanunlarda tanımlanmamış, mahkeme kararları ile ortaya çıkmış ve uygulanmıştır.

CRISPR teknolojileri sonucu elde edilen ürünler canlı organizma kapsamında kaldığı için öncelikle canlı organizmaların patentlenebilirliği hususunun incelenmesi gerekmektedir.

ABD'de canlı organizmaların patentlenebilirliğine ilişkin ilk önemli Karar meşhur Chakrabarty kararından üç yıl önce 1977 yılında verilmiştir. Söz konusu *In re Bergy, Coats and Malik* Kararında,[66] buluş konusu, doğada mevcut olmayan, biyolojik saf kültüre ilişkindir. Patent Ofisi, canlı şeylerin 101 inci maddeye göre patent konusu olmadığını belirterek talebin reddine karar vermiştir. CCPA[67] ise talep konusu kültürün kendiliğinden doğada mevcut olmadığını, laboratuvar koşulları sonucu elde edildiğini, önceki Patent Ofisi kararları ile canlı şeyler kullanılarak yapılan usul buluşlarına patent verildiğini, canlı bile olsa, teknolojik alanda kullanılabilen, faydalı ve sınai ürünlere patent verilebileceğini belirtmiştir. CCPA, mikro-organizmaların "imalat (*manufacture*)" veya "madde terkibi (*composition of matter*)" kapsamında patentlenebileceğini ve bu yaklaşımın kamunun da menfaatine olacağını belirtmiştir.

---

66 In re Bergy, 195 U.S.P.Q. 344, 1977.

67 Birleşik Devletler Gümrükler ve Patent Başvuruları Mahkemesi (*United States Court of Customs and Patent Appeals*). 1982 yılında Federal Temyiz Mahkemesi adını almıştır.

a. ABD Hukuku Bakımından

ABD Anayasası'nda 'Fikri Mülkiyet Klozu' olarak da bilinen Birinci Bölüm, Sekizinci Düzenlemesine göre ABD Kongresi'ne "faydalı teknik ve bilimin ilerlemesini teşvik (*to promote the progress of science and useful arts*) için sınırlı sürelerle buluşçu ve yazarlara münhasır haklar düzenleme" yetkisi verilmiştir.[68] Bu yetkiye uygun olarak Kongre, ABD Patent Yasasını kabul etmiştir. 1952 yılında bugün halen yürürlükte olan Patent Kanunu kabul edilmiştir. Başlık 35 (Title 35) olarak bilinen bu Kanun'un 101 inci maddesi ile patentlenebilir buluşlar yeni ve faydalı olan usuller, makineler, imalat ve madde terkibi ile ürünlerden oluşmaktadır. Bu kapsamda bitkiler ve biyoteknolojik buluşlar da usul (*process*), imalat (*manufacture*), ürün (*product*) ve madde terkibi (*composition of matter*) olarak patentlenebilecektir. ABD Patent Kanunu'nun 102 nci maddesinde "yenilik (*novelty*)", 103 üncü maddesinde "aşikar olmama (*non-obvious subject matter*)" ve 112 nci maddesinde tarifnamenin açıklığı ve uygulanabilirliği (*enablement requirement*) şartları düzenlenmiştir. [69]

Yaşam formlarına ilişkin ABD patent hukukunda genom düzenleme tekniklerinin de patentlenmesine ilişkin değerlendirmede yardımcı olacak aşağıdaki kararlardan bahsedilmesi uygun olacaktır:

i. Chakrabarty Kararı (1980)

ABD hukukunda canlıların patentlenmesine ilişkin oluşan soru işaretleri 1980 yılında Yüksek Mahkeme tarafından verilen Chakrabarty kararıyla[70] giderilmiştir. Yüksek Mahkeme açıkça canlıların patentlenmesinin önünde bir engel bulunmadığını belirtmiştir.[71]

Hint asıllı, Amerikalı mikrobiyolojist Ananda Mohan Chakrabarty, bakteriler üzerine araştırma yaparken, "*pseudomonas*"[72] bakterilerinin

---

68 Kongre'nin 1909 tarihli Telif Hakları Kanunu'na ilişkin Komisyon Raporu'nda "Kongre tarafından telif hakları konusunda Anayasa'daki ifadeye dayanan yasal düzenleme, yazarın kendi çalışmalarındaki doğal haklarına değil,... yazarların kendi çalışmalarına sınırlı bir süre için münhasır haklar tanımanın, kamunun refahına katkı sağlayacağına olan inanca dayanmaktadır." ifadesi yer almaktadır. H.R. Rep. No. 2222, 60th Cong., 2nd Session. 7, 1909.

69 Soysal, Agricultural Biotech Patent Law, s. 286.

70 Diamond v. Chakrabarty, 447, U.S. 303, 1980. Kararın tam metni için bkz. https://supreme.justia.com/cases/federal/us/447/303/ (Son Erişim Tarihi: 15.03.2021)

71 Diamond v. Chakrabarty, 447, U.S. 303, 1980.

72 Pseudomonas bakteri cinsleri, '*pseudomonadaceae*' bakteriler aleminde yer alır. Eski Yunancada 'psödo", "yanlış, sahte" ve '"monas", "tek birim" anlamlarını taşır. Gram-negatif, çubuksu ve hareketli bir bakteri grubunu ifade eder. Pseudomonas bakterilerini ilk olarak Alman botanist Walter Migula (1863-1938) tanımlamıştır. Doğada yaygın olarak bulunmalarından dolayı mikroskop ile ilk gözlemlenen canlılar arasındadır. 2000 yılında pseudomonas bakterisine ait genom dizilimi tespit edilmiştir. Bkz. Complete Genome Sequence of Pseudomonas aeruginosa PAO1, an opportunistic pathogen, August 2000, https://www.ncbi.nlm.nih.gov/ pubmed/10984043

ultraviole ışınları yolu ile ham petrolde daha uzun ömürlü olarak kalabildiklerini, bu bakterilerin hidrokarbonları ayrıştırmak suretiyle, denize dökülen petrolün temizlenme sürecini hızlandıran bir mikro-organizma olduğunu tespit etmiş ve 1972 yılında bu bakterilere ilişkin patent başvurusunda bulunmuştur. Ancak patent başvurusu, buluşun canlı organizma olması nedeniyle reddedilmiştir. ABD Patent İnceleme Komisyonu ise 1978 yılında verdiği Karar'da, Chakrabarty'nin buluşunu patentlenebilir olarak kabul etmiştir.

Uyuşmazlık Yüksek Mahkeme'ye taşınmıştır. Yüksek Mahkeme'nin 16 Haziran 1980 tarihinde verdiği Karar'da öncelikle şu husus vurgulanmıştır:[73]

"1952 tarihli Patent Kanunu'na ilişkin Komite Raporu'nda buluş konusu için "*insan tarafından yapılan, güneşin altında olan her şey*" şeklinde bir tarif yapılmıştır. Bunun anlamı, Patent Kanunu'nun 101. maddesinin sınırsız şekilde bütün keşifleri kapsaması değildir. Doğanın kanunları, fiziksel olgular ve soyut fikirler patentlenebilir kabul edilmezler. Bu nedenle, yeryüzünde keşfedilen yeni bir mineral veya vahşi doğada bulunan yeni bir bitki patentlenebilir değildir. Keza Einstein'in ünlü formülü E=mc2 formülüne veya Newton'un yer çekimi kanununa patent verilmemiştir. Bu tür keşifler, doğanın bir tezahürüdürler ve tüm insanların serbestçe kullanımına açıktır ve münhasıran kimsenin tekeline verilemezler."

Bu temel gerçek ifade edildikten sonra; Yüksek Mahkeme Chakrabarty'nin buluşuna ilişkin şu tespiti yapmıştır:

"Davalının mikro-organizması apaçık bir şekilde patentlenebilir bir hak teşkil etmektedir. Davalının ortaya koyduğu şey, patente konu yeni bir ürün veya madde terkibidir. Öyle ki, bu ürün; farklı bir adı, karakteri ve kullanımı olan insan yaratıcılığının bir ürünüdür."

Yüksek Mahkeme'ye göre canlı şeylere patent verilemez fikri daha 1873 yılında Louis Pasteur'a verilen patentler ile aşılmıştır. Yüksek Mahkeme; *"Kongre'ye göre patent verilebilir buluşlara ilişkin ayrım canlı ve cansız varlıklar arasında değil; doğanın ürünleri ile -ister canlı, ister cansız olsun- insan eli ürünleri arasında yapılmaktadır."* diyerek Chakrabarty'nin buluşunu dörde karşı beş oyla patentlenebilir bulmuştur.[74]

Chakrabarty kararı sonrasında transgenik bitki ve hayvanların patentlenmesinin önü açılmıştır. USPTO, 7 Nisan 1987 tarihinde bitki ve hayvan gibi insan dışı çok hücreli organizmaların da patentlenebileceği

---

[73] Diamond v. Chakrabarty, 447, U.S. 303, 1980. Kararın tam metni için bkz. https://supreme.justia.com/cases/federal/us/447/303/

[74] Soysal, Agricultural Biotech Patent Law, s. 470-473.

görüşünü açıklamıştır.[75] Bununla birlikte embriyo ve fetüs gibi insan organizmalarına yönelik patent taleplerine ilişkin olumlu bir bakış oluşmamıştır.

ii. Mayo Collaborative Services v. Prometheus Laboratories Kararı (2012)

Karara konu buluş konusu, bağışıklık sisteminde doğuştan var olan bozuklukları gidermek için *thiopurine* ilacının uygulama dozajına ilişkin tedavi usulünden oluşmaktadır. Tedavi şekli, ilacın hastaya enjekte edilmesinden sonra hastaların metabolik seviyesinin gözlemlenmesine dayanmaktadır. Yüksek Mahkeme oybirliği ile doğanın ürünü doktrinini uygulayarak buluşun patentlenebilir olmadığına karar vermiştir.[76] Buluş konusu, kişiselleştirilmiş ilaç dozlama usulüdür. Ancak Yüksek Mahkeme, bir hastaya bir ilacın verilmesi ile hastadaki metabolit düzeyinin belirlenmesi ve buna ilişkin dozajın ayarlanması adımlarını patentlenebilir buluş olarak kabul etmemiştir.[77] Karar'da yaşam formlarının patentlenmesine ilişkin doğanın ürünü kapsamında kalan bir talebin patentlenebilir olup olmadığının tespitinde, usulün doğanın ürünü üzerinde tekel oluşturmak için planlanmış bir taslak oluşturma çabasından öte pratik güvence sağlayan ek özelliklere sahip olması gerektiği hususu vurgulanmıştır. CRISPR buluşlarının da patentlenebilmesi için bu ek şartı karşılaması gerektiği belirtilmelidir.

iii. Myriad Kararı (2013)

ABD Yüksek Mahkemesi tarafından 2013 yılında verilen *Ass'n for Molecular Pathology v. Myriad Genetics* kararında (Myriad Kararı) tamamlayıcı DNA'nın (cDNA) patentlenebilir buluş konusu olduğu bununla birlikte doğal olarak oluşan DNA segmentinin patentlenebilir olmadığına hükmedilmiştir.

ABD Patent Kanunu'nda genlerin patentlenemeyeceğine ilişkin herhangi bir yasaklayıcı hüküm yer almamaktadır. Bununla birlikte gen patentleri de doğanın ürünü/yenilik, aşikar olmama ve yararlılık şartları açısından patent incelemesine tabi tutulmaktadır. ABD'li genetik araştırmacısı Mary-Claire King, Ekim 1990'da göğüs kanserinin kalıtımsal sebeplerle ortaya çıkabileceğini ispatlamış ve buna sebep olan en önemli

---

[75] Commissioner of the PTO, Patent and Trademark Office, New Release, 1077, O.G, April 24, 1987.; Rebecca Dresser, Ethical and Legal Issues in Patenting New Animal Life, The National Agricultural Law Center, Summer1988 (s. 398-435).,

http://www.nationalaglawcenter.org/wp-content/uploads/2013/06/dresser_ethical.pdf (Son Erişim Tarihi: 17.12.2020)

[76] Mayo Collaborative Services v. Prometheus Lab.,Inc., 132 S. Ct. 1289 (2012).

[77] Ku, s. 426.

genlerin BRCA1[78] ve BRCA2 genleri olduğunu ortaya koymuştur. Bu sonuç sonrasında, pek çok kamu ve özel sektör kuruluşu, bu genleri izole edip, çoğaltarak patent yarışına girişmişlerdir. Bu alanda araştırmalar yapan bir firma olan Myriad Genetics Şirketi, genlerle ilgili ABD Patent Kanunu'na göre 'madde terkibi (*composition of matter*)' kapsamında patent talep etmiştir. Ayrıca genlerin yumurtalık kanseri ve göğüs kanseri tedavisinde kullanım metodlarına ilişkin de usul patenti talep etmiş ve 5 Mayıs 1998 tarihinde patent almayı başarmıştır.[79]12 Mayıs 2009 tarihinde Amerikan Sivil Özgürlükler Birliği (ACLU) ve Kamu Patent Vakfı (PUBDAT) tarafından Myriad patentlerinin iptali için dava açılmıştır. Davayı açanlar, genlere ilişkin Myriad patentlerinin ABD Anayasasına ve patent kanunlarına aykırı olduğunu, patentlerin geçersiz olduğunu iddia etmişlerdir.

Bölge Mahkemesinde görülen dava sonucunda, Myriad'ın tamamlayıcı DNA'lara (cDNA) ilişkin patent talepleri de dahil olmak üzere, tüm patentlerinin geçersiz olduğuna karar verilmiştir. Sonraki süreçte dava, Yüksek Mahkeme önüne taşınmıştır. Yüksek Mahkeme, Chakrabarty kararına konu buluşun bir bakteriye dört plazmit eklenmek suretiyle oluşturulan yeni bir bakteri olduğunu vurgulamıştır. Bu şekilde, oluşturulan yeni bakteri, doğadaki şekline göre 'esaslı derecede farklı (*markedly different*)' olarak değerlendirilmiştir. Oysa Myriad patentlerine konu BRCA genleri ile ilgili nükleotidlerin yeri ve sırası, Myriad çalışmalarından önce de doğal halinde aynı şekildedir. Buluş ile DNA'nın yapısının değiştirilmesi veya yeni DNA sekansları eklenmesi söz konusu değildir. Myriad'ın yaptığı vücutta mevcut olan BRCA1 ve BRCA2 genlerinin 13 ve 17 nci kromozomlardaki yerlerini ve gen sekanslarını tespit etmek ve bunları izole etmek suretiyle ayırmaktır. Dolayısıyla patent talep edilen buluşun doğanın ürünü doktrini esas alındığında 'esaslı derecede farklı (*markedly different*)' içerdiğini kabul etmeye olanak yoktur.[80] Oysa cDNA, DNA'dan aminoasit üretiminde kullanılmayan kısımların (*introns*) çıkartılmasıyla elde edilen, sadece

---

[78] BRCA: BReast Cancer Susceptibility (Göğüs Kanseri Duyarlılığı) kelimelerinin baş harflerinden oluşturulmuş kısaltmadır. Normal hücrelerde, bu genler DNA'nın stabilitesini sağlayıp kontrolsüz hücre büyümesini engellemeye yardımcı olmaktadır. Bu nedenle tümör baskılayıcı genlerdir. Bu genlerdeki tehlikeli mutasyonlar, genlerin bu fonksiyonlarını baskılayarak kalıtımsal meme ve yumurta kanseri gelişimine yatkınlığı artırırlar. BRCA genleri için bkz. National Cancer Institute, BRCA1 and BRCA2: Cancer Risk and Genetic Testing, https://www.cancer.gov/about-cancer/causes-prevention/genetics/brca-fact-sheet (Son Erişim Tarihi: 18.12.2020)

[79] Myriad tarafından alınan patentler için bkz. Breast and ovarian cancer susceptibility gene, US 5747282 A, FilingDate: June 7, 1995; PublicationDate: May 5, 1998. Diğer patent numaraları U.S. Patent No. 5,837,492; 5,693,473; 5,709,999; 5,710,001; 5,753,441; 6,033,857.

[80] Birleşik Devletler patent hukukunda, buluşun doğanın ürünü çerçevesinde değerlendirilmesinde önemli ölçütlerden birisi kabul edilen 'esaslı derecede farklı (markedly different)' ölçütü için bkz. MPEP, 2106.04 (c). The Markedly Different Characteristics Analysis, https://mpep.uspto.gov/RDMS/MPEP/e8r9#/current/ch2100_d29a1b_13bc1_b1.html (Son Erişim Tarihi: 15.03.2021)

ekzonlardan oluşan bir DNA parçasını ifade etmektedir. Ekzonların sırası DNA tarafından belirlenmiş olsa da, cDNA bu haliyle doğada bulunmayan ve laboratuvar çalışmaları sonucunda oluşturulmuş gen sekansıdır. Bu anlamda tamamlayıcı DNA'lar (cDNA) patentlenebilir bir buluş niteliğini haiz olabilir. Ancak sadece bulundukları genetik maddeden izole edilen genlerin patentlenmesi mümkün değildir. Bu görüşlerle Yüksek Mahkeme, bire karşı iki oyla BRCA genlerinin patentlenemeyeceğine hükmetmiştir.[81] Bu Karar kapsamında genom düzenleme teknikleri ve bu teknikler sonucu elde edilen biyoteknolojik buluşların patentlenmesinin önünde bir engel bulunmadığı söylenebilecektir.

iv. In Re Roslin Kararı (2014)

2014 yılında Federal Daire tarafından verilen In re Roslin Inst kararında,[82]genetik klonların patentlenebilir olmadığına hükmedilmiştir. Karara konu olayda, Roslin Enstitüsü'nde çalışan embriyologlar Ian Wilmut ve Keith Campbell tarafından altı yaşındaki koyunun meme dokusundan hücre alınmış ve spermsiz somatik hücre nakliyle klonlama yapılmıştır. Elektrik şoku sayesinde meme dokusundan alınan hücre ile yumurta hücresi kaynaştırılmıştır. Bu şekilde oluşturulan yeni canlı, gebe olmayan koyuna aktarılmış ve beş ay sonra 1996 yılında 'Dolly' adı verilen 'kopya koyun' meydana gelmiştir.[83] Somatik hücreler kullanılarak memelilerin klonlama usulüne daha önce patent alınmıştır. Tartışılan konu klonlama sonucunda ortaya çıkan hayvanın patentlenebilir olup olmadığı olmuştur. Mahkeme, hiçbir yeni genetik bilginin oluşturulmadığını veya genetik bilginin değiştirilmediğini tespit etmiştir. Dolly, donör ebeveyninin "tam bir genetik kopyası (*exact genetic replica*)" niteliğindeydi ve arada esaslı bir farklılık bulunmadığına (*markedly different characteristics*) işaret edilmiştir. Bu görüşlerle genetik kopya patentlenebilir olarak kabul edilmemiştir.[84]

v. Alice Kararı (2014)

ABD Yüksek Mahkemesi tarafından 2014 yılında karara bağlanan *Alice Corp. v. CLS Bank* kararında[85] finansal işlemleri kolaylaştırmak için bilgisayar bağlantılı elektronik *escrow* hizmetlerine ilişkin buluşun patentlenebilir olup olmadığı tartışılmıştır. Yüksek Mahkeme, iki parçalı bir çerçeve içinde inceleme yapmayı tercih etmiştir. Öncelikle doğa kaynaklarından elde edilen ürünler buluş konusu teşkil etmeli midir, sorusu cevaplandırılmaya çalışılmıştır. CRISPR gibi doğa kaynaklı

---

81 Association for Molecular Pathology v. Myriad Genetics, Inc.,June 13, 2013, 689 F. 3d 1303, 569, 2013.

82 In re Roslin Inst. (Edinburg), 750 F. 3d 1333, 1337, Federal Circuit, 2014.

83 Soysal, Agricultural Biotech Patent Law, s. 69-70.

84 Ku, s. 428.

85 Alice Corporation, PTY. Ltd. v. CLS Bank Int'l, 134 S. Ct. 2347, 2355, 2014.

ürünlerin öncelikle doğada doğal hali ile mevcut olandan "esaslı derecede farklı nitelikleri (*markedly different characteristics*)" haiz olması gerekir. Bu belirleme, doğal durumunda bulunan doğal ürün ya da muadili ile buluş olduğu iddia edilen ürün karşılaştırılmak suretiyle yapılmaktadır. Bu kapsamda iki ürünün biyolojik fonksiyon ve aktiviteleri, kimyasal ve fiziksel özellikleri, fenotipleri, yapıları ve formları karşılaştırılmaktadır. Bu ilk adımda, "esaslı derecede farklılık" bulunmuş ise ürünün patentlenebilir olduğu; buna karşılık "esaslı derecede farklılık" bulunmamışsa, ikinci aşamaya geçilerek inceleme yapılması esası benimsenmiştir. İkinci aşamada patent talebinin doğada mevcut ürünü dönüştürmek için 'ek unsurlar' içerip içermediğine bakılmaktadır. Bu incelemede, patent talebinin doğanın ürünü istisnasından "önemli ölçüde fazlalık (*amounts to significantly more*)" içerip içermediği belirlenmeye çalışılmaktadır. Bu aşamada buluşun hem tek tek hem de kombinasyon halinde bakıldığında 'yaratıcı konsept (*incentive concept*)' özelliğinin bulunması beklenmektedir. Buluşun patentlenebilmesi için patent taleplerinin, rutin ve geleneksel faaliyetlerin ötesinde ek unsurlar içermesi aranmaktadır.[86]

Bu esaslar dahilinde yapılan incelemede Yüksek Mahkeme, buluş konusunun 'soyut fikirler (*abstract ideas*)' kapsamında kaldığını, bir buluş düşüncesinin sadece bilgisayar dilinde ifadesinin[87] yahut genel olarak bilgisayar tarifinin, soyut fikri patentlenebilir hale dönüştürmeyeceğine karar vermiştir.

b. CRISPR Teknolojileri Bakımından Değerlendirme

CRISPR patent talepleri öncelikle ABD Patent Kanunu'nun 101 inci maddesi kapsamında buluş konusu oluşturmalıdır. Buluş konusunun özellikle 'doğanın ürünü' veya 'soyut fikir' niteliğinde olmaması gerekir. Buluşun doğanın ürününden "esaslı derecede farklı nitelikleri (*markedly different characteristics*)" haiz olması şarttır. CRISPR sistemi temel olarak seçilmiş prokaryotlarda doğal olarak meydana gelen bir olgudur. Bununla birlikte CRISPR sisteminde 'DNA hedefleyen RNA" yapı ve işlev itibariyle doğada bulunan olgudan farklılıklar içermektedir. CRISPR sisteminde hedef RNA olan crRNA ve aktivatör RNA olan tracrRNA'dan oluşan ikili RNA yapısı asıldır. Buluş talep edilen CRISPR sisteminde DNA hedefleyen RNA tek bir RNA yapısı (gRNA) oluşturmaktadır. Araştırmacılar crRNA ve tracrRNA segmentlerini kullanarak gRNA'yı tasarlamışlardır. Doğal halindeki bileşenler aynı olsa

---

86 Ku, s. 430.

87 DNA'nın yaşamın bilgisini içeren ve onu kodlayan bir organik yazılım olarak korunabilirliği hususunun analiz edildiği bir çalışma için bkz. Tuğçe Yıldız Erduran, DNA, Organik Bir Yazılım Olarak Tasvir Edilebilir mi? Myriad Kararı ile USPTO Yazılım Patentlerine Bir Bakış, Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2019, Editör: Tekin Memiş, Yetkin, Ankara, 2020 (s. 93-112).

da, kullanılan her bileşenin miktarları farklıdır. CRISPR sistemi, farklı ökaryotik hücre dizilerinde kullanılmaktadır. Hücre hattı ve hedefe göre crRNA ve tracrRNA'nın kesilmiş versiyonları kullanılabilmektedir. Myriad kararında temel olarak tamamlayıcı DNA'nın (cDNA) patentlenebilir olduğu belirtilmişti. cDNA yapısına benzer şekilde crRNA ve tracrRNA ile dikkate değer bir yapısal farklılık oluşturulmaktadır. Buluş talep edilen CRISPR ile doğal olarak oluşan halinin işlevleri birbirinden farklı kabul edilmektedir. Bir doğal olgu olarak CRISPR sisteminde bakterilerin virüsler gibi yabancı istilacılara karşı savunmasına yardımcı olmak için bir bağışıklık oluşturulmaktadır. Oysa patent talep edilen buluş ile bağışıklık değil; genom düzenleme hedeflenmektedir. Buluş ile hedef DNA dizileri tanımlanmakta ve kesmek için ökaryotik hücrelere yerleştirilmektedir. İkili RNA yapısı tek bir RNA yapısına dönüştürülerek yabancı DNA dizilerinin genomdaki hedef bölgelere ulaşması amaçlanmaktadır. In re Roslin kararında oluşturulan genetik kopyanın doğal halinden farklı olmadığına vurgu yapılmıştı. CRISPR sisteminde ise oluşturulan ürünün genetik bilgisi ile doğal olarak oluşan muadilinin genetik bilgileri birbirinden farklılık içermektedir. Alice kararında ise patent talebinin bir bütün olarak değerlendirilerek, sürecin nihai sonucunun patentlenebilir olup olmadığının incelenmesi gerektiği belirtilmişti.

CRISPR sisteminin bileşenleri esas alındığında, bunların doğanın ürünü olduğu kabul edilebilirse de, patent alınan usullerin bir bütün olarak prokaryotlar ve ökaryotlarda doğal olarak bulunmadığı, CRISPR sistemi kullanılarak oluşturulan ürün ile doğal haldeki muadil ürünün de genetik özelliklerinin birbirinden farklı olduğu, CRISPR sisteminin doğal hali olan bağışıklık amaçlı değil, genom düzenleme aracı olarak kullanıldığı belirtilerek patentlenebilir olduğu ifade edilebilmektedir.[88]

CRISPR patentlerinde bu ilk aşama olumsuz sonuçlanmış olsa dahi, yani ilk aşamada doğadaki olgu ile buluş konusu arasında 'belirgin bir farklılık' bulunmadığına karar verilse dahi; ikinci aşamada doğanın ürünü istisnasının ek unsurlar ile dönüştürülüp dönüştürülmediği yönünden inceleme yapılmalıdır. İkinci aşamada incelenecek olan husus buluşta '*yaratıcı bir konsept*' bulunup bulunmadığı olacaktır. Buluş ile doğal bir şekilde var olan CRISPR sistemi, ökaryotik hücre yapılarında füzyon ile tek RNA yapısına dönüştürülerek uygulanmaktadır. Hem Doudna hem Zhang tarafından patent talep edilen buluşlarda CRISPR sistemi ökaryotik hücrelerde bir genom düzenleme aracı olarak kullanılmıştır. Bunun için de crRNA ve tracrRNA birbirine bağlanarak tek bir RNA yapısı oluşturulmuştur. Bu husus, hem Broad Enstitüsü patentleri hem de Kaliforniya Berkeley Üniversitesi (University of California-Berkeley-UCB) patentleri için geçerlidir. Bu bilim adamları uyarlanabilir bir bağışıklık sistemi olarak CRISPR sisteminin işlev ve

[88] Ku, s. 435-438.

mekanizmalarını keşfetmişler ardından bu özelliği kullanarak sistemi bir genom düzenleme aracı olarak tasarlamışlardır. Bu görüşlerle CRISPR patent talepleri, doğanın ürünü yahut soyut fikir istisnalarına tabi olmaksızın ABD Patent Kanunu'nun 101 inci maddesindeki "usul (*process*)", "imalat (*manufacture*)" ve "terkip (*composition of matter*)" başlıkları altında patentlenebilir kabul edilmektedir.[89]

c. Amerika Buluşları Kanunu (AIA) Bakımından

CRISPR teknolojilerine ilişkin patent taleplerinde başvuru sahibi öncelikle buluş konusunun doğanın bir ürünü olmadığını ispatlamalıdır. İkinci husus olarak yeterli buluşçu konseptine sahip olduğunu ortaya koymalıdır. Üçüncü olarak ise Amerika Buluşları Kanunu (Leahy-Smith America Invents Act-AIA) kapsamında bir insan organizmasına yönelik yahut onu kapsayan bir buluş olmadığı ortaya konulmalıdır.[90]

2011 yılında kabul edilen AIA ile ABD Patent Kanunu'nun bulu konusunu düzenleyen 101 inci maddesi sınırlandırılmıştır. [91] AIA, belirli araştırma türleri için patent korumasını sınırlandırmayı amaçlamakla birlikte insanlığa faydası olabilecek tüm buluşları engelleme gibi bir amaç taşımamaktadır.

Viral ve bakteriyel enfeksiyonların tedavisi için kullanılan CRISPR-Cas9 tedavilerinin patente hak kazanması genel olarak kabul edilmektedir. Bu tedavi usulleri doğanın bir ürünü niteliğinde değildir. İnsan organizmasına yönelik değildir ve henüz çok yaygınlaşmadığı için ek bir şart olarak 'buluşçu konsepti' ölçütüne sahip olması gerekli değildir. Myriad Kararında, Yüksek Mahkeme gen patentlerinde buluşun doğanın ürünü olmadığının ortaya konulmasını nispeten kolaylaştırmıştır. Alice kararındaki inceleme esas alındığında CRISPR/Cas9 usullerinin doğada doğal hali ile mevcut olandan "esaslı derecede farklı (*markedly different*)" olduğu kabul edilmektedir. Bu şart

---

[89] Ku, s. 438.

[90] Noah C. Chauvin, Custom-Edited DNA: Legal Limits on the Patentability of CRISPR-Cas9's Therapeutic Applications, William & Mary Law Review, V. 60, I. 1, 2018 (s. 297-333), s. 322.

[91] 2011 yılında çıkarılan Leahy-Smith American Invents Act 33 (a) maddesi Birleşik Devletler Patent Kanunu'nun 101 inci maddesini sınırlamaktadır. Bu düzenleme şu şekildedir: "*Diğer yasal düzenlemelere bakılmaksızın, bir insan organizmasına yönelik yahut insan organizmasını içeren herhangi bir talebe patent verilemez.*". Ayrıca patent hukukunda 'ilk bulan sistemi (*first to invent system*)' yerini 'ilk başvuran buluşçu (*first to file sytem*)' sistemine bırakmıştır. Böylece Avrupa patent sistemi ile uyum sağlanmıştır. Düzenlemeler, Patent Kanunu'nun kabul edildiği 1952 yılından beri yapılan en kapsamlı değişikliklerdir. Bkz. The Leahy-Smith America Invents Act (AIA), Public Law 112-29, sec. 33(a), 125 Stat. 284. Ayrıca bkz. United States Patent and Trademark Office, Memorandum, Claims Directed to or Encompassing a Human Organism, https://www.uspto.gov/sites/default/files/aia_implementation/human-organism-memo.pdf; Soysal, Agricultural Biotech Patent Law, s. 287.

karşılanamadığında ise ikinci aşamada bu usullerin "buluşçu konseptini" haiz olduğu değerlendirmesi yapılmaktadır. İnsan hücreleri doğal olarak Cas9 proteinleri içermemektedir. CRISPR/Cas9 usulleri antiviral tedaviler için "buluşçu konseptini" gerekli kılmaktadır. Bir viral enfeksiyon için CRISPR-Cas9 tedavisinin, yalnızca virüsleri hedeflediği ölçüde patentlenebilir olduğuna dikkat etmek gerekir.[92] Buna karşılık AIA kapsamında buluş, insan organizmasına yönelik olması halinde patentlenebilir kabul edilmemektedir. Genom düzenleme teknikleri kullanılarak yapılan tedavilerde insan genomunun değiştirilmediği, yalnızca düzenleme yapıldığı, bu nedenle CRISPR usullerinin de ilaç patentlerinden farklı şekilde ele alınmaması gerektiği ifade edilmiştir.[93]

CRISPR/Cas9 sistemlerinin doğal olarak bakterilerde bir bağışıklık tepkisi niteliği taşıdığını bununla birlikte geliştirilen tedavilerin bakterilerle değil; viral enfeksiyonlarla savaşmaya yönelik olduğu kabul edilmektedir. Bu nedenle de antibakteriyel uygulamalarda da tıpkı antiviral uygulamalar gibi doğada bu haliyle mevcut olmadığı, ayrıca insan DNA'sı olmadığı, sadece bakteriyel DNA'yı yok ettiğinden AIA anlamında da insan organizmasına yönelik yasak kapsamında kalmadığı düşünülmektedir. Bu nedenle CRISPR sistemlerinin anti-viral ve anti-bakteriyel uygulamalarının patent yasaklarına tabi olmadığı genel olarak kabul edilmektedir.

Buna karşılık anti-viral ve anti-bakteriyel uygulamalara yönelik olmayan somatik ve germ hattı hücrelerini düzenlemek için kullanılan CRISPR/Cas9 tedavilerinin bir insan organizmasına yönelik olması nedeniyle patentlenebilir olmadığı söylenmelidir. Bu tür uygulamaların da doğanın ürünü olmadığı veya 'buluşçu konsepti' içeriyor olabileceği ancak somatik yahut germ hattı hücrelerini düzenlemek için kullanılması halinde doğası gereği insan organizmasını değiştirmek için tasarlandığının kabulü gereklidir. Vücuttaki her hücre bir insan organizması kapsamında kalmaktadır ve patentlenebilir alan dışında kabul edilmelidir.

Germ hattı hücrelerini düzenlemek için tasarlanmış CRISPR-Cas9 sistemlerine de patent koruması verilmemelidir. Germ hattı hücrelerinde yapılan değişiklikler sonraki kuşaklara geçme potansiyeline sahiptirler ve daha ağır etik sorunlar ortaya çıkarabilirler. Bu nedenle

---

[92] Dünya genelinde bir pandemi halini alan Covid-19 da SARS-CoV-2 adı verilen şiddetli akut solunum yolu sendromu koranavirüsü 2'nin neden olduğu viral bir bulaşıcı hastalık olarak öne çıkmıştır. Son dönemde Covid-19'un genom düzenleme teknikleri kullanılmak suretiyle tedavisine yönelik de araştırmaların arttığı gözlemlenmektedir. Bkz. Melika Lofti; Nima Rezaei, CRISPR/Cas13: A Potential Therapeutic Option of COVID-19, V. 131, November 2020, BioMedicine & Pharmacotheraphy, https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0753332220309318 (Son Erişim Tarihi: 15.03.2021)

[93] Chauvin, s. 325.

genom düzenleme teknikleri germ hattı hücrelerine yönelik ise kesin bir şekilde patentlenemez kabul edilmelidir.

ABD'de CRISPR usullerindeki hızlı gelişme ve bilhassa genetik hastalıklarının tedavisine ilişkin oluşturduğu yeni gelişmeler nedeniyle bazı somatik hücrelere yönelik CRISPR usullerinin de patentlenmesinin tartışıldığı, örneğin tümör hücrelerinde sınırsız büyümeye yol açan kanser hastalarında yapılan tedavilerin patentlenebilir olması gerektiği ancak bu usullerin AIA kapsamında insan organizmasına yönelik olması nedeniyle patentlenebilir olmadığı ifade edilmektedir.[94]

Günümüzde viral enfeksiyonların, grip gibi yaygın olanlar, yahut HIV/AIDS gibi ölümcül olanlar ya da Covid-19 gibi ölümcül salgınlar dahil olmak üzere, kesin bir tedavisi usulü bulunmamaktadır. Bakterilerin hızlı evrimi, antibiyotiğe dirençli hale gelmeleri de tedavilerini güçleştirmektedir. CRISPR/Cas9 teknolojileri bu nedenle viral ve bakteriyel enfeksiyonların tedavisinde çığır açacak nitelik taşımaktadır. İleride çeşitli ojenik uygulamalar gibi etik kaygıları getirecek germ hattı hücre yapılarında değişiklik yapanlar hariç olmak üzere bilhassa anti-viral ve anti-bakteriyel genom düzenleme tekniklerinin patentlenmesi makûl görünmektedir.

d. Avrupa Patent Sözleşmesi Bakımından

Avrupa Patent Sözleşmesi'nde (*European Patent Convention-EPC*)[95] buluş ve keşif tanımları yapılmamıştır. Avrupa Patent Ofisi (*European Patent Office-EPO*)[96] Patent İnceleme Kılavuzu'nda[97] bilinen bir materyal veya maddeden ortaya çıkarılan yeni ürünün, EPC'nin 52/1 maddesi kapsamında "buluş" değil; "keşif" olduğu ve bu yüzden patentlenebilir olmadığı belirtilmiştir.[98] Bununla birlikte aynı ürün, "pratik bir kullanıma" sahip olursa, bu halde patentlenebilir bir buluş olarak kabul edilebilecektir.

---

94 Chauvin, s. 331.

95 Avrupa Patent Sözleşmesi (European Patent Convention), 5 Ekim 1973 tarihinde Almanya'nın Münih şehrinde imzalanmış çok taraflı (multi-lateral) bir antlaşmadır. Sözleşme, 7 Ekim 1977 tarihinde Belçika, Almanya, Fransa, Lüksemburg, Hollanda, İsviçre ve İngiltere tarafından kabul edilmiş ve yürürlüğe girmiştir. Sözleşme ile bir Avrupa Patent Sistemi oluşturulmuş ve bunun için de tüzel kişiliği haiz bir organ olarak Avrupa Patent Organizasyonu oluşturulmuştur. Avrupa Patent Sözleşmesi için bkz. European Patent Convention, November 2020, https://www.epo.org/law-practice/legal-texts/epc.html (Son Erişim Tarihi: 15.02.2021)

96 Avrupa Patent Ofisi için bkz. https://www.epo.org-about-us/governance.html (Son Erişim Tarihi: 15.03.2021)

97 Guidelines for Examination in the European Patent Office, March 2021, https://www.epo.org/law-practice/legal-texts/html/guidelines/e/index.htm (EPO Guidelines, 2021)

98 EPO Guidelines 2021, https://www.epo.org/law-practice/legal-texts/html/guidelines/e/g_ii_5_2.htm

EPO İnceleme Kılavuzu'nda doğada bulunan ancak daha önce bilinmeyen bir maddenin bulunmasının da keşif olduğu, bununla birlikte doğada bulunan aynı maddenin teknik bir etkiyi haiz üretiminin buluş teşkil edeceği belirtilmiştir. Bu hususa örnek olarak doğada doğal haliyle antibiyotik özelliğe sahip maddelerin sadece keşif olduğu, buna karşılık antibiyotik özelliğin, tespit edilen mikroorganizmalar yoluyla yeniden üretilmesinin buluş olacağı; benzer şekilde genlerin tek başına buluş teşkil etmeyeceği ancak genin teknik etkisinin veya tedavi edici yönünün ortaya çıkarılması durumunda buluşun söz konusu olabileceği belirtilmiştir.[99]

Avrupa patent hukukunda buluş genel itibariyle 1969 yılında Alman Yüksek Mahkemesi tarafından verilen Rote Taube kararında[100] tanımlandığı şekliyle; *"Nedensel, fark edilebilir sonuçları ortaya çıkarmak için kontrol edilebilir doğa güçlerinden metodik olarak istifade etme öğretisi"* olarak ele alınmış ve kabul edilmiştir.[101]

Avrupa patent hukukunun bir parçası olan Avrupa Birliği'nin 6 Temmuz 1998 tarihinde imzalanan 98/44 sayılı Biyoteknoloji Direktifi'nin[102] 3/1 inci maddesi ile biyolojik bir materyal içerse veya biyolojik materyalden oluşsa bile buluşların patentlenebileceği hususu belirtilmiştir. Direktif'in 3/2 maddesi ile ise daha önce doğada oluşmuş olsa bile kendi doğal çevresinden izole edilen veya teknik bir usul sonucu üretilen biyolojik materyallerin buluş konusu olabilecekleri düzenlemesi kabul edilmiştir. Böylece Avrupa patent hukuku uygulamasında buluş/keşif ayrımında, Relaxin hormonuna patent verilmesi kararı[103] ile kabul edilen esaslar, Direktif ile düzenleme altına alınmıştır. Buna karşılık Direktif'in 5/1 maddesi ile *"oluşumunun ve gelişiminin çeşitli aşamalarında insan bedeni ve bir gen dizisi veya kısmi gen dizisi de dahil olmak üzere insan bedeninin öğelerinden birinin sadece keşfinin (simple discover)"* patentlenebilir buluş oluşturmayacağı esası kabul edilmiştir. Direktif'in 5/2 maddesi ile ise *"insan bedeninden izole edilen öğeler veya teknik bir usul vasıtasıyla üretilen öğeler, gen dizisi veya kısmi gen dizisi dâhil olmak üzere, bu öğenin yapısı doğal öğe ile aynı bile olsa"* patentlenebilir buluş olarak kabul edilmiş ve bu ilkeler EPC Uygulama

---

99 EPO Guidelines 2021, https://www.epo.org/law-practice/legal-texts/html/guidelines/e/g_ii_5_3.htm

100 Decision of March 27, 1969, German Federal Supreme Court ('Rote Taube'), 1969.

101 Stephen A. Bent; Richard L. Schwaab; David G. Conlin; Donald D. Jeffrey, Intellectual Property Rights in Biotechnology Worldwide, Stockton Press, 1987., s. 103. (Bent ve Diğerleri)

102 Directive 98/44/EC of the European Parliament and of the Council of 6 July 1998 on the legal protection of biotechnological inventions, Official Journal of the European Communities, 30.07.1998, L 213/13.

103 Howard Florey/Relaxin, 23 October 2002, T 0272/95, http://www.epo.org/law-practice/case-law-appeals/pdf/t950272eu2.pdf

Yönetmeliği'ne[104] de yansımıştır (EPC Reg.[105] m. 27 ve EPC Reg., m. 29). Bu hükümler ışığında öncelikle CRISPR genom düzenleme teknojilerinin 'keşif' niteliğinde olmadığı söylenebilecektir.

İkinci aşamada EPC'nin 53 (b) maddesinde düzenlenen patent yasakları yönünden bu konuda güncel kararlar ışığında bir değerlendirme yapılması gerekli olacaktır.

EPC 53 (b) hükmüne göre sadece bitki çeşitleri veya hayvan ırkları değil, bitki veya hayvan üretimine yönelik esas olarak biyolojik usuller de patentlenebilir alan dışına çıkarılmıştır. Bu yasak, mikrobiyolojik usuller veya bu usuller sonucu elde edilen ürünleri kapsamamaktadır. EPC'nin 53 (b) maddesinde ve Ticaretle İlgili Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması'nın (TRIPS)[106] 27/3-b bendinde bitki veya hayvanların üretilmesi için esaslı şekilde biyolojik usullerin patentlenemeyeceği belirtilmiştir. Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 82/3-b maddesinde de aynı düzenleme yer almaktadır.[107] Bu tür bir yasak konulmasının temelinde doğada kendiliğinden tekrarlayan usuller ile çaprazlama ve seleksiyon gibi teknik aşama içermeyen usullerin patentlenmesinin önüne geçmek ve doğada oluşan ve tekrarlamayan doğal usullerin üzerinde tekel hakkı oluşmasını engellemek bulunmaktadır.[108]

Konuya ilişkin olarak EPO Genişletilmiş Temyiz Kurulu'nun (EPO-EBA)[109] G 2/12[110] ve G 2/13[111] sayılı kararlarında EPC'nin 53 (b)

---

[104] The European Patent Convention, Implementing Regulations to the Convention on the Grant of European Patents, https://www.epo.org/law-practice/legal-texts/html/epc/2020/e/ma2.html (Son Erişim Tarihi: 30.03.2021)

[105] EPC Uygulama Yönetmeliği için 'EPC Reg.' Kısaltması kullanılacaktır.

[106] Annex 1C, Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/27-trips.pdf (Son Erişim Tarihi: 15.03.2021)

[107] Ülkemizde 10 Ocak 2017 tarihinde yürürlüğe giren 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nun kabul edilmesiyle 551 sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkındaki Kanun Hükmünde Kararname kaldırılmış ve büyük ölçüde Avrupa Patent Sözleşmesi ve 98/44 sayılı Direktif hükümleri ile uyum sağlanmıştır. Bu nedenle Avrupa patent hukukuna yönelik yapılan açıklamalar Türk patent hukuku bakımından da geçerli kabul edilmelidir.

[108] Abhinav Kumar, Towards Patentability of Essentially Biological Processes, V. 13, March 2008, Journal of Intellectual Property Rights (s. 129-138)., s. 130.; Mike Adcock; Margaret Llewellyn, TRIPS and the patentability of microorganisms, BioScience Law Review, V. 4, I. 3, 2001., s. 91.

[109] European Patent Office, Enlarged Board of Appeal-EPO EBA.

[110] State of Israel, Ministry of Agriculture/Unilever N.V., Method for breeding tomatoes having reduced water content and product of the method, G 0002/12, 25 March 2015.İsrail Tarım Bakanlığı tarafından, azaltılmış su içeriğine sahip domatesin yetiştirilmesine yönelik usul için patent talep edilmiş ve 26/11/2003 tarihinde EP 1211926 numaralı patent verilmiştir. T 1242/06 sayılı Teknik Temyiz Kurulu kararı ile uyuşmazlık Genişletilmiş Temyiz Kurulu'na (EPO-EBA) taşınmış ve G 1/08 sayılı Karar verilmiştir. Bu karar sonrasında, başvuru sahibi istemleri ürüne yönelik olarak

maddesinde düzenlenen "*esaslı şekilde biyolojik usuller*" istisnasının, bu usuller sonucu elde edilen bitkiler veya bitki kısımları gibi bitki materyallerinin ve ürünlerin patentlenmesine olumsuz etkisi bulunmadığı belirtilmiştir. Bu kararlara göre, EPC 53 (b) de düzenlenen yasağı, sadece "usuller" ile sınırlı olarak anlamak gerekmektedir.

EPO-EBA tarafından verilen G 2/12 ve G 2/13 sayılı Kararlar sonrasında, AB Komisyonu tarafından 8 Kasım 2016 tarihinde bir Bildiri (Notice)[112] yayınlamıştır. Bildiri'de 98/44 sayılı Biyoteknoloji Direktifi'nin bütünü esas alındığında, asıl amaçlanan şeyin esaslı şekilde biyolojik usuller ile bu usuller sonucu elde edilen ürünleri de patentlenebilir alan dışına çıkarmak olduğunu, EPO-EBA tarafından verilen G 2/12 ve G 2/13 sayılı Kararlar ile 98/44 sayılı Direktif ve EPO mevzuatı arasında bir uyumsuzluk oluştuğu vurgulanmıştır. Yayınlanan bu Bildiri ile Avrupa Komisyonu bir tespit yapmakla yetinmiştir çünkü AB'nin bir organı olan Avrupa Komisyonu'nun, EPO organlarına bu konuda bir talimat veya tavsiye vermek için yasal dayanağı bulunmamaktadır. Bununla birlikte 98/44 sayılı Direktif'in hükümlerini büyük ölçüde kendi iç mevzuatına dahil eden EPO, Bildiri sonrasında, 29 Haziran 2017 tarihinde EPC Uygulama Yönetmeliği'nde değişiklik yaparak esaslı şekilde biyolojik usuller dışında, bu usuller sonucu elde edilen ürünlerin de patentlenemez alana dahil olduğunu vurgulayan bir düzenleme yapmıştır. Bu kapsamda EPC Uygulama Yönetmeliği'nin 28 nci maddesine eklenen ikinci fıkra şu şekilde olmuştur:

"EPC 53 (b) hükmüne göre, münhasıran esaslı şekilde biyolojik usuller sonucu elde edilen bitkiler veya hayvanlara Avrupa patenti verilemez."

Buluşun tek bir bitki çeşidi ile sınırlı olmaması halinde patentlenebileceğine ilişkin EPC Uygulama Yönetmeliği'nin 27/b maddesi de değiştirilmiş ve maddeye "*EPC Uygulama Yönetmeliği'nin 28/2*

---

değiştirmiş, uyuşmazlık yeniden EPO-EBA önüne gitmiş ve 25Mart 2015 tarihinde G 0002/12 sayılı Karar verilmiştir.

[111] Plant Bioscience Limited/Syngenta Participation AG-Groupe Limagrain Holding, Method for selective increase of the anticarcinogenic glucosinolates in Brassica species, G 0002/13, 25 March 2015. Plant Bioscience şirketi tarafından brokoli, karnıbahar vb. bitkileri içeren bitki çeşidinin üretilmesine ilişkin usule patent talep edilmiş ve talep sonucu 24/07/2012 tarihinde EP 1069819 numaralı patent verilmiştir. T 83/3304 sayılı Teknik Temyiz Kurulu kararı ile uyuşmazlık Genişletilmiş Temyiz Kurulu'na (EPO-EBA) taşınmış ve G 2/07 sayılı Karar verilmiştir. Bu Karar sonrasında, başvuru sahipleri patentin içerisindeki usul istemlerini silmiş ve bunun yerine usule dayalı ürün istemlerini yazmışlardır. Teknik Temyiz Kurulu, bu değişikliği uygun bulmuştur. Bununla birlikte G 0002/12 sayılı Karar'da sorulan sorular üzerine, uyuşmazlık yeniden EPO-EBA'ya gitmiş ve 25 Mart 2015 tarihinde G 0002/13 sayılı Karar verilmiştir.

[112] Commission Notice on certain articles of Directive 98/44/EC of the European Parliament and of the Council on the legal protection of biotechnological inventions, 2016/C 411/03, 8.11.2016.

maddesindeki düzenlemeye halel gelmeksizin" ibaresi eklenmiştir. Böylece madde şu hali almıştır:

"EPC Uygulama Yönetmeliği'nin 28/2 maddesindeki düzenlemeye halel gelmeksizin, buluşun teknik uygulanabilirliği belirli bir bitki çeşidi veya hayvan ırkı ile sınırlı değil ise bitkiler veya hayvanlar"

patentlenebilecektir.[113] Düzenleme 29 Haziran 2017 tarihinde yapılmış ve 1 Temmuz 2017 tarihinden itibaren yürürlüğe girmiştir.[114]

Syngenta isimli biyoteknoloji şirketi tarafından "*besin değeri artırılmış yeni çeşit biber*"[115] için yapılan patent talebine ilişkin olarak EPO İnceleme Dairesi tarafından EPC Uygulama Yönetmeliği'nin 27 ve 28 nci maddeleri esas alınarak patent talebinin (EP 2 753 168 A1) reddine karar verilmesi üzerine,[116] Mart 2019'da EPO Başkanı tarafından EPC'nin 112 (1)(b) hükmüne[117] dayanarak uyuşmazlık EPO-EBA önüne taşınmıştır.[118] Bu talep sonrasında EPO-EBA kararını 14 Mayıs 2020 tarihinde açıklamıştır. G 3/19 sayılı Karar[119] ile Genişletilmiş Temyiz Kurulu, "esaslı şekilde biyolojik işlemler" ile bu işlemler sonucunda elde edilen ürünlerin, bu kapsamda bitkiler, bitki materyalleri, bitki kısımları ve meyveleri ile hayvanların EPC 53 (b) hükmü uyarınca patentlenemeyeceğine hükmetmiştir. Bu Karar ile birlikte EPO'nun Uygulama Yönetmeliği'nin 27 ve 28 inci maddelerinde yaptığı değişikliklerin etkili olması sağlanmıştır. Karar'da EPC'nin normlar hiyerarşisinde tartışmasız ilk sırada yer aldığı bununla birlikte EPO-EBA tarafından verilen önceki

---

113 Tamer Soysal, Bitmeyen Hikaye: Bitkilerin Patentlenebilirliği, Fikri Gündem Dergisi, AIPPI Türkiye Bülteni, Nisan 2020, (s. 23-30).

114 Decision of Administrative Council of 29 June 2017 amending Rules 27 and 28 of the Implementing Regulations to the European Patent Convention (CA/D 6/17), Official Journal, 31.7.2017, https://www.epo.org/law-practice/legal-texts/official-journal/2017/07/a56.html (Son Erişim Tarihi: 10.03.2021)

115 Syngenta Participations AG, Patent Application No. 12756468.0, "*New pepper plants and fruits with improved nutritional value*"

116 EP 2753168, 07.09.2012, New Pepper Plants and Fruits with Improved Nutritional Value, https://register.epo.org/application?lng=en&number=EP12756468&tab=main (Son Erişim Tarihi: 09.01.2021)

117 EPC m. 112/1(b) "the President of the European Patent Office may refer a point of law to the Enlarged Board of Appeal where two Boards of Appeal have given different decisions on that question." (Avrupa Patent Ofisi'nin Başkanı iki Temyiz Kurulu'nun o sorun hakkında farklı kararlar verdiği durumlarda, söz konusu yasal konuyla ilgili olarak Genişletilmiş Temyiz Kurulu'na başvuruda bulunabilir.)

118 Referral of a point of law to the Enlarged Board of Appeal by the President of the European Patent Office (Article 112(1)(b) EPC), April 5, 2019, http://documents.epo.org/projects/babylon/eponet.nsf/0/4F62ECCAF1B2F2F5C12584020026796E/$File/Referral%20under%20Art.%20112(1)(b)%20EPC-%20G%203-19.pdf (Referral of President)

119 G 0003/19 Pepper follow-up to Tomatoes II and Broccoli II of 14.05.2020, https://www.epo.org/law-practice/case-law-appeals/recent/g190003ex1.html (G 3/19 sayılı Karar)

karar ve yorumların hiç değişmeyecekmiş şekilde algılanmaması gerektiği,[120] dinamik yorumun esas alınmak suretiyle gelişmelerin dikkate alınması gerektiği vurgusu yapılmıştır.

Bu esaslar dahilinde bitki veya hayvan üretimine yönelik esas olarak biyolojik usuller ile bu usuller sonucu elde edilen bitki, bitki materyalleri patentlenemeyecektir. CRISPR teknolojileri ise 'bitki ve hayvan üretimine yönelik esas olarak biyolojik usul' olarak kabul edilmeyecektir. EPO Patent İnceleme Kılavuzu'nda açık olarak sayılmış haller esaslı şekilde biyolojik usul yasağına tabi olmamaktadır. Buna göre[121] aşağıdaki haller bu yasak dışında kalmaktadır ve patentlenebilir buluş konusu oluşturmaktadır:

- SEQ ID No: 1 sekansı içeren bir vektör yoluyla bir X özelliğine sahip transgenik bitki üretme usulü,
- SEQ ID No: 1 sekansı ile gösterilen marker tarama ile elde edilen Y fenotipine sahip hayvan seleksiyon usulü,
- SEQ ID No: 2 nükleik asit sekansı kullanılmak yoluyla seçilen X özelliğine sahip bitki,
- *UV mutagenezi veya CRISPR/Cas* gibi teknik araçlarla gerçekleştirilen bir nükleotid sekansında kalıtsal bir değişime sahip bitki mutantı,
- X transgenine sahip transgenik bitki,
- Transgen veya mutasyona sahip bir transgenik bitki veya mutantın soyu,
- Doğada mevcut bir bitkiye ait, mantarsı büyümeyi engelleyen bir kimyasal ile kaplı tohum,
- X bitkisinden elde edilen bir un veya yağ (tarifnameden söz konusu bitkinin esaslı şekilde biyolojik usul sonucu elde edildiği açık olsa bile).

Bu açık düzenleme nedeniyle CRISPR teknolojilerine ilişkin buluşlar da genel olarak yenilik ve buluş basamağı şartlarını[122] haiz ise patentlenebilir kabul edilmektedir. Myriad patent uyuşmazlığında EPO,

---

[120] EPO-EBA burada önceki yorumların değişmeyecek gerçekler olarak görülmemesi gerektiğini, "*taşa oyulmuş gibi (as carved in stone)*" ele alınmaması gerektiği benzetmesini kullanarak ifade etmiştir. Bkz. G 3/19 sayılı Karar, paragraf XX.

[121] EPO Guidelines 2021, https://www.epo.org/law-practice/legal-texts/html/guidelines/e/g_ii_5_4_2_1.htm (Son Erişim Tarihi: 15.03.2021)

[122] CRISPR buluşlarının teknik nitelik içerdiği ve genel olarak da sanayiye uygulanabilir olduğu konusu fazlaca tartışılmayan patent verilebilirlik şartlarını oluşturmaktadır.

ABD'den farklı bir karar vermiştir.[123] Çünkü gerek 98/44 sayılı Direktif gerekse EPC mevzuatı izole edilmiş gen sekanslarının patentlenebileceği esasına engel olmamaktadır. Bu nedenle BRCA1 ve BRCA2 genlerine ilişkin buluş patentlenebilir bulunmuştur.[124]

CRISPR yöntemleri de hem ABD hem Avrupa patent hukukunda usul patenti olarak patente hak kazanabilmektedir. Ayrıca CRISPR yöntemleri uygulanarak oluşturulan yeni bitki, hayvan ve ilaç gibi buluşların patentlenmesi de mümkün olmaktadır.

Avrupa Patent Ofisi'ne 2020 yılında yapılan patent başvurularında teknolojik alanlar itibariyle en çok başvuru yapılan alanı medikal teknoloji alanı (14.295 başvuru) oluşturmaktadır. İkinci sırada 14.122 başvuru ile dijital iletişim buluşları, üçüncü sırada ise 13.097 başvuru ile bilgisayar teknolojileri oluşturmaktadır. Biyoteknolojik buluşlara ilişkin başvurular ise 7.246 patent başvurusu ile 8 inci sırada yer almıştır. 2020 yılında toplam patent başvuruları bir önceki yıla göre % 0.7 azalmış ve toplamda 180.250 olmuştur. Bu başvuruların % 45'i EPO üyesi ülkelerce, % 25'i ABD, % 12'si Japonya, % 7'si Çin ve % 5'i ise Kore tarafından yapılmıştır.[125] Bu rakamlar, gerek CRISPR gibi biyoteknoloji usullerindeki gelişmeleri, gerekse COVID-19 etkisini ortaya koymaktadır.[126]

3. BULUŞ BASAMAĞI/AŞİKAR OLMAMA ŞARTI BAKIMINDAN

Bir buluşun patente hak kazanabilmesi için yeni olması ve sanayiye uygulanabilir olması yanında buluş basamağı şartını da taşıması gerekir. Büyük ölçüde EPO mevzuatı ile uyumlu olan Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 83/4 maddesine göre "Tekniğin bilinen durumu dikkate alındığında, ilgili olduğu teknik alandaki uzmana göre aşikâr olmayan buluşun, buluş basamağı içerdiği kabul edilir." düzenlemesi getirilmiştir. [127] Bu düzenleme, buluş basamağının düzenlendiği EPC'nin 56 ncı maddesi ile uyumludur.

---

[123] Jessica C. Lai, Myriad Genetics and the BRCA Patents in Europe: The Implications of the US Supreme Court Decision, UC Irvine Law Review, V. 5, 2015, https://scholarship.law.uci.edu/cgi/ (s. 1041-1076)

[124] Nayanah Siva, Myriad wins BRCA1 row, Nature Biotechnology, 27 (8), January 2009.

[125] İstatistikler için bkz. EPO, Patenting Trends in 2020, https://www.epo.org/about-us/annual-reports-statistics/statistics/2020/patenting-trends.html (Son Erişim Tarihi: 15.03.2021)

[126] Healthcare Technologies in the age of coronavirus, https://www.epo.org/about-us/annual-reports-statistics/statistics/2020/healthcare-and-life-sciences.html (Son Erişim Tarihi: 15.03.2021)

[127] Özgür Öztürk, Türk Hukukunda Patent Verilebilirlik Şartları, Arıkan Yayıncılık, Haziran 2008, İstanbul., s. 262.; Fülurya Yusufoğlu, Patent Verilebilirlik Şartları, Vedat Kitapçılık, Ocak 2014., s. 276.

Buluş basamağı şartı, ABD hukukunda 'aşikar olmama' şeklinde bilinmektedir. ABD Patent Kanunu'nun 103 üncü maddesi "Patentlenebilirlik Şartları; Aşikar olmama (*Conditions for Patentability; Non-Obvious Subject Matter*)" başlığı ile "Talep edilen buluş ile tekniğin bilinen durumu karşılaştırıldığında, talep edilen buluş bir bütün olarak patent için geçerli başvuru tarihinden önce buluşun ilgili olduğu teknik alanda uzman kişi için aşikar ise, buluş için patent elde edilemeyecektir" şeklinde düzenlenmiştir. Ayrıca patentlenebilirliğin, salt buluşun yapılış tarzı esas alınarak reddedilemeyeceği düzenleme altına alınmıştır (USC. Patent Kanunu, m. 103).

CRISPR/Cas9 tekniğini ilk bulan araştırmacılar olarak kabul edilen Doudna ve Carpentier, tekniği prokaryot hücre yapısına sahip bakteriler üzerinde tek bir RNA kullanarak uygulamışlardır. Buna karşılık Feng Zhang tarafından teknik ökaryot hücre yapısına sahip canlılar üzerinde iki RNA molekülünü birleştirmek suretiyle uygulanmıştır. USPTO tarafından ökaryotik hücrelerde CRISPR/Cas9 kullanılarak ortaya konulan ticari ürünler üzerindeki patent hakkı 2017 yılında Broad Enstitüsü'ne verilmiştir. Broad Enstitüsü tarafından alınan bu patent talebi; "*Bir ökaryotik hücrede, hedef DNA molekülünü düzenlemek veya bunun üzerinde kodlanmış en az bir genin transkripsiyonunu modüle etmek bir geliştirilmiş bir usul"* şeklinde ifade edilmiştir.

USPTO'nun kararı sonrasında yargı yoluna başvurulmuş ve 10 Eylül 2018 tarihinde Washington Federal Mahkemesi tarafından USPTO kararı ile aynı doğrultuda karar verilmiştir.[128] Patent ofisi incelemelerinde ökaryotlarda nükleik asit gen düzenleme sistemlerini çalıştırmanın; gen ekspresyonundaki farklılıklar, protein katlanması (*protein folding*), hücresel nükleazlar, hücre içi sıcaklık ve iyon konsantrasyonu gibi bir takım bilimsel zorluklar içerdiği, özellikle Cas9'un bir kromatin[129] hedef üzerinde etkili bir şekilde çalışacağına veya gerekli DNA-RNA hibritinin stabilize edilebileceğinin garanti olmadığı vurgulanmıştır.[130] Kısaca Patent Ofisi, Broad Enstitüsü'nün ökaryot hücrelerle sınırlı patenti ile Kaliforniya Üniversitesi'nin prokaryot hücre yapısına sahip bakteriler üzerinde

---

[128] United States Court of Appeals for the Federal Circuit, Regents of the University of California, University of Vienna, Emmanuelle Charpentier v. Broad Institute, Inc., Massachusetts Institute of Technology, President and Fellows of Harvard College, 2017/1907, September 10, 2018, https://www.scribd.com/document/388256512/CRISPR-cafc-decision (Son Erişim Tarihi: 12.10.2020)

[129] Kromatin (chromatin), ökaryot hücrelerde bulunan bir DNA ve protein kompleksini ifade etmektedir. DNA molekülü proteinlerin etrafını sararak yumak biçimindeki kromatinleri oluşturmaktadır. Bkz. https://www.genome.gov/genetics-glossary/Chromatin (Son Erişim Tarihi: 10.03.2021)

[130] Jon Cohen, The Latest Round in the CRISPR Patent Battle has an apparent Victor, but the fight continues, September 11, 2020, https://www.sciencemag.org/news/2020/09/latest-round-CRISPR-patent-battle-has-apparent-victor-fight-continues (Son Erişim Tarihi: 24.02.2021)

deneyimlediği, hiçbir çevre ile sınırlandırılmamış buluşunun farklı olduğuna karar vermiştir. Bilimsel açıdan CRISPR/Cas9 usulünün mucidi Doudna ve Carpentier ise de patent hukuku açısından bakıldığında prokaryot hücrelerde ortaya konulan buluşun, aynı zamanda ökaryot hücrelerde de uygulanabilir olduğu "makûl ölçüde beklenebilir (*reasonable expectation of success*)" nitelikte değildir.

ABD hukukunda "aşikar olmama (*non-obviousness*)" şartına göre, talep edilen buluş ile tekniğin bilinen durumu karşılaştırıldığında, talep edilen buluş bir bütün olarak patent için geçerli başvuru tarihinden önce buluşun ilgili olduğu teknik alanda uzman kişi için aşikar ise, buluş için patent elde edilemeyecektir (ABD Patent Kanunu, m. 103). Buna göre buluşun çözmeyi amaçladığı teknik sorunun çözülmesi konusunda eğer makûl bir başarı beklentisi (*reasonable expectation of success*) bulunuyor ise, bu takdirde buluş aşikar kabul edilmelidir. ABD Patent Ofisi tarafından yayınlanan 'Patent İnceleme Prosedürü El Kitabı'nda da (MPEP)'[131]aşikarlık incelemesinde 'makul başarı beklentisi' ölçütüne yer verilmektedir.[132] ABD Patent Ofisi, CRISPR patentlerinde Doudna'nın buluşunun, Feng Zhang tarafından ökaryot hücrelerde yapılan uygulamayı kapsamadığı, bir başka ifade ile Doudna'nın buluşunun ökaryot hücreler için de geçerli olarak uygulanmasının "makûl ölçüde beklenebilir" olmadığı kabul edilmiştir.

Illinois Üniversitesi Hukuk Fakültesi Profesörü olan ve bilhassa gen patentleri alanında uzman kabul edilen Prof. Jacob Sherkow da, USPTO tarafından yapılan bu yorum tarzının bilimsel gerçeklerle örtüşmüyor olabileceğini ancak patent hukuku gereklerinin bu yorumu haklı çıkardığını, bu yorumun eleştirilmesi yerine patent yasalarında değişiklik önerilebileceğini belirtmiştir.[133]

EPO nezdinde Kaliforniya Üniversitesi tarafından 12 Kasım 2014 tarihinde yapılan patent başvurusuna ilişkin yapılan incelemede de buluş basamağı şartı ile birlikte diğer patent verilebilirlik şartlarının karşılandığına karar verilerek 10 Mayıs 2017 tarihinde Kaliforniya Üniversitesi'ne patent verilmiştir.[134]

---

[131] Manual of Patent Examining Procedure (MPEP), Ninth Edition, Last Revised, June 2020, . https://www.uspto.gov/web/offices/pac/mpep/index.html (Son Erişim Tarihi: 15.03.2021)

[132] Ayrıntılı bilgi için bkz. Soysal, Agricultural Biotech Patent Law, s. 594-623.

[133] Jacom S. Sherkow, The CRISPR Patent Decision Didn't Get the Science Right. That Doesn't Mean It Was Wrong, September 11, 2018, https://www.statnews.com/2018/09/11/CRISPR-patent-decision-science/ (Son Erişim Tarihi: 24.02.2021)

[134] European Patent Specification, Methods and Compositions for RNA-Directed Target DNA Modification and For RNA-Directed Modulation of Transcription, 10.05.2017, EP 2 800 811 B1, https://data.epo.org/publication-server/pdf-document?pn=2800811&ki=B1&cc=EP (Son Erişim Tarihi: 12.10.2020)

4. KAMU DÜZENİ VE GENEL AHLAKA AYKIRILIK BAKIMINDAN

Patent kanunlarında bazı bilimsel ürünler veya usuller, 'buluş' niteliğini haiz olmasına rağmen buluşun bizatihi kendinin veya kullanımının kamu düzeni veya genel ahlâka aykırı olması halinde patent verilmesinin uygun olmayacağı şeklinde bir kabul yapıldığı görülmektedir.

Kamu düzeni (*ordre public*) kavramı patent hukukunda, uzun süredir kullanılmaktadır. ABD'de 1817 yılında verilen bir mahkeme kararında buluşun *"toplumun esenliği, iyi politikaları veya genel ahlâkı için anlamsız veya zararlı"* olduğu belirtilerek 'ahlâki yararlılık (*moral utility*)' şartı gerçekleşmediğinden patent talebi reddedilmiştir.[135] Avrupa'da ise İngiltere'de 1623 yılında Kral 1. James tarafından çıkarılan "Tekel Yasası (*Statute of Monopolies*)" kamu düzenine aykırı buluşlara patent verilmesini yasaklamıştır.

Kronolojik açıdan bakıldığında, Avrupa'da 1883 tarihli Paris Sözleşmesi'nin Dördüncü Maddesinde (Mükerrer 3) patentlenmiş bir ürün veya patentlenmiş bir usul yoluyla elde edilmiş bir ürünün, ulusal yasalardan kaynaklanan kısıtlama veya sınırlandırmalara tabi olduğu belirtilerek patentin geçersiz kılınamayacağı veya patent talebinin ret edilemeyeceği hususu belirtilmiştir.

1973 tarihli EPC'nin ilk metninin 53 (a) maddesine göre yayımı ve işletilmesi, kamu düzenine veya ahlâka aykırı olan buluşlara patent verilmez.[136] EPC 2000 değişikliği ile "yayımı ve işletilmesi" ibaresi yerine "ticari kullanımı" ibaresi getirilmiştir.[137] Bu şekilde kamu düzeni

---

135 *"frivolous or injurious to the well-being, good policy or sound morals of a society"*; Lowell v. Lewis, 15 Fed. Cas. 1018, No. 8568, Circuit Court. Mass., 1817. 1999 yılında verilen Juicy Whip v. Orange Bang kararıyla, 'ahlâki yararlılık (moral utility)' şartının son yıllarda hiç uygulanmadığı ve esasen Kongre'nin de eyaletlerin güvenlik politikalarına ilişkin düzenlemelerini bertaraf etmek gibi bir niyeti olmadığı, bir buluşun patentlenmesine ilişkin 101. maddede bu tür bir sınırlandırma olmadığı, eyalet yönetimlerinin toplumun genel refahı, sağlık, iyi düzen, barışı temin etmek için yetki ve görevli olduğu" hususu belirtilmiştir. Bkz. Juicy Whip, Inc. v. Orange Bang, Inc., 185 F. 3d 1364 Fed. Cir. 1999. Andrea Stazi, Biotechnological Inventions and Patentability of Life, The US and European Experience, New Directions in Patent Law, Edward-Elgar Publishing, USA, 2015., s. 122-123.

136 EPC (1973) 53 (a) maddesinin, İngilizce metni şu şekildedir: "European patents shall not be granted in respect of: (a) inventions the publication or exploitation of which would be contrary to 'ordre public' or morality; such exploitations shall not be deemed to be so contrary merely because it is prohibited by law or regulation in some or all of the Contracting States".

137 EPC (2000) 53 (a) maddesinin, İngilizce metni şu şekildedir: "European patents shall not be granted in respect of: (a) inventions the commercial exploitation of which would be contrary to 'ordre public' or morality; such exploitations shall not be deemed to be so contrary merely because it is prohibited by law or regulation in some or all of the Contracting States".

ve ahlâka aykırılık değerlendirmesine tabi tutulacak buluşların sınırlandırılması amaçlanmıştır.

Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 82/3 maddesine göre kamu düzenine veya genel ahlâka aykırı olan buluşlara patent verilemeyecektir. Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 82/4 maddesinde de EPC ile uyumlu şekilde *"(B)uluşun ticari kullanımının sadece mevzuatla yasaklanmış olması, bu kullanımın kamu düzenine veya genel ahlâka aykırı olduğu anlamına gelmez."* hükmü yer almaktadır.

Kamu düzeni ve ahlaka aykırılık hususu 1995 yılında yürürlüğe giren TRIPS'in 27/2 maddesinde de yer almaktadır. Bu maddeye göre üye ülkeler *"Kendi ülkelerinde kamu düzeni veya genel ahlâkı korumanın gerekli olması durumunda; insan, hayvan veya bitki yaşamını veya sağlığını korumak veya çevrenin ciddi biçimde zarar görmesini engellemek"* amacıyla bu tür buluşları patentlenebilir alan dışına çıkarabilecektir. EPC 2000 değişikliği ile EPC metni de TRIPS metni ile büyük ölçüde uyumlu hale getirilmiştir. EPC ve TRIPS metinlerinde hangi buluşların kamu düzeni ve genel ahlaka aykırı buluş oluşturacağına ilişkin herhangi bir açık düzenleme yer almamaktadır. Her ülke kendi uygulaması ve kamu düzeni ve genel ahlaka aykırı anlayışları çerçevesinde bir belirleme yapabilecektir. Bu kısımda CRISPR teknolojilerinin yoğun olarak patentlendiği Çin'de yaşanan yoğun etik tartışmalar nedeniyle Çin mevzuatına da temas edilecektir.

a. ABD

ABD Patent hukukunda buluşların patentlenmesine yönelik sosyal ve etik endişelerin bir sonucu olarak genel olarak iki sınırlama kabul edilmiştir. 1954 tarihli Nükleer ve Atom Silahlarının Patentinin alınmasını yasaklayan Atom Enerjisi Yasası[138] ile kabul edilen sınırlama ile 2012 yılında Amerika Buluşları Kanunu ile insan ve unsurlarının patentlenmesine yönelik sınırlamadır. Atom Enerjisi Kanunu ile özel nükleer madde veya atom enerjisinin bir atom silahında kullanılması için kullanılan buluşların patentlenmesi yasaklanmıştır. Bu tür herhangi bir buluş için bir patent verilmiş ise sonradan bu durumun anlaşılması halinde patent belgesi iptal edilir ve buluşçuya makûl bir tazminat ödenir.

Kamu düzeni (*public order*) kavramı, ABD hukukunda 'kamu politikası (*public policy*)' olarak kullanılmaktadır.[139] ABD'de Lowell v.

---

[138] Atomic Energy Act of 1954, https://www.nrc.gov/about-nrc/governing-laws.html

[139] Kamu düzeni ve kamu politikasının köklerine ilişkin bir çalışma için bkz. Kent Murphy, The Traditional View of Public Policy and Ordre Public in Private International Law, University of Georgia School of Law Journal of International & Comparative Law, V. 11-3, 1981 (s. 591-615).

Lewis kararında,[140] Yargıç Story, doğası gereği aldatıcı olan yahut ahlaksızlığı teşvik edecek buluşların "ahlaki fayda doktrini (*moral utility doctrine*)" çerçevesinde patentlenmemesi gerektiğini belirtmiştir. Bu anlayış çerçevesinde ABD'de örneğin kumar makineleri gibi buluşlar uzun süre patentlenememiştir. Buna karşılık 1903 yılında verilen Berger v. Fuller kararında[141] jetonlu otomatlarda kullanılmak üzere sahte madeni para detektörünün patentlenebilirliği incelenirken bu yorum kabul edilmemiştir. Mahkemeye göre herhangi bir buluşun patentlenmesinde, buluşun başkaca zararlı amaçlarla kullanılıp kullanılamayacağı belirleyici olmamalıdır. Bunun yerine buluşun herhangi bir yararlı amaç için kullanılabilir olup olmadığı belirlenmelidir. Bir buluş makûl herhangi bir yararlı amaca hizmet edebiliyorsa, buluş konusu patentlenebilir kabul edilmelidir. Bu karardan sonra gerek USPTO gerekse ABD Yüksek Mahkemesi etik ve yasal endişeler ile güvenlik kaygılarının buluşun patentlenebilirliğini tek başına belirlemeyeceğine dönük bir uygulama içinde olmuşlardır. 1999 yılında Federal Temyiz Mahkemesi, patent hukukunda yararlılık şartının Federal Ticaret Komisyonu ile Gıda ve İlaç Dairesi gibi kurumların görevi olan tüketicilerin aldatılmaya karşı korunması gibi fonksiyonlara hizmet etmek için kullanılamayacağını, ABD Kongresi'nin de patent kanunlarını polis yetkilerinin yerini almak yahut toplum sağlığı, düzeni ya da genel refahı korumak için öngörmediğini belirtmiştir.[142]

Bugün ABD Patent hukukunda EPC sisteminde olduğu gibi kamu düzeni ve ahlaka aykırılık gibi bir buluşun patentlenmesini engelleyen genel bir kategorik yasak bulunmamaktadır. ABD Patent Kanunu uyarınca bir buluşun patentlenebilmesi için buluşun faydalı olması (*useful*) şartı aranmaktadır. ABD uygulamasında, "kamu düzeni ve ahlaka aykırılık" ölçütü, buluşun faydalı olup olmadığı incelenirken göz önünde bulundurulmaktadır.[143]

ABD'de esrar ve kenevirden türetilen ürünler 1970 tarihli Kontrollü Maddeler Yasası[144] uyarınca yasaklanmasına rağmen, 1940'lı yıllardan itibaren kenevir bitkisini içeren yüzlerce patent verilmiştir. 2003 yılında ABD Sağlık ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı'na "*antioksidan ve nöroprotektanlar olarak kannabinoidler (Cannabinoids as antioxidants and neuroprotectant)*" buluşu için patent verilmiştir. Son olarak 2020 yılı sonunda ABD Temsilciler Meclisi'nde kenevir bitkisine yönelik

---

140 Lowell v. Lewis, 15 Fed. Cas. 1018, No. 8568, Circuit Court. Mass., 1817.

141 Berger v. Fuller, 120 F. 274, 7th Circuit, 1903, https://casetext.com/case/berger-v-fuller

142 Juicy Whip Inc. v. Orange Bang Inc., 185 F 3d 1364, Federal Circuit, 1999.

143 Wachowicz, s. 42.

144 Title 21, The Controlled Substances Act, https://www.deadiversion.usdoj.gov/21cfr/21usc/811.htm (Son Erişim Tarihi: 17.03.2021)

sınırlandırmaların eyaletlerin düzenlemesine bırakılmasına ilişkin yasa tasarısı kabul edilmiştir. Bu yaklaşım, genom düzenleme tekniklerinin patentlenmesinde kamu güvenliği ve ahlaka aykırılık unsurunun geçerli bir sebep teşkil etmeyeceğini ortaya koymaktadır.[145]

ABD'de AIA ile insan organizmasına yönelik yahut insan organizmasını içeren buluşların patentlenebilir olmadığı hususu düzenlenmiştir. Bununla birlikte uygulamada anti-viral veya anti-bakteriyel uygulamalara yönelik buluşlar patentlenebilmektedir. Somatik ve insan eşey hattına yönelik uygulamaların patentlenmesi ise sıkı şartları haiz olarak denetlenmektedir. Bilhassa insan eşey hattında genetik değişiklik yapılmasına ilişkin buluşların patentlenmesinin ABD uygulamasında da kabul edilmediğini söyleyebiliriz.

Haziran 2019'un ilk haftalarında, ABD Senatosu Fikri Mülkiyet Yargı Alt Komitesi tarafından ABD Patent Kanunu'nun 101 inci maddesi kapsamında patent uygunluğunun kapsamını yeniden tanımlamak için bir dizi oturum yapılmıştır. Nisan 2020'de ise ABD Senatosu ve Temsilciler Meclisi üyeleri tarafından ABD Patent Yasası'nın 100 ve 101 inci maddesinde değişiklik yapan bir teklif yayınlanmıştır. Değişiklik Teklifi'ne göre ABD Patent Kanunu'na bir kısım eklemelerin yapılması önerilmiştir.[146] Buna göre;

"*Bölüm 100: (k) "Yararlı" terimi, insan müdahalesi yoluyla herhangi bir teknoloji alanında spesifik ve pratik fayda sağlayan herhangi bir buluş veya keşif anlamını taşır.*

Bölüm 101: (a) Herhangi bir yararlı usul, makine, imalat veya madde terkibi ya da diğer herhangi bir yararlı iyileştirmeyi icat eden veya keşfeden kişi, bu başlığın koşul ve gereklerine uygun olarak, bunlara ilişkin patente hak kazanabilir.

Bölüm 101 (b) Bu bölüm kapsamındaki buluşun patente hak kazanma yeterliliği (eligibility), yalnızca iddia edilen buluş bir bütün olarak değerlendirilmek suretiyle ve herhangi bir talep sınırlandırmasını yok saymaksızın veya göz ardı etmeksizin belirlenmelidir."

düzenlemeleri önerilmiştir.

Bu değişiklik teklifinin kabul edilmesi halinde, 1980 yılında verilen Chakrabarty Kararı ile genel olarak benimsendiği kabul edilen "*yeryüzünde, insan tarafından yapılan, güneşin altında olan her şeyin patentlenebileceği*" yönündeki anlayışın daha da ötesine geçileceğine

[145] Lisa M. Gehrke, Is Gene Editing Patentable, Ama Journal of Ethics, December 2019, V. 21, N. 12, 2019 (s. 1049-1055)., s. 1052.

[146] Gehrke, s. 1053.

dikkat çekilmiştir.[147] Bu değişiklik ile birlikte ABD patent hukukunda patentlenebilirlik yasaklarına ilişkin ve bilhassa "yararlılık şartının" yorumlanmasına yönelik diğer içtihatlar da geçerliliğini yitirebilecektir. Böylece CRISPR gibi yeni usullerin patentlenmesine yönelik etik ve sosyal sınırlamalar da ortadan kalkmış olacaktır. Bununla birlikte söz konusu öneri henüz yasalaşmamıştır.

b. Avrupa

EPC'nin ilk metninin 53 (a) maddesine göre yayımı ve işletilmesi, kamu düzenine veya ahlâka aykırı olan buluşlara patent verilmez.[148] EPC 2000 değişikliği ile "yayımı ve işletilmesi" ibaresi yerine "ticari kullanımı" ibaresi getirilmiştir.[149] Bu şekilde kamu düzeni ve ahlâka aykırılık değerlendirmesine tabi tutulacak buluşların sınırlandırılması amaçlanmıştır.

Avrupa patent hukukunun bir parçası olan 98/44 sayılı Biyoteknoloji Direktifi'nin 6/2 maddesiyle insan klonlama işlemleri, insan eşey hattının genetik kimliğini değiştirme işlemleri, insan embriyosunun sınai veya ticari amaçlarla kullanımı ile hayvanlara esaslı bir tıbbi fayda sağlamaksızın acı çektirebilecek genetik kimlik değiştirme işlemleri ve bu işlemler sonucu elde edilen hayvanların patentlenmesi, kendiliğinden kamu düzeni ve genel ahlâka aykırı görülmüş ve yasaklanmıştır. 98/44 sayılı Direktif'in Başlangıç kısmının 38 inci paragrafında bu saymanın mahkemeler ve patent ofislerine yardımcı olacak genel bir ilke olarak örnek kabilinden yapıldığı ve sınırlayıcı olmadığı belirtilmiştir. Dolayısıyla bu sayılan hususlar dışında buluşun kamu düzeni ve genel ahlâka aykırı olup olmadığını belirleme ve değerlendirme görevi patent ofisleri ile ulusal mahkemelere aittir. Patent ofisleri ve ulusal mahkemeler bu değerlendirmeyi yaparken bir buluşun ticari kullanımının sadece mevzuatla yasaklanmış olmasını, kamu düzeni veya genel ahlâka aykırılık için yeterli görmeyeceklerdir (EPC m. 53 (a), TRIPS m. 27/2; 6769 sayılı Kanun, m. 82/4).

---

147 Michael Borella, The Zombie Apocalypse of Patent Eligibility Reform and a Possible Escape Route, February 4, 2020, https://www.patentdocs.org/patent_legislation/ (Son Erişim Tarihi: 17.02.2021)

148 EPC (1973) 53 (a) maddesinin, İngilizce metni şu şekildedir: "European patents shall not be granted in respect of: (a) inventions the publication or exploitation of which would be contrary to 'ordre public' or morality; such exploitations shall not be deemed to be so contrary merely because it is prohibited by law or regulation in some or all of the Contracting States".

149 EPC (2000) 53 (a) maddesinin, İngilizce metni şu şekildedir: "European patents shall not be granted in respect of: (a) inventions the commercial exploitation of which would be contrary to 'ordre public' or morality; such exploitations shall not be deemed to be so contrary merely because it is prohibited by law or regulation in some or all of the Contracting States".

EPO Teknik Temyiz Kurulu, 1990 yılında verdiği Oncomouse kararında[150] 'kamu düzeni' ile 'ahlâk' arasında bir ayrım yapmaksızın değerlendirme yapmayı tercih etmiştir. 1995 yılında verilen Plant Genetic Systems (PGS) kararında ise '*ordre public*' ifadesi, 'kamu düzeni (*public order*)' ve çevre konuları ile bağlantılı olarak değerlendirilmiştir. Karar'da kamu düzeninin, kamu güvenliği ve toplumun birer parçası olarak bireylerin fiziksel bütünlüğünün korunması anlamını içerdiği, kamu düzeninin ihlal edilmiş sayılması için kamu barışı ve sosyal düzenin ihlal edilmesi gerektiği veya çevreye zarar verilmesi gerektiği hususunun altı çizilmiştir.[151]

2003 yılında verilen Biocyte kararında, İtiraz Komisyonu, kamu düzenini "yasal değerler (*legal values*)" olarak ifade etmiştir.[152] Söz konusu davada patent konusu yeni doğan bebeklerin göbek kordonundan alınan kan hücrelerinin izole edilmesi ve ardından dondurma işlemi ile (*cyro-preservation*) muhafaza edilmesine ilişkindi. Bu buluş, insan vücudunun ticarileştirilmesine ilişkin olarak kamu düzeni ve etik değerler nedeniyle yoğun şekilde tartışmalara yol açmıştır. Yapılan itirazlar sonucunda, Biocyte şirketinin patenti iptal edilmiştir.[153] Ancak EPO Teknik Temyiz Komisyonu, iptali kamu düzeni veya ahlaki gerekçelerle değil, buluşun yenilik vasfını taşımamasından dolayı gerçekleştirmiştir.

Biyoteknoloji Direktifi'nin Giriş kısmının 39 uncu paragrafında kamu düzeni ve ahlâk,*"başta herhangi bir üye ülkede benimsenen etik veya ahlâk prensipler"* olarak ifade edilmiştir. Ancak bu ahlâki değerlerin, tek bir üye ülkede mi benimsenmesi gerektiği yoksa genel olarak tüm üye ülkelerde mi benimsenmesi gerektiği tartışılmıştır. Warren Jones, bu benimsemenin genel olarak tüm üye ülkelerde olması gerektiği şeklinde görüş belirtmiştir.[154] PGS kararında Teknik Kurul, ahlâk normlarının derin bir şekilde Avrupa kültürüne bağlı olduğunun altını çizmiştir. Biyoteknolojiye ilişkin davalarda, bu değerlendirmenin yapılmasının zorluklar içerdiği, çünkü biyoteknoloji alanında Avrupa toplumunda bir konsensüs sağlanmamış olduğu ve halen bir kamu görüşü oluşma aşamasının devam ettiği belirtilmiştir. Gerçekten de hukuk kurallarının aksine ahlâk kuralları, bir anda oluşmaz, o kültüre ait değerler içinde zaman içinde gelişir. Biyoteknoloji Direktifi'nin kabul edilmesinden

---

150 T 0019/90, Onco-Mouse, 3.10.1990. Karar'da Onco-Mouse denek faresi patentlenebilir kabul edilmiştir.

151 T 356/93 Plant Cells/PLANT GENETİC SYSTEMS (PGS), Technical Board of Appeal, 1995 (8), OJ EPO, 545.

152 T 0919/99 Biocyte/Cord Blood Cells, Technical Board of Appeal, 7 April 2003.

153 Helen Busby; Tamara Hervey; Alison Mohr, Ethical EU Law? The Influence of the European Group on Ethics in Science and New Technologies, University of Leicester, Law Review, December 2008 (s. 803-842)., s. 814.

154 Amanda Warren-Jones, Finding a 'Common Morality Codex' for Biotech - A Question of Substance, International Review of Industrial Property and Copyright Law, 6-39, 2008 (s. 638-661)., s. 650.

itibaren geçen süre içinde, mahkemelerin ve EPO'nun bu konuda toplumun ahlâki değerlerini esas alarak bir belirleme içine girdiğini söylemek ise güçtür. Bir başka görüşe göre kamu düzeni ve ahlâkilik sadece ulusal düzenlemelere bakarak değil, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) gibi uluslararası normlar esas alınarak tespit edilmelidir. Bu kapsamda AİHS'in işkence ve kötü muameleyi yasaklayan 3 üncü maddesi de dikkate alınmalıdır.[155]

PGS kararında,[156] sadece yapılan anketler ve kamuoyu araştırmalarının Avrupa kültüründen kaynaklanan ahlâki normların tespit için yeterli olmadığı vurgulanmıştır. Ayrıca bu tespitte, sadece yasal/idari düzenlemeler değil, farklı kaynaklardan derlenen ahlâki değerlerin (*moral values*) belirleyici olması gerektiği belirtilmiştir. Bu belirleme yapılırken, istisna hükmü olması nedeniyle dar bir yorumun tercih edilmesi gerektiği söylenmelidir.[157]

Avrupa patent hukukunda kamu düzeni ve ahlaka aykırılık bu genel çerçeve içinde değerlendirilmektedir.

İnsan embriyosuna ilişkin buluşların patentlenmesi hususu ise genel olarak kamu düzeni ve ahlaka aykırı olarak kabul edilmektedir. 98/44 sayılı Direktif'in 6/2-c ile EPC Uygulama Yönetmeliği'nin 28/1-c maddesinde*"uses of human embryos for industrial or commercial purposes"* şeklinde yer alan yasak, Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 82/3-d maddesinde "insan embriyosunun sınai ya da ticari amaçlarla kullanılması" şeklinde ifade edilmiştir. 98/44 sayılı Direktif'e göre insan embriyolarının sınai veya ticari amaçlarla kullanımının patentlenebilir olmaması, insan embriyosuna uygulanan ve faydalı olan tedavi ve teşhis amaçlı buluşların patentlenmesini etkilemeyecektir (98/44 Direktif, rec. 42).

EPO İtiraz Kurulu tarafından 2003 yılında karara bağlanan Edinburgh kararı, insan embriyo hücrelerini konu edinen ilk önemli karar olmuştur. Karara konu olayda, Edinburg Üniversitesi, 21 Nisan 1994 tarihinde, hayvan kök hücrelerinin izole edilmesi ve seçici olarak üretilmesi usullerine ilişkin patent talep etmiştir. Patent, 8 Aralık 1999 tarihinde verilmiş[158] ancak patente itiraz edilmiştir. Patent talebi, teknik olarak fare embriyonik kök hücrelerinden yapılan izole işlemini içermektedir. Bununla birlikte patent talep edilen usulün insan

---

155 Warren Jones, agm., s. 658.

156 T 356/93 Plant Cells/PLANT GENETİC SYSTEMS (PGS), Technical Board of Appeal, 1995 (8), OJ EPO, 545.

157 Öztürk, s. 116.

158 EP 0695351 sayılı Patent. Yapılan itirazlar üzerine EBA, 22.02.2000 tarihli basın açıklaması ile patentin sadece hayvanlar için uygulanabilir bir buluş savıyla verildiğini belirtmiştir. Oysa patent talebinde, insan da dahil memeli hayvanların hücreleri konu edilmişti. Bkz. Jürgen Simon, Patent Hukuku ve Biyoteknoloji: Yaşamın Patentlenmesi mi?, Çeviri: M. Fadıl Yıldırım; Tekin Memiş, Mayıs 2005, S. 39, http://www.e-akademi.org

embriyonik kök hücrelerine de uygulanıp uygulanmayacağı açık değildir. Patentin EPC 53 (a) ve o dönemki EPC Uygulama Yönetmeliği'nin 23d/(c) bendine (bugünkü 28/1-c) aykırı olduğu iddia edilmiştir. İtiraz Kurulu, patent yasağının lafzi yorum ile sadece insan embriyolarının sınai ve ticari amaçla kullanımı ile sınırlandırılıp sınırlandırılmayacağını yorumlamak durumunda kalmıştır. Söz konusu patent yasağının geniş yorumlanması durumunda, insan embriyolarının yok edilmesi suretiyle elde edilen kök hücrelerin ticari ve sınai kullanımı da yasak kabul edilecektir. İtiraz Kurulu, bu konuda geniş yorumu kabul etmiş ve patent başvurusunun doğrudan insan embriyosu ile ilgili olup olmadığına bakılmaksızın insan embriyolarını yok etmek suretiyle elde edilen kök hücrelerin ticari ve sınai kullanımının patentlenemeyeceğine karar vermiştir. Bu görüş, Avrupa Parlamentosu tarafından da desteklenmiştir. Buna karşılık İtiraz Kurulu, pluripotent ve multipotent kök hücreler ile hamilelik dondurması sonrası fetal dokulardan izole edilen hücrelerin patente konu olabileceği görüşünü belirtmiştir.[159]

EPO Genişletilmiş Temyiz Kurulu tarafından 25 Kasım 2008 tarihinde verilen WARF kararında da embriyonik kök hücrelerinin patentlenmesi hususu tartışılmıştır. Karara konu olayda Wisconcin Embriyonic Stem Cellls (WARF) tarafından 1995 yılında 'bir yıl süresince laboratuvar koşullarında (*in vitro*) saklandıktan sonra, niteliklerini kaybetmeyen insan embriyo kök hücrelerini içeren hücre kültürüne patent talep edilmiştir. EPO İnceleme Bölümü, 13 Temmuz 2004 tarihinde, buluşun EPC 53 (a) ve EPC Uygulama Yönetmeliği'nin 28/1-c maddesi kapsamında insan embriyosunun yok edilmesini içermesi nedeniyle kamu düzeni ve ahlâka aykırı olduğunu belirtmiş ve patent talebinin reddine karar vermiştir. Karar, EPO-EBA önüne gelmiştir. Genişletilmiş Temyiz Kurulu, EPC Uygulama Yönetmeliği'nin 28/1-c bendindeki patent yasağını geniş yorumlamış ve insan embriyonik kök hücrelerini yok ederek elde edilen buluşların da patentlenemeyeceğine karar vermiştir.[160]

Genişletilmiş Temyiz Kurulu'nun bu kararı sonrasında, EPO Patent İnceleme Kılavuzu'nda buna uygun değişiklikler yapılmıştır. Buna göre patent isteminde belirtilmese dahi, zorunlu olarak insan embriyo hücrelerinin yok edilmesini içeren usuller sonucu elde edilen ürünler, EPC Uygulama Yönetmeliği'nin 28/1-c bendi kapsamında patentlenemeyecektir.[161] İnsan embriyo hücresinin hangi aşamada zarar gördüğü önemli olmayacaktır.[162]

---

159 University of Edinburg, EP 0695351 B1, Opposition Division, 21.03.2003.

160 G 0002/06 (Use of Embryos/WARF), 25.11.2008.

161 EPO Guidelines 2021, https://www.epo.org/law-practice/legal-texts/html/guidelines/e/g_ii_5_3.htm (Son Erişim Tarihi: 15.03.2021)

162 T 2221/10.

İnsan embriyosuna ilişkin patent yasakları AB Adalet Divanı (CJEU) önüne de taşınmıştır. CJEU 2011 yılında verdiği Brüstle kararıyla insan embriyo teriminin 98/44 sayılı Direktif kapsamında geniş olarak yorumlanması gerektiği ve insan embriyosunu yok eden tüm yöntemlerin yasak kapsamında kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir.[163]

CJEU tarafından 25 Temmuz 2018 tarihinde genom düzenleme teknikleri ile oluşturulan ürünlerin de (*gene-edited crops*), AB'nin transgenik bitkiler için öngördüğü biyo-güvenlik mevzuatına tabi olduğuna karar verilmiştir.[164] Karar'da doğrudan CRISPR/Cas9 teknikleri değil, mutagenik yöntemler[165] ile yapılan genetik değişiklikler ele alınmıştır. Bununla birlikte transgenik bitkilerin, bir organizmanın genetik yapısına sonradan eklenen DNA'lar ile değiştirilmesi prensibine dayandığı, buna karşılık mutagenik (mutagenesis) yöntemlerin mevcut genomun mutasyon tekniği ile dönüşüme/düzenlemeye tabi tutulduğu, bu nedenle CRISPR/Cas9 teknolojisinin de mutagenik yöntemlerden olduğu anlaşılmaktadır. CJEU kararında mutagenik yöntemlerin de canlıların genetik materyalini doğal olmayan yollarla değişikliğe uğrattığı, bu yüzden bu yöntemlerin de Avrupa Birliği'nin GDO'lara ilişkin mevzuatına tabi olacağı belirtilmiştir. Bununla birlikte geleneksel olarak kullanılan ve uzun süreçlerde güvenli olduğu anlaşılan mutagenik ürünler, AB'nin GDO mevzuatına tabi olmayacaktır.[166] CJEU'nun bu Kararı bilim çevrelerince yoğun olarak eleştirilmiştir. Öncelikle AB'nin GDO ile ilgili Direktifleri'nin 2001 ve 2002 tarihli oldukları, bu Direktiflerde mutagenik yöntemlerin tanımlanmadığı, o dönemde CRISPR tekniğinin de bilinmediği ifade edilmiştir.[167] Karar'da CRISPR genom düzenleme tekniklerinin patentlenmesine yahut bu tekniklerin kamu düzeni ve ahlaka aykırı olduklarına ilişkin ise açık bir ifade yer almamıştır.

---

[163] European Court of Justice, C-34/10, Oliver Brüstle v. Greenpeace eV Judgment, 18 October 2011.

[164] Court of Justice of the European Union, Press Release, No. 111/18, Luxembourg, 25 July 2018, https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2018-07/cp180111en.pdf

[165] Mutasyon genetik materyaldeki ani ve kalıtsal değişimi; mutant mutasyona uğramış çeşit, türü; mutagen (mutagenesis) ise mutasyona yani değişime neden olan uygulamayı ifade eder. Genlerin mutasyonu uğrama sıklığına 'mutasyon frekansı' denir. Doğal (spontan) mutasyonların frekansları çok düşüktür. Amaçlı bir müdahale olmadığı sürece doğal mutasyonların oluşma aralığı son derece düşük düzeyde kalır. Bu nedenle mutasyonu sağlamak için çok sayıda fiziksel ve kimyasal mutagenler kullanılır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Harun Çoban, Vegetatif Olarak Üretilen Bitkilerde Mutasyon Islahı, Selçuk Üniversitesi, Ziraat Fakültesi Dergisi, 17 (31), 2003 (s. 62-67).

[166] Court of Justice of the European Union, Press Release, 25 July 2018.

[167] European GMO Ruling Stems CRISPR Patent Pool Efforts, 5 December 2018, http://www.managingip.com/Blog/3847653/European-GMO-ruling-stems-CRISPR-patent-pool-efforts.html

c. Çin

Çin Patent Kanunu (CPL)[168] 5 inci maddesi uyarınca "yasalara veya toplumsal ahlâka aykırı olan veya kamu menfaatlerine zarar veren" buluşlara patent verilemeyecektir. CRISPR teknolojilerine yönelik herhangi bir özel sınırlandırma ise bulunmamaktadır. Ahlaka ve kamu düzenine aykırılık ölçütü, Çin Patent Ofisi[169] tarafından yayınlanan kılavuz ile belirlenmeye çalışılmaktadır. Genel olarak Çin halkı tarafından haklı ve kabul edilebilir olan buluşlar ahlaka aykırı olarak nitelendirilmemektedir. Kılavuz'da bir insanın genetik kimliğini değiştiren herhangi bir işlemin patentlenebilir olmadığını belirtmekte bununla birlikte cansız embriyolar ve klonlanmış embriyolar kullanılmak suretiyle CRISPR yöntemleri ile deneyler yapılabildiği görülmektedir.[170]

Çin'de genom düzenleme teknikleri adı verilen yeni tekniklerin insanlar üzerinde de denendiği bilinmektedir.[171] Bu tekniklerden ZFNs yöntemi ile Çinli bilim adamlarının 2014 yılında HIV virüsüne sebep olduğu düşünülen *CCR5* geninde mutasyon oluşturmak suretiyle HIV virüsüne direnç kazandırılması çalışmalarında bulunduğu açıklanmıştır.[172] CRISPR/Cas9 yöntemi uygulanmak suretiyle örneğin bir embriyodan kalp kas bozukluğu rahatsızlığına (kardiyomiyopati) neden olan *MYBPC3* geninin başarı ile çıkarıldığı ve hücrenin herhangi bir dış müdahaleye gerek olmaksızın kendi kendini onardığı, bu şekilde kalıtımsal hastalıkların önüne geçilebileceği belirtilmektedir.[173] Kasım 2018'de Çin'de yapılan İkinci İnsan Genom Düzenleme Zirvesi'nden[174] bir gün önce yeni doğan ikiz bebeklerin genomunda HIV virüsünün

---

168 Patent Law of the People's Republic of China, http://english.mofcom.gov.cn/aarticle/lawsdata/chineselaw/200211/20021100050884.html (Son Erişim Tarihi: 15.04.2021)

169 China National Intellectual Property Administration, https://english.cnipa.gov.cn/

170 Wachowicz, s. 43.

171 Soysal, Agricultural Biotech Patent Law, s. 140 vd.

172 Gene-editing method tackles HIV in first clinical test, 5 March 2014, https://www.nature.com/news/gene-editing-method-tackles-hiv-in-first-clinical-test-1.14813 (Son Erişim Tarihi: 01.02.2021)

173 Benedetta M. Motta; Peter P. Pramstaller; Andrew A. Hicks; Alessandra Rossini, The Impact of CRISPR/Cas9 Technology on Cardiac Research: From Disease Modelling to Therapeutic Approaches, Stem Cells International Journal, 2017, https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC5757142/ (Son Erişim Tarihi: 15.02.2021).

174 Second International Summit on Human Genome Editing, November 27-29, 2018, The University of Hong Kong, http://www.nationalacademies.org/gene-editing/2nd_summit/ Birinci Zirve, 1-3 Aralık 2015 tarihlerinde Washington'da gerçekleştirilmişti. Bkz. http://www.nationalacademies.org/gene-editing/Gene-Edit-Summit/index.htm (Son Erişim Tarihi: 07.03.2021)

etkisiz hale getirildiği ve bu değişikliğin sonraki kuşaklara da geçeceği açıklanmıştır.[175]

Yapılan bu çalışmalar etik nedenlerle yoğun şekilde eleştirilmiştir.[176] HIV üzerinde çalışmaları ile tanınan Çinli bir grup bilim adamı Çin'de yapılan İkinci İnsan Genom Düzenleme Zirvesi sonrasında resmi bir açıklama yaparak bilimsel ve etik perspektiften sağlıklı insan germ hücrelerinde ve embriyolarında üreme amaçlı genom düzenleme tekniklerinin uygulanmasına şiddetle karşı olduklarını açıklamışlardır.[177] Bilhassa henüz yeni bir teknik olan genom düzenleme tekniklerine ilişkin yeterli bilimsel ve etik araştırmalar bulunmadığı, bu konuda düzenleyici kuralların oluşturulması gereğine vurgu yapılmıştır.[178]

III. CRISPR GENOM DÜZENLEME TEKNİKLERİ VE COVİD-19 PANDEMİSİ

A. COVID-19 PANDEMİSİ VE PANDEMİLERDE YAPAY ZEKÂNIN KULLANIMI

1. Covid-19 Pandemisi

Koronavirüs adı ilk olarak 1968 yılında Nature Dergisi'nde memelilerde ve kuşlarda hastalıklara neden olan yeni tür virüs ailesini tanımlamak için kullanılmıştır.[179] İsim, Latince 'taç', 'çelenk' anlamını taşıyan "korona" kelimesinden türetilmiştir. Virüsün, güneş koronasını andıran bombeli görüntüsü nedeniyle bu adın verildiği belirtilmektedir. Koronavirüs bilimsel adı, 1971 yılında Uluslararası Virüs Taksonomi Komitesi (International Committee on Taxonomy of Viruses-ICTV) tarafından belirlenmiştir.[180] Koronavirüs, tek sarmallı RNA genomuna ve

---

175 CRISP bombshell: Chinese researcher claims to have created gene-edited twins, November 26, 2018, https://www.sciencemag.org/news/2018/11/CRISPR-bombshell-chinese-researcher-claims-have-created-gene-edited-twins (Son Erişim Tarihi: 07.03.2021)

176 Soysal, Agricultural Biotech Patent Law, s. 142.

177 Open Letter From Chinese HIV Professionals on Human Genome Editing, 3 December 2018, https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(18)33082-4/fulltext (Son Erişim Tarihi: 14.03.2021)

178 Bu konuda bir çalışma için bkz. Giovanni Rubeis; Florian Steger; Risks and Benefits of Human Germline Genome Edting: An Ethical Analysis, Asian Bioethics Review, July 2018, V. 10, I. 2, (s. 133-141), https://link.springer.com/article/10.1007/s41649-018-0056-x (Son Erişim Tarihi: 14.03.2021)

179 Coronaviruses, Nature, V. 220, November 16, 1968, https://www.nature.com/articles/220650b0.pdf

180 Classification and Nomenclature of Viruses, Monographs in Virology, 1971, https://talk.ictvonline.org/ictv/proposals/ICTV%201st%20Report.pdf (Son Erişim Tarihi: 15.03.2021)

sarmal simetriye sahip nükleokapsite sahip virüslerdir. Virüsün genom boyutu RNA virüsleri arasında en büyüklerden birisi (26-32 kilobaz) olarak kabul edilmektedir.[181]

İnsanlarda tipik olarak enfeksiyona neden bilinen 7 koronavirüs bulunmaktadır. İlki 1960'lı yıllarda tespit edilen bu virüslerden üç tanesi şiddetli semptomlar üretmektedir.[182] 2003 yılında keşfedilen insan koronavirüsü, "Şiddetli Akut Solunum Sendromuna (*Severe Acute Respiratory Syndrome-SARS-CoV*)" yol açar ve hem üst hem de alt solunum yolu enfeksiyonlarına neden olur. 2003 yılında toplam 8422 kişide SARS virüsü görülmüş, bu kişilerin % 11'i hayatını kaybetmiştir. SARS-CoV-1 virüsü olarak da bilinen hastalığa karşı herhangi bir aşı geliştirilememiştir.[183] 2012 yılında ortaya çıkan "Orta Doğu Solunum Yolu Sendromu (*Middle East Respiratory Syndrome-MERS-CoV*)" 2019 yılına kadar toplam 2464 kişide görülmüş ve bu kişilerin 850'si hayatını kaybetmiştir.[184] Koronavirüslerin ölüme yol açan üçüncü türü ise Aralık 2019'da Çin'in Wuhan şehrinde görülen "Şiddetli Akut Solunum Sendromu Koronavirüs 2 (SARS-CoV-2)" olarak da bilinen Covid-19 virüsü olmuştur. 11-12 Ocak 2020 tarihlerinde hastalığa yol açan virüsün genetik sekans çıkarılmış ve kamu ile paylaşılmıştır.[185] Bu tarihte, Çin tarafından hastalığa yol açan virüs yeni tür koronavirüs olarak tanımlanmıştır. Hastalığın adı WHO tarafından "Koronavirüs" ve "Covid-19" olarak adlandırılmıştır.[186] Hastalığa yol açan virüs ise ICTV tarafından, 11 Şubat 2020 tarihinde virüsün izole edilmesi suretiyle "SARS-CoV-2" olarak tanımlanmıştır.[187] 11 Şubat 2020 tarihi itibariyle Çin dahil 26 farklı ülkede toplam 45.000 Covid-19 vakası tespit

---

181 Philip V'Kovski; Annika Kratzel, Silvio Steiner; Hanspeter Stalder; Volker Thiel, Coronavirus Biology and Replication: Implications for SARS-CoV2, Nature Reviews Microbiology, V. 19, 2021, (s. 155-170), http://www.nature.com

182 Mustafa Hasöksüz; Selçuk Kılıç; Fahriye Saraç, Coronaviruses and SARS-COV-2, Turkish Journal of Medical Sciences, V. 50, 2020 (s. 549-556).,s. 549., https://journals.tubitak.gov.tr/medical/issues/sag-20-50-si-1/sag-50-si-1-10-2004-127.pdf; Centers for Disease Control and Prevention, Human Coronavirus Types, https://www.cdc.gov/coronavirus/types.html (Son Erişim Tarihi: 21.03.2021)

183 SARS için bkz. Centers for Disease Control and Prevention, SARS Basics Fact Sheet, https://www.cdc.gov/sars/about/fs-sars.html (Son Erişim Tarihi: 21.03.2021)

184 MERS için bkz. Centers for Disease Control and Prevention,, Middle East Respiratory Syndrome (MERS), https://www.cdc.gov/coronavirus/mers/about/index.html (Son Erişim Tarihi: 21.03.2021)

185 Novel Coronavirus-China, https://www.who.int/csr/don/12-january-2020-novel-coronavirus-china/en/ (Son Erişim Tarihi: 21.03.2021)

186 Naming the Coronavirus Disease (COVID-19) and the Virus that causes it, https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/technical-guidance/naming-the-coronavirus-disease-(covid-2019)-and-the-virus-that-causes-it (Son Erişim Tarihi: 21.03.2021)

187 Naming the 2019 Coronavirus, February 11, 2020, https://talk.ictvonline.org/information/w/news/1300/page (Son Erişim Tarihi: 21.03.2021)

edilmiştir. Covid-19 virüsünün, SARS ve SARS ile ilişkili yarasa koronavirüsleri ile aynı türde beta koronavirüs ailesinin bir üyesi olduğu bulunmuştur. Hastalığın, kişiden kişiye bulaşabileceği ve SARS-CoV'dan çok daha hızlı bulaş özelliğine sahip olduğu anlaşılmıştır.[188]

WHO tarafından 30 Ocak 2020 tarihi itibariyle yeni tip koronavirüs "Uluslararası Kamu Sağlığı Acil Durumu (*Public Health Emergency of International Concern*)" ilan edilmiş,[189] 11 Mart 2020 tarihi itibariyle ise "pandemi (*pandemic*)" olarak kabul etmiştir.[190] Salgın (*epidemic*), belirli bir toplumda belirli bir zaman diliminde, bir enfeksiyon hastalığına yakalanan bireylerin sayısındaki beklenenden fazla artış durumunu ifade ederken; pandemi Dünya genelinde birden fazla ülkede veya kıtada, çok geniş bir alanda yayılan ve etkisini gösteren salgın hastalıklara verilen genel ismi ifade etmektedir.[191] Bu yönüyle Covid-19 küresel ölçekte görülen bir salgın hastalık olarak kabul edilmektedir.

WHO tarafından virüsün yayılmaya başlamasından itibaren 1 yıl sonra 31 Aralık 2020 tarihinde Pfizer/BioNTech tarafından üretilen "Comirnaty Covid-19 mRNA" aşısına acil kullanım onayı verilmiştir.[192] Mart 2021 itibariyle 12 adet farklı Covid-19 aşısı ulusal düzenleyici otoriteler tarafından onaylanmıştır. Bu aşılardan iki tanesi RNA tabanlı (Pfizer/BioNTech aşısı ile Moderna aşısı), dört tanesi inaktive geleneksel aşı (BBIBP-CorV, CoronaVac, Covaxin ve CoviVac), dört tanesi viral vektör aşısı (Sputnik V, Oxford/AstraZeneca aşısı, Covidecia ve Johnson&Johnson aşısı) ve iki tanesi de protein alt birimi aşısı (EpiVacCorana ve RBD-Dimer) olarak üretilmiştir. Bu aşılar dışında

---

188 Muhammad Adnan Shereen; Suliman Khan; Abeer Kazmi; Nadia Bashir; Rabeea Siddique, COVID-19 Infection: Origin, Transmission, and Characteristics of Human Coronaviruses, Journal of Advanced Research, March 2020, https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC7113610/ (Son Erişim Tarihi: 22.03.2021)

189 Covid 19 Public Health Emergency of International Concern (PHEIC), 11-12 February 2020, https://www.who.int/publications/m/item/covid-19-public-health-emergency-of-international-concern-(pheic)-global-research-and-innovation-forum (Son Erişim Tarihi 21.03.2021)

190 WHO Director-General's Opening Remarks at the Media Briefing on COVID-19, 11 March 2020, https://www.who.int/director-general/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020 (Son Erişim Tarihi: 21.03.2021)

191 What is the difference between a pandemic, an epidemic, endemic, and an outbreak, April 2, 2020, https://intermountainhealthcare.org/blogs/topics/live-well/2020/04/whats-the-difference-between-a-pandemic-an-epidemic-endemic-and-an-outbreak (Son Erişim Tarihi: 15.03.2020)

192 WHO issues its first emergency use validation for a COVID-19 vaccine and emphasizes need for equitable global Access, 31 December 2020, https://www.who.int/news/item/31-12-2020-who-issues-its-first-emergency-use-validation-for-a-covid-19-vaccine-and-emphasizes-need-for-equitable-global-access

Mart 2021 itibariyla 308 Covid-19 aşısı geliştirme aşamasındadır.[193] Ülkemizde Çin tarafından geliştirilen CoronaVac veya Sinovac olarak bilinen geleneksel aşılama 22 Mart 2021 itibariyle toplam 8.045.789 kişiye yapılmıştır.[194] Ülkemizde Nisan ayı itibariyle ise RNA tabanlı Pfizer/BioNTech aşısının uygulamasına başlanmıştır.[195]

2. Salgın Hastalıklarda Yapay Zekâ Kullanımı

Yapay zekâ (AI), özellikle makine öğrenimi ve süper bilgisayarlar analitik potansiyelleri ile dünya genelinde virüslerin yayılmasındaki kalıpları ve tedavilerin tespitinde önemli bir araç işlevi görebilecektir. Yapay zekâ sistemleri ile veriler hızlı bir şekilde toplanarak analiz edilebilir, böylece hastalık sürveyansı ve sağlığın korunmasına ilişkin veri modülasyonu tahminleri ortaya konulabilir. Makine öğrenim modelleri salgın modelleme, teşhis, hasta sonuçlarını tahmin etme ve triyaj, ilaç tespiti, sosyal medyadaki yanlış bilgilerin ayıklanması, acil yardım ihtiyacı oluşan bölgelerin tespiti gibi konularda önemli işlevleri yerine getirmek için kullanılabilir. GPS verileri yoluyla salgın riski olan bölgelerin hızlı bir şekilde tespiti ile birlikte kişiselleştirilmiş tedavi ve acil durum senaryolarını oluşturulması kolaylaştırılabilecektir.[196] Ayrıca salgına karşı insan etkileşiminin minimum düzeyde tutulması için robotlar kullanılabilecektir. Covid-19 salgınında Şubat 2021'de iki Sloven hastanesinde, hasta odalarını dezenfekte etmek için robotlar kullanılmaya başlamıştır. Belçika, Danimarka, Almanya, Estonya, İrlanda, Yunanistan, İspanya, Hırvatistan, Litvanya, Lüksemburg ve Hollanda'da hastanelerde 29 adet dezenfeksiyon robotu kullanılmaya başlamıştır.[197]

Yapay zekâ ve makine öğrenme sistemlerinin söz konusu faydalarına rağmen Covid-19 gibi salgın durumlarında daha etkin kullanımı için küresel ölçekte işbirliği mekanizmalarının oluşturulması, yüksek kaliteli veri ve model paylaşımına ihtiyaç duyulduğu

---

[193] Covid-19 aşıları hakkında bkz. Different Covid-19 Vaccines, April 3, 2021, https://www.cdc.gov/coronavirus/2019-ncov/vaccines/different-vaccines.html; Covid-19 Vaccine Tracker, https://www.raps.org/news-and-articles/news-articles/2020/3/covid-19-vaccine-tracker (Son Erişim Tarihi: 04.04.2021)

[194] Dünya genelinde Covid-19 aşılaması için bkz. Coronavirus (Covid-19) Vaccinations, https://ourworldindata.org/covid-vaccinations

[195] Biontech Aşısı Uygulanmaya Başladı, 2 Nisan 2021, https://www.cnnturk.com/video/turkiye/biontech-asisi-uygulanmaya-basladi

[196] Ronald Chow, Is it Time for Artificial Intelligence to Invade Personal Privacy, for Pandemic Control, N. 28, 2020, Harvard Public Health Review, https://harvardpublichealthreview.org/artificial-intelligence-pandemic-control/ (Son Erişim Tarihi: 15.03.2021)

[197] Coronavirus: First EU Disinfection Robots Arrive in Hospitals, 26 February 2021, https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/coronavirus-first-eu-disinfection-robots-arrive-hospitals (Son Erişim Tarihi: 15.03.2021)

vurgulanmaktadır.[198] Buna rağmen yapay zekâ tabanlı sistemler, popülasyonlarda hastalığın örüntü tanımasını, farklı coğrafi konumlarda salgın tahminleri, semptom takibi, potansiyel ilaç ve aşılama olasılıkları gibi analizlerde faydalı ve etkin şekilde kullanılabilmektedir. Covid-19 salgınında yapay zekâ sistemleri, bir hastanın enfekte olduğu zaman ile etkili bir tedavi arasındaki süreyi kısaltabilir ve hastalığın çok hızlı ilerlediği durumlarda morbidite[199] ve mortaliteyi[200] azaltabilir. Yapay zekânın potansiyel kullanımları, gelecekte sağlık hizmetlerinde bu teknolojilerin kilit bir role ulaşmasını sağlayacaktır.

B. COVID-19 PANDEMİSİNİN TEŞHİSİ VE CRISPR TEKNİKLERİNİN TEŞHİSTE KULLANIMI

COVID-19, semptomlar temelinde geçici olarak teşhis edilebilmekte ve ters transkripsiyon polimeraz zincir reaksiyonu (RT-PCR) veya enfekte sekresyonların diğer nükleik asit testleri kullanılmak suretiyle doğrulanabilmektedir. PCR (polimeraz zincir reaksiyonu/*polymerase chain reaction*), laboratuvar ortamında bir tüpün içinde belirli bir DNA parçasının DNA polimeraz enzimi ile çoğaltılması işlemine denilmektedir. PCR yöntemi, gen transferi yöntemlerinden daha hızlı bir şekilde genin izolasyonunu sağlayabilmektedir. PCR yöntemini bulan Kary Mullis 1993 yılında Kimya alanında Nobel Ödülü'ne layık görülmüştür.[201] Covid-19 testlerinde DNA değil, RNA ayrıştırılmaktadır. Bu nedenle PCR yönteminin kullanılabilmesi için önce RNA'nın DNA'ya dönüştürülmesi tamamlanmaktadır. Bu işlem 'Revers-Transkriptaz Polimeraz Zincir Reaksiyonu (RT-PCR)' olarak adlandırılmaktadır.[202] Retrovirüslerden izole edilen revers-transkriptaz enzimi sayesinde RNA'dan tamamlayıcı DNA (cDNA) sentezlenebilmekte ve çoğaltılabilmektedi. Nazofaringeal numunelerden (geniz ve burun sürüntüsü) alınan örneklerde, RNA taraması gerçekleştirilmektedir.[203]

Bu yöntem dışında, göğüs BT taramaları, yüksek klinik enfeksiyon şüphesi olan hastalarda Covid-19'un teşhisinde önemli bir yöntem

---

198 Finding a Role for AI in the Pandemic, Nature Machine Intelligence, 291, 16 June 2020, https://www.nature.com/articles/s42256-020-0196-z (Son Erişim Tarihi: 15.03.2021)

199 Morbidity (morbitide), belirli bir nüfusta, belirli bir zaman dilimi içinde hastalığa tutulanların sayısının sağlıklı kalmış nüfusa oranını ifade eder.

200 Mortality (mortalite), belirli bir nüfusta, belirli bir zaman dilimi içinde hastalıktan dolayı gerçekleşen ölüm sayısının toplam nüfusa oranını ifade eder.

201 Soysal, Agricultural Biotech Patent Law, s. 80-81.

202 Emergency Use Authorization Summary Covid-19 RT-PCR Test (Laboratory Corporation of America), December 9, 2020, https://www.fda.gov/media/136151/download (Son Erişim Tarihi: 27.03.2021)

203 A Closer Look at Covid-19 Diagnostic Testing, https://www.fda.gov/health-professionals/closer-look-covid-19-diagnostic-testing (Son Erişim Tarihi: 25.03.2021)

olarak kullanılmaktadır. Hastanın, Covid-19 geçmişi olup olmadığına yönelik antikor tespit eden serolojik testler de bir başka teşhis yöntemidir.

Covid-19 teşhisi için sık olarak uygulanan 'RT-PCR' testleri primer/prob çiftlerinin bağlanma bölgeleri, örnek toplama yöntemindeki eksiklikler, zamanlama gibi nedenlerle hatalar içerebilmektedir. CRISPR yöntemleri, Zika virüsünün tespitinde başarı ile uygulanmıştır.[204] Covid-19 tanısında da CRISPR yöntemleri çok daha hızlı ve kesin tanı için kullanılabilmektedir. CRISPR teknolojileri sayesinde RNA izole edilmeksizin, viral proteinler bulunarak etiketlenebilmektedir. Tulane testi olarak bilinen yöntemde, hastanın tükürük örneği kimyasal bir çözeltiyle birleştirilmektedir. Ardından CRISPR/Cas12a yöntemi ile koronavirüs M protein için RNA dizisi bulunmaktadır. Cas12a kılavuzu, M proteine ait RNA'ya tutunduğunda, floresan veren DNA probunu kesmektedir. Araştırmacılar, bu testin akıllı telefonlara entegre edilebileceği yönünde çalışmalar yapmaktadır. Kısa bir süre içinde CRISPR ve akıllı telefon entegrasyonu ile bu testlerin 15-30 dakikada evde yapılması mümkün hale gelecektir.[205] DETECTR adı verilen bir başka CRISPR tabanlı testte, % 95 oranında pozitif vakıaların saptanması mümkün hale gelmiştir.[206] CRISPR-Cas sistemleri kullanılarak nükleik asit tespiti ve patojen teşhisi için geliştirilen usuller için de patent tesisi mümkündür. Bu usuller, karmaşık araçlara ihtiyaç duymadan yüksek hassasiyet ve uygun maliyet ile teşhis imkanı sağlamaktadır.[207]

---

[204] Genetic Screen Identifies Genes that Protect Cells From Zika Virus, July 25, 2019, https://www.sciencedaily.com/releases/2019/07/190725112602.htm (Son Erişim Tarihi: 27.03.2021)

[205] Step Aside, PCR: CRISPR Based Covid-19 Tests are Coming, 21 December 2020, https://spectrum.ieee.org/the-human-os/biomedical/diagnostics/step-aside-pcr-CRISPR-based-covid-19-tests-are-coming (Son Erişim Tarihi: 15.03.2021) Sherlock Biosciences tarafından başka bir çalışma için bkz. John Cumbers, A-20 Minute Covid-19 Test Using CRISPR Gene Editing Technology, Coming Soon to Your Doctor's Office, Supermarket and Workplace, July 1, 2020, https://www.forbes.com/sites/johncumbers/2020/07/01/a-new-20-minute-covid-19-test-will-use-CRISPR-gene-editing-technology-to-deliver-results-at-the-doctors-office-supermarket-or-workplace/?sh=60ab74cf7a55 (Son Erişim Tarihi: 01.03.2021).

[206] James P. Broughton; Xianding Deng; Guixia Yu; Venice Servellita ve Diğerleri, CRISPR-Cas12-based detection of SARS-CoV-2, April 2020, Nature Biotechnology, (870-874), https://www.nature.com/articles/s41587-020-0513-4 (Son Erişim Tarihi: 15.03.2021)

[207] Fahreddin Palaz; Ali Kerem Kalkan; Abdullah Tozluyurt, Mehmet Önsöz, CRISPR-based tools: Alternative Methods for the Diagnosis of Covid-19, V. 89, March 2021, Clinical Biochemistry, (s. 1-13), https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0009912021000011 (Son Erişim Tarihi: 15.03.2021)

C. CRISPR TEKNİKLERİNİN DİĞER POTANSİYEL KULLANIMI

Mesajcı RNA'lar, hücre çekirdeğinden geçerek stipolazmaya ulaşabilir ve burada saklanan genetik bilgiyi ribozomlara taşır. mRNA'lar DNA'lar ile proteinler arasında iletişim kurmaktadırlar. Hücre, bünyesinde yer alan mRNA'nın yabancı olduğunu ayırt edememektedir. Covid-19 virüsünün yol açtığı 'korona (taç)' görünümündeki diken proteinleri (*spike proteins*) etkisiz kılmak için mRNA aşıları yoluyla '*spike proteins*' adı verilen bilgileri barındıran mRNA'ları hücreye enjekte etmektedir. Bu mRNA'ları hücre 'spike proteinlerine' dönüştürülmektedir. Bu süreçte oluşturulan proteinler Covid-19 hastalığında olduğu gibi vücuda zarar vermemektedir. Buna karşılık vücut bunlara karşı antikor üretmektedir. Böylece RNA hücre çekirdeğine girmeksizin, vücutta bağışıklık oluşturulması mümkün olmaktadır. 1990'lı yıllardan beri araştırılan mRNA aşıları genom düzenleme teknikleri sayesinde daha hızlı ve kesin şekilde üretilebilmektedir. Covid-19 için Pfizer/BioNTech[208] tarafından mRNA tabanlı aşılar üretilmiştir. Bu aşılarda canlı virüs bulunmamaktadır.[209] Ayrıca yeni tür Covid-19 aşıları geliştirmek için de CRISPR yöntemleri kullanılabilmektedir.[210]

CRISPR yöntemleri sadece Covid-19 tanısı yahut aşısı için değil diğer tedavi alternatifleri için de kullanılabilecektir.[211] Standford Üniversitesi bu konuda araştırmalarına devam etmektedir. Ekip, influenza virüsünü hedefleyen çalışmaları esas alarak Covid-19 virüsüne karşı CRISPR yöntemleri kullanılarak etkili bir tedavi yöntemi üzerinde çalışmaktadır.[212] Bununla birlikte bu yeni ve kolay DNA düzenleme tekniğinin insanlığın iyiliğine kullanılabileceği gibi daha ölümcül virüs

---

[208] BNT162b2 numaralı Comirnaty aşısı.

[209] Jonathan Corum; Carl Zimmer, How the Pfizer-BionTech Vaccine Works, March 22, 2021, https://www.nytimes.com/interactive/2020/health/pfizer-biontech-covid-19-vaccine.html (Son Erişim Tarihi: 27.03.2021)

[210] CRISPR-based enhancers of DNA Vaccines for Covid-19, https://innovativegenomics.org/projects/CRISPR-based-dna-vaccine-enhancer-covid-19/ (Son Erişim Tarihi: 21.03.2021); Nobel laureate to explore gene editing, Covid-19 vaccines in March 17 talk, March 1, 2021, https://www.colorado.edu/today/2021/03/01/nobel-laureate-explore-gene-editing-covid-19-vaccines-march-17-talk (Son Erişim Tarihi: 21.03.2021)

[211] CRISPR vs. Covid-19: How Can Gene Editing Help Beat a Virus, November 2020, https://www.future-science.com/doi/10.2144/btn-2020-0145 (Son Erişim Tarihi: 17.03.2021)

[212] New Genetic Method of Using CRISPR to Eliminate Covid-19 Virus Genomes in Cells, https://bioengineering.stanford.edu/research-impact/prevent-covid-19/new-genetic-method-using-CRISPR-eliminate-covid-19-virus-genomes (Son Erişim Tarihi: 27.03.2021)

ve bakteriler ortaya çıkarmak için de kullanılabileceği tehlikesine dikkat çekilmektedir.[213]

COVID-19'un Çin'in Wuhan kentindeki Huanan 'ıslak' deniz ürünleri pazarından yayıldığı iddia edilmektedir. Önümüzdeki yıllarda zoonotik virüslerin artacağı tahminleri yapılmaktadır. SARS, domuz gribi ve kuş gribi benzeri yeni salgınlara karşın, beyaz ve kırmızı et üretimini modernize etmek gerektiği ifade edilmektedir. Ayrıca iklim değişikliği, gıda arzı yetersizliği ve hayvanlarda görülen hastalıklar için kullanılan antibiyotikler nedeniyle oluşan antibiyotik direnci gibi nedenlerle 'temiz et (*clean meat*)', 'sentetik et (*synthetic meat*)', 'kültür eti (*cultured meat*)'[214] veya 'yapay et (*artificial meat*)' olarak bilinen üretim metodu son yıllarda hızla artmaktadır. Hücrelerin, hayvan vücudu dışında üretimi çeşitli yöntemlerle gerçekleştirilebilmektedir. Öncelikle küçük bir biyopsi ile örneğin inek kasından bazı hücreler alınmaktadır. Kök hücreler, ekstrakte edilerek doğal olarak oluşan büyüme faktörleri içeren laboratuvar ortamına alınmaktadır. Trilyonlarca hücre, sadece küçük bir kök hücre örneğinden büyütülmektedir. Büyüyen hücreler % 99'u su içeren bir jel içine yerleştirilmekte ve kas lifi oluşturulmaktadır. Bir inekten alınan bir örnekten, 800 milyon iplikçik kas dokusu oluşturulabilmektedir.[215]

Sentetik et üretiminde CRISPR yöntemleri başarıyla uygulanmaktadır. Memphis Meats Şirketi'nin patent başvurusu[216] yaptığı yöntemde, hayvandan izole edilen hücrelerde küçük bir mutasyon oluşturmak için CRISPR genom düzenleme teknikleri kullanılmaktadır. Mutasyon ile iki protein etkisiz hale getirilmekte ve değiştirilmiş hücre popülasyonlarının kopyalama kapasitesi artırılmaktadır.[217] New Age Meats isimli bir başka şirket CRISPR yöntemleriyle hayvanlardan alınan büyükbaş cenin serumu adı verilen karışım ile yapay et üretmeyi başarmıştır. Şirket, bu yöntem ile hızlı, kaliteli ve lezzetli et üretimi

---

[213] Neal Baer, Covid-19 is scarcy. Could a rogue scientist use CRISPR to conjure another pandemic, March 26 ,2020, https://www.statnews.com/2020/03/26/could-rogue-scientist-use-CRISPR-create-pandemic/ (Son Erişim Tarihi: 02.03.2021)

[214] Kültür Eti Nedir? 2040 yılında yiyeceğimiz et, hayvan eti olmayacak, 15 Haziran 2019, https://indigodergisi.com/2019/06/kultur-eti-nedir-2040-yilinda-yiyecegimiz-et-hayvan-eti-olmayacak/ (Son Erişim Tarihi: 17.03.2021)

[215] Michael Corcoran; Melissa Campbell, Clean Meat: Can Lab-Grown, or Cultivated, Meat Reduce the Threat of Future Pandemics, September 24, 2020, https://www.hilldickinson.com/insights/articles/clean-meat-can-lab-grown-or-cultivated-meat-reduce-threat-future-pandemics (Son Erişim Tarihi: 15.03.2021)

[216] Methods for extending the replicative capacity of somatic cells during an ex vivo cultivation process, 20 July 2017, https://patents.google.com/patent/WO2017124100A1/en

[217] Memphis Meats Uses CRISPR to create real meat from Animal Cells, April 18, 2019, https://www.trendhunter.com/trends/crispr (Son Erişim Tarihi: 12.03.2021)

yapılabildiğini iddia etmektedir.[218] Çevre dostu olduğu ve bulaşıcı hastalık ortamını kaldırdığı iddia edilen bu yöntemlerde, hamile olan inek cenininden kan numunesi alınması, sürecin henüz güvenilirliğinin test edilmemiş oluşu, yapay olarak üretilen etlerin uzun vadeli etkileri gibi belirsizlikler çeşitli eleştirileri de beraberinde getirmektedir. Bununla birlikte 10 yıl içinde bu pazarın 100 milyar dolarlık bir büyüklüğe erişeceği, Birleşmiş Milletler Gıda ve Tarım Örgütü tarafından yapılan tahminlerde ise 2030 yılında toplam et üretiminin % 10'unun yapay et yoluyla karşılanacağı belirtilmektedir.[219] Bu süreçte genom düzenleme teknikleri de etkin olarak kullanılacaktır.

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

1970'ler ile birlikte başladığı kabul edilen biyoteknoloji çağında bir DNA tarama ve değiştirme işlevi yöntemi olarak CRISPR sistemi, bilim adamlarına genleri kolay bir şekilde devre dışı bırakmayı veya DNA kodlarıyla oynamak suretiyle onların işlevlerini değiştirmeyi olanaklı kılmaktadır. Bu yönüyle CRISPR sistemi yüzyılın biyoteknoloji keşfi olarak kabul görmektedir. 2012 yılında Jennifer Doudna ve Emmanuelle Charpentier tarafından bulunan CRISPR tekniklerine, Doudna ve Kaliforniya Üniversitesi ancak 2019 yılında patent almayı başarmıştır. CRISPR tekniklerinin patentlenmesine ilişkin tartışmalar, genel olarak bu usullerin patentlenebilir olup olmadığına yönelik olarak oluşmamış, patent sahibinin kim olacağına yönelik olarak oluşmuştur. 1980 yılında dörde karşı beş oyla verilen Chakrabarty kararı sonrası gelişmeler, bu alandaki keşif/doğanın ürünü itirazlarına karşın, biyoteknoloji alanında ortaya konulan buluşların patentlenmesini büyük ölçüde kolaylaştırmıştır. Hem ABD'de hem Avrupa'da biyoteknolojik usullerin ve bu kapsamda CRISPR usullerinin patent konusu olması genel olarak kabul görmektedir. ABD'de 2013 yılında verilen Myriad ve 2014 yılında verilen Alice kararları ile doğada bulunan doğal halinden "esaslı derecede farklı nitelikleri haiz" buluşların patentlenebileceği benimsenmiştir. Buna karşılık Amerika Buluşları Kanunu uyarınca insan organizmasını içeren buluşların patentlenemeyeceği, bu kapsamda germ hattı hücre yapılarında değişiklik yapan CRISPR buluşlarının da patentlenemeyeceği değerlendirilmektedir. Benzer şekilde Avrupa Patent Sözleşmesi kapsamında insan embriyosuna ilişkin buluşların patentlenmesi de genel olarak kamu düzeni ve ahlaka aykırı kabul

---

[218] Cultured Meat Takes Sides on CRISPR, October 1, 2020, https://thespoon.tech/cultured-meat-takes-sides-on-crispr/ (Son Erişim Tarihi: 01.04.2021); Yapay Et Konusunda Çalışmalar Hızlandı, 26 Şubat 2021, https://www.cnnturk.com/ekonomi/yapay-et-konusunda-calismalar-hizlandi-turkiyede-adimlar-atilmaya-basladi (Son Erişim Tarihi: 01.04.2021)

[219] Michael Dent, Plant-based and Cultured Meat 2020-2030, https://www.idtechex.com/en/research-report/plant-based-and-cultured-meat-2020-2030/702 (Son Erişim Tarihi: 17.03.2021)

edildiğinden patentlenememektedir. Bu kapsamda insan embriyosuna ilişkin buluş içeren CRISPR teknikleri de patente hak kazanamayacaktır.

CRISPR teknolojilerinin yenilik, buluş basamağı ve sanayiye uygulanabilirlik açısından ise genel olarak sorun oluşturmadığı görülmektedir.

Bu alanın patentlenmesi hususunun, makro ölçekte sağlık alanında teşhis, tedavi ve cerrahi usullerin patentlenmesine ilişkin sınırlamaların her geçen gün devre dışı bırakılması ve bu sınırlamaların neden ilaç ve aşı sektörüne uygulanmadığına ilişkin tartışmalarla birlikte yapılması gerektiği düşünülmektedir. Tıbbi teşhis, tedavi ve cerrahi usullerine ilişkin buluşlar, insan sağlığı ile ilgili etik ilkeler nedeniyle patentlenebilir alan dışında bırakılmıştır. Oysa ilaçlar, aşılar ve biyoteknolojik usul ve ürünler bu kapsamda ele alınmamaktadır. Sağlık alanında kullanılan madde, terkib ve ilaçların patentlenmesine ilişkin olarak da teşhis, tedavi ve cerrahi usullerin patentlenmesinde duyulan kaygıların geçerli olduğu kabul edilmelidir. Buna rağmen, ticari kaygılarla bu yeni teknolojilerin patentlenmesinin bu açılardan tartışılmadığı görülmektedir. Bilginin paylaşılması, bilgiyi azaltmamaktadır. Bu tür umumun sağlığına ilişkin buluşlar üzerinde tekel hakları tanınmasının, genel olarak yenilik ve fayda açısından beklenen etkileri doğurmadığı düşünülmelidir. Bilhassa ojenik uygulamalara da zemin hazırlayabilecek insan embriyosuna yahut insan organizmasına yönelik CRISPR buluşlarının patentlenmesi konusunda tüm ülkelerce katı bir tutum alınması gerekmektedir.

Patent kanunları ile patentlenebilirlik şartları genel olarak tüm ülkelerde aynı ölçütler benimsenerek kabul edilmiş olsa da, patentlenebilirlik istisnaları her ülke uygulamasında aynı düzenlenmemiş, farklı seviyelerde değerlendirilmiştir. Bazı ülkeler ana amaç olarak bilimin ilerlemesi ve teşvik edilmesini benimserken, bazı ülkeler ise insan onuru ve refahını öne çıkarmaktadır. CRISPR gibi öncül teknolojilere ilişkin başta WHO olmak üzere temel çerçeveyi çizen rehber ilkeler belirlenmesi de faydalı olacaktır. Bu konuda UNESCO Biyoetik Sözleşmesi ile İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi ve Biyoteknoloji ve Tıbbın Uygulanmasına ilişkin İnsan Hakları ve İnsan Onurunun Korunması için Oviedo Sözleşmesi gibi metinlerde benimsenen temel kurallar dikkate alınmalıdır. Bu metinler, kamu refahının birincil öneme sahip olduğunu ve germ hattı düzenleme tekniklerinin yalnızca ciddi risklerden kaçınılabildiğinde uygulanması gerektiğini açıkça ortaya koymaktadır.

26 Temmuz 2019'da, Dünya Sağlık Örgütü bünyesinde İnsan Genomu Düzenlemesinin Yönetişimi ve Gözetimi için Küresel Standartların Geliştirilmesine İlişkin Uzman Danışma Komitesi bir

Bildiri yayımlamıştır.[220] Bildiri'de düzenleyici ve etik kaygılarla, insan germ hattı genom düzenlemesi içeren çalışmalar için klinik uygulama izni verilmemesi tavsiye edilmiştir. Ayrıca insan germ hattı genom düzenlemesinin, daha önce benzeri görülmemiş etik zorluklar oluşturacağı belirtilmiştir. Bununla birlikte WHO tarafından CRISPR teknolojilerinin oluşturabileceği riskler dikkate alındığında bu konuda somut adımlar atıldığını kabul etmek mümkün değildir. Bu konuda oluşabilecek riskler konusunda ülkelerin bir araya gelerek anlaşmalar yapması zorunlu görünmektedir. Ayrıca ülkelerin Covid-19 gibi acil durumlarda, patent korumalarını askıya alma hallerini ayrıntılı olarak düzenleyerek zorunlu lisans ve acil kullanım şartlarını hayata geçirmelerinin faydalı olacağı değerlendirilmektedir.

[220] Statement on governance and oversight of human genome editing, 26 July 2019, https://www.who.int/news/item/26-07-2019-statement-on-governance-and-oversight-of-human-genome-editing (Son Erişim Tarihi: 17.10.2020)

YARARLANILAN KAYNAKLAR

Yazarı Olan Kaynaklar

- Adcock, Mike; Llewellyn, Margaret, TRIPS and the patentability of microorganisms, BioScience Law Review, V. 4, I. 3, 2001.

- Akbudak, M. Aydın; Kontbay, Kübra; Yeni Nesil Genom Düzenleme Teknikleri: ZFN, TALEN, CRISPR'lar ve Bitkilerde Kullanımı, Tarla Bitkileri Merkez Araştırma Enstitüsü Dergisi, 26, 1 (2017 (s. 111-126).

- Amardeep, Sharma, Zaidi, Kisa;Sharma, Shalu; Sharma, Vikas; Designer Nucleases for Genome Editing in Plants: Different Approaches and Applications, International Journal of Pure &Applied Bioscience, 5 (6), 2017, http://www.ijpab.com/form/2017%20Volume%205,%20issue%206/IJPAB-2017-5-6-1389-1402.pdf (Son Erişim Tarihi: 21.03.2021).

- Anderson, Kelly M.; Poosala, Pornthida; Lindley, Sean R.; Anderson, Douglas M.; Targeted Cleavage and Polyadenylation of RNA by CRISPR-Cas13, The Preprint Server for Biology, January 2019, https://www.biorxiv.org/content/10.1101/531111v1.full.pdf (Son Erişim Tarihi: 24.02.2021).

- Attar, Azade, Gen Terapi Yöntemleri: Fiziksel ve Kimyasal Metodlar, Türk Hijyen ve Deneysel Biyoloji Dergisi, 2017, 74 (1) (s. 103-112).

- Baer, Neal, Covid-19 is scarcy. Could a rogue scientist use CRISPR to conjure another pandemic, March 26 ,2020, https://www.statnews.com/2020/03/26/could-rogue-scientist-use-CRISPR-create-pandemic/ (Son Erişim Tarihi: 02.03.2021).

- Bent, Stephen A.; Sachwaab, Richard L.; Conlin, David G.; Jeffrey, Donald D.; Intellectual Property Rights in Biotechnology Worldwide, Stockton Press, 1987., s. 103. (Bent ve Diğerleri).

- Borella, Michael, The Zombie Apocalypse of Patent Eligibility Reform and a Possible Escape Route, February 4, 2020, https://www.patentdocs.org/patent_legislation/ (Son Erişim Tarihi: 17.02.2021).

• Bozkurt Yüksel, Armağan Ebru, Yapay Zekânın Buluşlarının Patentlenmesi, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Y. 6, S. 11, Haziran 2018 (s. 585-622).

• Broughton, James P.; Deng, Xianding; Yu, Guixia; Servellita, Venice ve Diğerleri, CRISPR-Cas12-based detection of SARS-CoV-2, April 2020, Nature Biotechnology, (870-874), https://www.nature.com/articles/s41587-020-0513-4 (Son Erişim Tarihi: 15.03.2021).

• Busby, Helen; Hervey, Tamara; Mohr, Alison, Ethical EU Law? The Influence of the European Group on Ethics in Science and New Technologies, University of Leicester, Law Review, December 2008 (s. 803-842).

• Chauvin, Noah C., Custom-Edited DNA: Legal Limits on the Patentability of CRISPR-Cas9's Therapeutic Applications, William & Mary Law Review, V. 60, I. 1, 2018 (s. 297-333).

• Chow, Ronald, Is it Time for Artificial Intelligence to Invade Personal Privacy, for Pandemic Control, N. 28, 2020, Harvard Public Health Review, https://harvardpublichealthreview.org/artificial-intelligence-pandemic-control/ (Son Erişim Tarihi: 15.03.2021).

• Cohen, Jon, The Latest Round in the CRISPR Patent Battle has an apparent Victor, but the fight continues, September 11, 2020, https://www.sciencemag.org/news/2020/09/latest-round-CRISPR-patent-battle-has-apparent-victor-fight-continues (Son Erişim Tarihi: 24.02.2021).

• Corcoran, Michael; Campbell, Melissa, Clean Meat: Can Lab-Grown, or Cultivated, Meat Reduce the Threat of Future Pandemics, September 24, 2020, https://www.hilldickinson.com/insights/articles/clean-meat-can-lab-grown-or-cultivated-meat-reduce-threat-future-pandemics (Son Erişim Tarihi: 15.03.2021).

• Corum, Jonathan; Zimmer, Carl, How the Pfizer-BionTech Vaccine Works, March 22, 2021, https://www.nytimes.com/interactive/2020/health/pfizer-biontech-covid-19-vaccine.html (Son Erişim Tarihi: 27.03.2021).

• Cumbers, John, A-20 Minute Covid-19 Test Using CRISPR Gene Editing Technology, Coming Soon to Your Doctor's Office, Supermarket and Workplace, July 1, 2020, https://www.forbes.com/sites/johncumbers/2020/07/01/a-new-20-minute-covid-19-test-will-use-CRISPR-gene-editing-technology-to-deliver-results-at-the-doctors-office-supermarket-or-workplace/?sh=60ab74cf7a55 (Son Erişim Tarihi: 01.03.2021).

• Çoban, Harun, Vegetatif Olarak Üretilen Bitkilerde Mutasyon Islahı, Selçuk Üniversitesi, Ziraat Fakültesi Dergisi, 17 (31), 2003 (s. 62-67).

• Dent, Michael, Plant-based and Cultured Meat 2020-2030, https://www.idtechex.com/en/research-report/plant-based-and-cultured-meat-2020-2030/702 (Son Erişim Tarihi: 17.03.2021).

• Depew, David J.; Weber, Bruce W., Evolution at a Crossroads: The New Biology and the New Philosophy of Science, Cambridge, MIT Press, 1985 (s. 21-42).

• Doudna, Jennifer, Genome-Editing Revolution: My Whirlwind year with CRISPR, 22 December 2015, https://www.nature.com/news/genome-editing-revolution-my-whirlwind-year-with-CRISPR-1.19063 (Son Erişim Tarihi: 19.10.2020).

• Erduran, Tuğçe Yıldız, DNA, Organik Bir Yazılım Olarak Tasvir Edilebilir mi? Myriad Kararı ile USPTO Yazılım Patentlerine Bir Bakış, Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2019, Editör: Tekin Memiş, Yetkin, Ankara, 2020 (s. 93-112).

• Ergül, Ali, Bitkilerde Fonksiyonel Genombilim, Bitkilerde Genom Düzenlemesi (CRISPR/ Cas9), s. 5 vd., https://acikders.ankara.edu.tr/course/view.php?id=4589#section-13 (Son Erişim Tarihi: 01.10.2020).

• Gehrke, Lisa M., Is Gene Editing Patentable, Ama Journal of Ethics, December 2019, V. 21, N. 12, 2019 (s. 1049-1055).

• Gün Gök, Zehra; Çağdaş Tunalı, Beste; CRISPR-Cas İmmün Sisteminin Biyolojisi, Mekanizması ve Kullanım Alanları, Kırıkkale Üniversitesi, Mühendislik Fakültesi, Uluslararası Mühendislik Araştırma ve Geliştirme Dergisi, C. 8, S.2, Haziran 2016 (s. 11-23).

• Hasöksüz, Mustafa; Kılıç, Selçuk; Saraç, Fahriye; Coronaviruses and SARS-COV-2, Turkish Journal of Medical Sciences, V. 50, 2020 (s. 549-556).,s. 549., https://journals.tubitak.gov.tr/medical/issues/sag-20-50-si-1/sag-50-si-1-10-2004-127.pdf.

• Hroncich, Caroline, The CRISPR Patent Debate, August 19, 2016, https://www.biopharminternational.com/view/CRISPR-patent-debate (Son Erişim Tarihi: 10.03.2021).

• Ishino, Yoshizumi; Krupovic, Mart; Forterre, Patrick; History of CRISP-Cas from Encounter with a Mysterious Repeated Sequence to Genome Editing Technology, American Society for Microbiology, Journal of Bacteriology, V. 200, I. 7,

April 2018, https://jb.asm.org/content/jb/200/7/e00580-17.full.pdf (Son Erişim Tarihi. 15.03.2021).

• Jiang, Fuguo; Doudna, A. Jennifer; The Structural Biology of CRISPR-Cas Systems, Current Opinion in Structural Biology, February 2015, https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC4417044/ (Son Erişim Tarihi: 30.03.2021).

• Ku, Deborah, The Patentability of the CRISPR-Cas9 Genome Editing Tool, Chicago-Kent Journal of Intellectual Property, V. 16, I. 2, Article 8, 2017 (s. 408-439).

• Kumar, Abhinav, Towards Patentability of Essentially Biological Processes, V. 13, March 2008, Journal of Intellectual Property Rights (s. 129-138).

• Lai, C. Jessica; Myriad Genetics and the BRCA Patents in Europe: The Implications of the US Supreme Court Decision, UC Irvine Law Review, V. 5, 2015, https://scholarship.law.uci.edu/cgi/ (s. 1041-1076)(Son Erişim Tarihi: 30.03.2021)

• Lander, Eric S., The Heroes of CRISPR, Cell Press Journal, 164, January 2016, https://www.cell.com/cell/pdf/S0092-8674(15)01705-5.pdf, (s. 18-28).

• Lofti, Melika; Rezaei, Nima, CRISPR/Cas13: A Potential Therapeutic Option of COVID-19, V. 131, November 2020, BioMedicine & Pharmacotheraphy, https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0753332220309318 (Son Erişim Tarihi: 15.03.2021).

• McCorduck, Pamela, Machines Who Think, A Personal Inquiry into the History and Prospects of Artificial Intelligence, CRC Press, 2019.

• Minsky, Marvin, https://www.britannica.com/biography/Marvin-Lee-Minsky (Son Erişim Tarihi: 29.12.2019).

• Motta, Benedetta M.; Pramstaller, Peter P.; Hicks, Andrew A.; Rossini, Alessandra; The Impact of CRISPR/Cas9 Technology on Cardiac Research: From Disease Modelling to Therapeutic Approaches, Stem Cells International Journal, 2017, https://www.ncbi.nlm. nih.gov/pmc/articles/PMC5757142/ (Son Erişim Tarihi: 15.02.2021).

• Murphy, Kent, The Traditional View of Public Policy and Ordre Public in Private International Law, University of Georgia School of Law Journal of International & Comparative Law, V. 11-3, 1981 (s. 591-615).

• Öztürk, Özgür, Türk Hukukunda Patent Verilebilirlik Şartları, Arıkan Yayıncılık, Haziran 2008, İstanbul.

• Palaz, Fahreddin; Kalkan, Ali Kerem; Tozluyurt, Abdullah; Önsöz, Mehmet; CRISPR-based tools: Alternative Methods for the Diagnosis of Covid-19, V. 89, March 2021, Clinical Biochemistry, (s. 1-13), https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0009912021000011 (Son Erişim Tarihi: 15.03.2021).

• Papasavva, Panayiota; Kleanthous, Marina; Lederer, Carsten W.; Rare Opportunities: CRISPR/Cas-Based Therapy Development for Rare Genetic Diseases, Molecular Diagnosis & Therapy, April 2019, https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC6469594/ (Son Erişim Tarihi: 01.03.2021).

• Razzaq, Ali; Saleem, Fozia; Kanwal, Mehak; Mustafa, Ghulam ve Diğerleri, Modern Trends in Plant Genome Editing: An Inclusive Review of the CRISPR/Cas9 Toolbox, International Journal of Molecular Sciences, August 2019, https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC6720679/ (Son Erişim Tarihi: 24.09.2020).

• Regalado, Antonio, Who Owns the Biggest Biotech Discovery of the Century, December 2014, https://www.technologyreview.com/2014/12/04/170211/who-owns-the-biggest-biotech-discovery-of-the-century/ (Son Erişim Tarihi: 24.01.2021).

• Rinde, Melr, The Death of Jesse Gelsinger, 20 Years Later, June 4, 2019, https://www.sciencehistory.org/distillations/the-death-of-jesse-gelsinger-20-years-later (Son Erişim Tarihi: 24.01.2021).

• Rubeis, Giovanni; Steger, Florian, Risks and Benefits of Human Germline Genome Edting: An Ethical Analysis, Asian Bioethics Review, July 2018, V. 10, I. 2, (s. 133-141), https://link.springer.com/article/10.1007/s41649-018-0056-x (Son Erişim Tarihi: 14.03.2021).

• Saey, Tina Hesman, CRISPR enters its first human clinical trials, August 14, 2019, https://www.sciencenews.org/article/CRISPR-gene-editor-first-human-clinical-trials (Son Erişim Tarihi: 24.01.2020).

• Safari, Fatemeh; Zare, Khadijeh; Negahdaripour, Manica ve Diğerleri, CRISPR Cpf1 Proteins: Structure, Function and Implications for Genome Editing, Cell & Bioscience Journal, 9 May 2019,

https://cellandbioscience.biomedcentral.com/articles/10.1186/s13578-019-0298-7 (Son Erişim Tarihi: 24.02.2021).

• Sarı, Onur; Türk Patent Kurumu Nezdinde Patent Edinme Sürecinin Hukuki Değerlendirmesi, TBB Dergisi, S. 144, 2019 (s. 299-354).

• She, Qunxin; Han, Wenyuan; Archaea and CRISPR Technology, 8 August 2017, https://microbiologysociety.org/publication/past-issues/archaea/article/archaea-and-CRISPR-biology.html (Son Erişim Tarihi: 05.02.2021)

• Shereen, Muhammad Adnan; Khan, Suliman; Kazmi, Abeer; Bashir, Nadia; Siddique, Rabeea; COVID-19 Infection: Origin, Transmission, and Characteristics of Human Coronaviruses, Journal of Advanced Research, March 2020, https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC7113610/ (Son Erişim Tarihi: 22.03.2021).

• Sherkow, Jacob S., Patent Protection for CRISPR: An ELSI Review, Journal of Law and Biosciences, V. 4, I. 3, December 2017, https://academic.oup.com/jlb/article/ 4/3/565/4706243 (Son Erişim Tarihi: 05.01.2021).

• Sherkow, Jacom S., The CRISPR Patent Decision Didn't Get the Science Right. That Doesn't Mean It Was Wrong, September 11, 2018, https://www.statnews.com/2018/09/11/CRISPR-patent-decision-science/ (Son Erişim Tarihi: 24.02.2021).

• Shwartz, Mark, CRISPR is a revolutionary gene-editing tool, but it's not without risk, Winter 2018, https://stanmed.stanford.edu/2018winter/CRISPR-for-gene-editing-is-revolutionary-but-it-comes-with-risks.html (Son Erişim Tarihi: 23.02.2021).

• Simon, Jürgen, Patent Hukuku ve Biyoteknoloji: Yaşamın Patentlenmesi mi?, Çeviri: M. Fadıl Yıldırım; Tekin Memiş, Mayıs 2005, S. 39, http://www.e-akademi.org

• Siva, Nayanah; Myriad wins BRCA1 row, Nature Biotechnology, 27 (8), January 2009.

• Soysal, Tamer, Bitmeyen Hikaye: Bitkilerin Patentlenebilirliği, Fikri Gündem Dergisi, AIPPI Türkiye Bülteni, Nisan 2020, (s. 23-30).

• Soysal, Tamer, Endüstri 4.0 ve İnsan Hakları: Yeni Ortaya Çıkan Teknolojilerin İnsan Hakları Üzerindeki Dönüştürücü Etkileri, Ankara Barosu XI. Uluslararası Hukuk Kurultayı, 9-12 Ocak 2020, Bildirgeler Kitabı, (s. 245-325),

http://www.ankarabarosu.org.tr/Siteler/2012yayin/2011sonrasikitap/2020-hukuk-kurultayi-1-cilt.pdf, s. 276 vd.(Soysal, Endüstri 4.0).

• Soysal, Tamer, Tarımda Biyoteknoloji Uygulamaları ve Patent Hakları (Agricultural Biotech Patent Law), Adalet Yayınları, Mayıs 2019, s. 135. (Soysal, Agricultural Biotech Patent Law).

• Strandburg, J. Katherine; Legal But Unacceptable: Pallin v. Singer and Physician Patenting Norms, Law & Economics Research Paper Series Working Paper. 14-42, 2014, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2538557 (Son Erişim Tarihi: 30.03.2021)

• Suluk, Cahit; Karasu, Rauf; Nal, Temel; Fikri Mülkiyet Hukuku, Güncellenmiş 4. Baskı, Ankara, 2020.

• Surden, Harry, Machine Learning and Law, Washington Law Review, 87, 2014, https://scholar.law.colorado.edu/articles/81/ (Son Erişim Tarihi: 01.03.2021).

• Tekinalp, Ünal; Fikri Mülkiyet Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012.

• Uddin, Fathema; Rudin, Charles M.; Sen, Triparna, CRISPR Gene Theraphy: Applications, Limitations, and Implications for the Future, Frontiers in Oncology, August 2020, V. 10, Article 1387, https://www.frontiersin.org/articles/10.3389/fonc.2020.01387/full (Son Erişim Tarihi: 15.03.2021).

• Ürek, Duygu; Karaman, Sevilay, Önemli Bir Halk Sağlığı Sorunu Olarak Nadir Hastalıklar ve Yetim İlaçlar, Hacettepe Sağlık İdaresi Dergisi, 22 (4), 2019 (s. 863-878).

• V'Kovski, Philip; Kratzel, Annika; Steiner, Silvio; Stalder, Hanspeter; Thiel, Volker; Coronavirus Biology and Replication: Implications for SARS-CoV2, Nature Reviews Microbiology, V. 19, 2021, (s. 155-170), http://www.nature.com.

• Wachowicz, Jessica, The Patentability of Gene Editing Technologies such as CRISPR & the Harmonization of Laws Relating to Germline Editing, Intellectual Property Brief, V. 10, I. 1, 2019 (s. 34-45).

• Warren-Jones, Amanda, Finding a 'Common Morality Codex' for Biotech - A Question of Substance, International Review of Industrial Property and Copyright Law, 6-39, 2008 (s. 638-661).

• Yeager, Ashley, Machine Learning Algorithms Predict the Repairs Made to DNA after Cas9 Cuts, May 1, 2019, https://www.the-scientist.com/the-literature/could-ai-make-gene-editing-more-accurate-65781 (Son Erişim Tarihi: 25.02.2021).

• Yusufoğlu, Fülurya, Patent Verilebilirlik Şartları, Vedat Kitapçılık, Ocak 2014.

Yazarı Olmayan İnternet Kaynakları

• A Brief Guide to Current CRISPR Landscape, https://www.the-scientist.com/news-opinion/a-brief-guide-to-the-current-CRISPR-landscape--66128 (Son Erişim Tarihi: 21.01.2021).

• AccessNow, Human Rights in the Age of Artificial Intelligence, November 2018, https://www.accessnow.org/cms/assets/uploads/2018/11/AI-and-Human-Rights.pdf (Human Rights in the Age of AI, 2018).

• Algorithms and Human Rights, Study on the Human Rights Dimensions of Automated Data Processing Techniques and Possible Regulatory Implications, Council of Europe Study, Prepared by Committee of Experts on Internet Intermediaries (MSI-NET), 2017, https://edoc.coe.int/en/internet/7589-algorithms-and-human-rights-study-on-the-human-rights-dimensions-of-automated-data-processing-techniques-and-possible-regulatory-implications.html, s. 41 vd. (Algorithms and Human Rights).

• Artificial Intellegence, https://www.sciencedaily.com/terms/artificial_intelligence.htm (Son Erişim Tarihi: 29.12.2019).

• Case Law of Boards of Appeal, 9th Edition, July 2019, https://www.epo.org/law-practice/case-law-appeals/case-law.html (Son Erişim Tarihi: 15.03.2021).

• Centers for Disease Control and Prevention, Human Coronavirus Types, https://www.cdc.gov/coronavirus/types.html (Son Erişim Tarihi: 21.03.2021).

• Covid 19 Public Health Emergency of International Concern (PHEIC), 11-12 February 2020, https://www.who.int/publications/m/item/covid-19-public-health-emergency-of-international-concern-(pheic)-global-research-and-innovation-forum.(Son Erişim Tarihi: 21.03.2021).

• EPO, Patenting Trends in 2020, https://www.epo.org/about-us/annual-reports-statistics/statistics/2020/patenting-trends.html (Son Erişim Tarihi: 15.03.2021).

• Genetic Scissors: A Tool for Rewriting the Code of Life, https://www.nobelprize.org/prizes/chemistry/2020/press-release/ (Son Erişim Tarihi: 25.01.2021)

• Genetically Modified Crops, http://www.fao.org/docrep/015/i2490e/i2490e04d.pdf (Son Erişim Tarihi: 25.02.2021).

• Guidelines for Examination in the European Patent Office, March 2021, https://www.epo.org/law-practice/legal-texts/html/guidelines/e/index.htm (EPO Guidelines, 2021).

• Manual of Patent Examining Procedure (MPEP), Ninth Edition, Last Revised, June 2020, . https://www.uspto.gov/web/offices/pac/mpep/index.html (Son Erişim Tarihi: 15.03.2021).

• MERS için bkz. Centers for Disease Control and Prevention,, Middle East Respiratory Syndrome (MERS), https://www.cdc.gov/coronavirus/mers/about/index.html (Son Erişim Tarihi: 21.03.2021).

• National Human Genome Research Institute, Genetics vs. Genomics Fact Sheet, https://www.genome.gov/about-genomics/fact-sheets/Genetics-vs-Genomics (Son Erişim Tarihi: 25.02.2021).

• Novel Coronavirus-China, https://www.who.int/csr/don/12-january-2020-novel-coronavirus-china/en/ (Son Erişim Tarihi: 21.03.2021).

• SARS için bkz. Centers for Disease Control and Prevention, SARS Basics Fact Sheet, https://www.cdc.gov/sars/about/fs-sars.html (Son Erişim Tarihi: 21.03.2021).

• The European Patent Convention, Implementing Regulations to the Convention on the Grant of European Patents, https://www.epo.org/law-practice/legal-texts/html/epc/2020/e/ma2.html (Son Erişim Tarihi: 30.03.2021)

• United States Patent and Trademark Office-USPTO, https://www.uspto.gov/.

YAPAY ZEKÂNIN KAMU HIZMETININ SUNUMUNA ETKILERI

Effects of Artificial Intelligence on Public Service Delivery

Dr. Öğr. Üyesi Ayşe Almıla TANRIVERDİ*

Özet: Teknoloji her zaman değişen ve gelişen bir alandır. Son yıllarda gelişen teknoloji, "yapay zekâ" kavramıyla tanışmamızı sağlamıştır. Elbette ki teknolojik gelişmelere uyum sağlamaya çalışanlardan biri de idaredir. Teknolojik gelişmeleri takip etmeye çalışan hukuk ve idare, şimdi de yapay zekâya uyum sağlama çabası içerisine girmiştir. Bu hem bir zorunluluk hem de bir gereklilik olarak kendini göstermektedir. Yapay zekânın idareye en büyük etkisi kamu hizmetinin sunumunda kendini göstermektedir. Kamu hizmetinin sunumunda yapay zekâ uygulamaları kullanılmaktadır. Kamu hizmetinde yapay zekânın kullanılması hizmetin daha hızlı, daha verimli, daha az masrafla sunulmasını sağlamaktadır. Bu nedenlerden ötürü hizmet alan konumundaki vatandaş tarafından da hizmetlerin sunumda yapay zekânın kullanılması talep edilmektedir. Esasen bir süredir idarede dijital dönüşüm yaşanmaktadır. Belki de en köklü değişim e-devlet uygulamasının kullanılmaya başlanması ve giderek gelişmesiyle yaşanmıştır. En sık kullanılan uygulamalardan biri de BİMER-CİMER şikâyet başvurusudur. Bunun dışında, internet siteleri üzerinden ödenen vergiler, şehir içi ulaşım kartlarının doldurulması gibi uygulamalar da

Abstract: Technology is an ever-changing and developing field. The technology that has developed in recent years has enabled us to meet the concept of "artificial intelligence". Of course, one of those trying to adapt to technological developments is the administration. Law and administration, trying to follow technological developments, are now in an effort to adapt to artificial intelligence. This manifests itself as both a must and a necessity. The greatest impact of artificial intelligence on the administration is in the provision of public service. Artificial intelligence applications are used in the provision of public service. The use of artificial intelligence in the public service enables the service to be delivered faster, more efficiently and with less cost. For these reasons, the use of artificial intelligence in the provision of services is also demanded by the citizen who receives service. In fact, digital transformation has been going on in the administration for a while. Perhaps the most radical change has been experienced with the use of e-government application and its gradual development. One of the most frequently used applications is the BİMER-CİMER complaint application. Apart from this, applications such as taxes paid through websites and filling in city transportation

* Gaziantep Üniversitesi, almilaayse@gmail.com, ORCİD: 0000-0002-5215-1527
Makale Geliş Tarihi: 05.03.2021, Makale Kabul Tarihi: 04.05.2021

belediyeler tarafından sıklıkla kullanılmaktadır. Bir süredir içinden geçmekte olduğumuz Covid 19 salgın süreci de kamu hizmetinin sunumunun değişmesini zorunlu kılmaktadır. Bu çalışmada, yapay zekânın kamu hizmetinin sunumuna etkileri incelenmektedir. Bu etkiler, kamu hizmetinin özellikleri ve kamu hizmetinin tarafları açısından ele alınmaktadır.
Anahtar Kelimeler: Kamu Hizmeti, Yapay Zekâ, E-Devlet, Dijital Dönüşüm, Dijital Devlet.

cards are frequently used by municipalities. The Covid 19 epidemic process that we have been going through for a while also makes it necessary to change the provision of public service. The Covid 19 epidemic process, which has affected the world for a while, has also made it necessary to change the provision of public service. In this study, the effects of artificial intelligence on the provision of public service are examined. These effects are discussed in terms of the characteristics of the public service and the parties of the public service.
Keywords: Public Service, Artificial Intelligence, E-Goverment, Digital Transformation, Digital State

Giriş

İngiltere'de 18'nci yüzyılın ortalarında başlayan Sanayi Devrimi Endüstri 1.0 olarak anılırken telefonun icadı ile birlikte yaşanan gelişmeler 2'nci Sanayi Devrimi Endüstri 2.0'nın gelişini hızlandırmış, bilgisayar teknolojilerindeki gelişmeler 3. Sanayi devriminin temelini atmış ve 2000'lerden bu yana yaşanan dijital dönüşümde 4. Sanayi devrimi Endüstri 4.0 olarak anılan bu günleri doğurmuştur. [1]

Bugün kullandığımız pek çok teknolojinin içinde var olan yapay zekânın[2] insanlık adına ve şahıs özeline büyük faydası olacağı düşünülmekle[3] birlikte herkesi tedirgin eden yapay zekânın etik dışı davranması ihtimalidir. Bu ihtimalin önüne geçmek için Avrupa Birliği de İşbirliği Deklarasyonu (bildirgesi) oluşturmuş ardından Etik Şart yayımlamıştır.[4] Bilimsel yönteme ve etik kurallara sıkı sıkıya bağlı kalmak teknolojik gelişmeler yaşanırken araştırma ve yeni bilgi üretme ve çözümleme süreçlerinde güvenilirlik ve geçerlilik için şart olarak görülmektedir. [5]

Etik ilkelere uygunluk ile ilgili tartışmalar devam ederken bir diğer tartışma konusu da web tabanlı ya da yapay zekâ kullanılarak verilen kamu hizmetinde doğabilecek sorumluluğun idarenin mi, kamu görevlisinin mi yoksa yapay zekâ teknolojisini sağlayanların mı olduğuna ilişkindir. İster kamu görevlisi ister idare isterse de diğer tüm "oyuncular" yürüttükleri işlerin hızlı ve hatasız gerçekleştirilmesine önem vermek durumundadırlar.[6]

Teknolojinin gelişmesi ve yapay zekânın hayatımıza girmesi sadece birey olarak bizleri değil aynı zamanda idareyi de oldukça etkilemiştir. İdare en çok da kamu hizmetinin sunumunda yapay zekâdan etkilenmektedir. Artık idarede kamu hizmetinin sunumunda web tabanlı bir yapılanmaya geçiş yaşanmaktadır.[7] Elbette ki yapay

---

1 Gül, Hüseyin, "Dijitalleşmenin Kamu Yönetimi ve Politikaları ile Bu Alanlardaki Araştırmalara Etkileri", Yasama Dergisi, S. 36, 2017, s.7. (https://dergipark.org.tr/tr/pub/yasamadergisi/issue/54463/741327, "Çevrimiçi", "e.t. 15.02.2021)

2 Yılmaz, Gizem, "Yapay Zekânın Yargı Sistemlerinde Kullanılmasına İlişkin Avrupa Etik Şartı", Marmara Üniversitesi Avrupa Topluluğu Enstitüsü Avrupa Araştırmaları Dergisi, S.28 /1, 2020, s. 27.

3 Pirim, Harun, "Yapay Zekâ", Journal of Yaşar University, S.1/1, 2006, s. 92.

4 Detaylı bilgi için bkz. Yılmaz, 2020, s. 30 vd..

5 Gül, 2017, s. 24.

6 Akyüz, Ahmet Mutlu, "Dünyada E-Yönetişim Ve En İyi Uygulama Örnekleri", *E-Yönetişim,* ed. Bekir Parlak/Kadir Caner Doğan, ss.97-114, Beta Yayınevi, 2019, s. 100.

7 Kaya, Ali/ Mursül, Damla, "Dijital Türkiye Projesi Kapsamında Kamu Hizmetlerinin Dönüşümü", Yüzüncü Yıl Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, KAYFOR14 Özel Sayı, S. 4, 2017, s. 209.

zekâya uyum gösterilmesi, yapay zekânın kullanılmasına yönelik bir bilinç oluşturmak gibi konular da hizmetten yararlananlar açısından önemlidir. Bu süreçte yaşanan gelişmeleri takip edebilmek, uyum sağlamak hatta parçası olmak son derece önemlidir. Yapay zekâya ve bilgi teknolojisine ilişkin yaşanacak 5-10 yıllık gecikmenin sanayi çağındaki 50-100 yıllık bir gecikmeye denk geleceği düşünülmektedir. [8]

Gelişmekte olan bir konuya ilişkin pek çok tartışmanın yürütülmesi elbette ki hem kaçınılmaz hem de beklenen bir durumdur. Ancak tüm bu tartışmalar sürerken gelişmeler de durmaksızın devam etmektedir. Tartışmaların yaşanması yapay zekâ alanında ya da teknolojik alanda yaşanacak gelişmeleri durdurmayacağı gibi bu gelişmelere yetişemeyenlerin çok geç kalmasına belki de "telafisi güç ve imkânsız" sonuçlar doğurmasına yol açacaktır. Devletler de bu gerçekliğin farkında olarak rekabet içerisine girmişlerdir. Ülkemiz de bir süredir hem teşkilatlanma hem hizmetin sunumu hem de diğer pek çok alanda gelişmeleri yakalamak için çaba içerisindedir.

Bu çalışma kapsamında ülkemizde kamu hizmeti sunumunun yapay zekâ teknolojisinden nasıl etkilendiği incelenmektedir. Bu bağlamda öncelikle yapay zekâ ve kamu hizmeti ilişkisi ele alınmaktadır. Kamu hizmetinin yapay zekâ ile sunulmasında kamu hizmeti sunan idareye etkileri; kamu hizmeti anlayışı, kamu görevlilerine etkileri, idari teşkilata etkileri başlıkları altında incelenmektedir. Ayrıca kamu hizmetinden yararlananlara ve kamu hizmetinin özelliklerine etkileri konuları bağlamında da ele alınmaktadır.

1.Yapay Zekâ ve Kamu Hizmeti İlişkisi

"Tarihte üç büyük olay vardır. Bunlardan ilki kâinatın oluşumudur. İkincisi yaşamın başlangıcının olmasıdır. Üçüncüsü de yapay zekânın ortaya çıkışıdır." ifadeleri özellikle bu alanda çalışanların yapay zekâya biçtikleri değeri açıkça ortaya koymaktadır.[9] Aynı zamanda toplumu yeniden şekillendirme potansiyeline sahip büyük bir güç olarak görmektedir.[10] Bu denli büyük bir potansiyele sahip olduğu düşünülen yapay zekâ aslında akıllı makineler üretme bilimi ve mühendisliğidir.[11]

Yapay zekânın doğrulama (verification), geçerlilik (validity), güvenlik (security) ve denetim (control) olarak dört unsura sahip olduğu

---

8 Gül, 2017, s. 23.

9 Pirim, 2006, s. 82.

10 Yapay Zekâ: Kullanım Alanları, Güvenlik, Etik ve Patentler, Çev: Elif Akçay, (https://www.sophosakademi.org/yapay-zeka-kullanim-alanlari-guvenlik-etik-ve-patentler/, Çevrimiçi, e.t. 18.02.2021)

11 Yapay Zekâ, Çev: Akçay, 2019, s. 1.

sistematik yaklaşıma göre kabul edilmektedir. [12] Aslında yapay zekâyla yapılan bir simülasyondur; öğrenme (bilginin edinilmesi ve bilginin kullanımı için kurallar), muhakeme (yaklaşık veya kesin sonuçlara ulaşmak için kuralların kullanılması) ve kendi kendini düzeltmenin yer aldığı insan zekâsı süreçlerinin makinelerle, özellikle bilgisayar sistemleriyle yapılan bir simülasyonudur. [13]

Yapay zekâ ile suç önlemede kişilerin suç işleme eğilimleri, sigortacılıkta sigortalanan kişilerin yaşama ya da ölme olasılıkları, bankacılıkta kredi alan müşterilerin geri ödeme olasılıkları, sosyal yardımlarda işsiz kalma ve yardıma muhtaç duruma düşme durumları, doğum kontrol hapı üreticiliğinde kadınların hamile kalma olasılıkları, seçim kampanyalarında vatandaşların oy verme yönelimlerini belirlemenin mümkün olabilmesi yapay zekâyı bir güce dönüştürmekte ve kimileri için bu güç ürkütücü olabilmektedir.[14] Teknolojik gelişmelerin karanlık tarafı olarak ifade edilen kitlesel işsizlik tehdidi, sosyal medya üzerinden yürütülebilecek siyasi manipülasyonlar, sahte haber ve nefret söylemlerinin yayılma hızı, siber saldırılar da teknolojinin gelişmesinin sonucunda yüz yüze kaldığımız sorunlar olmuştur.[15]

Yapay zekânın büyük bir güç olduğu kabul edilmekle birlikte bu gücün kullanımına yönelik olarak ciddi tartışmalar yürütülmektedir. Yapay zekâyı her anlamda destekleyenler olmakla birlikte tamamen karşısında duranlar da vardır. Yapay zekâ yanlıları ve karşıtları olarak da nitelendirilen gruplar[16] konuyu yapay zekânın temel olarak insana dair ortaya çıkaracağı sonuçlar üzerinden tartışmaktadırlar. Bu sonuçların olumsuz olacağını düşünenler yapay zekânın karşısında yer alırken insanoğluna yardımcı pozisyonda yer alacağını düşünenler de yapay zekânın yanında yer almaktadır.[17] Yapay zekânın karşısında olanlar, makinaların insandan farklı olduğu, sevgi duyamayacakları, sağduyulu biçimde doğru ve yanlışı ayırt edemeyecekleri görüşüyle yapay zekânın karşısında durmaktadırlar.[18] Aslında bu tartışmalar dünyayı etkileyecek çaptaki her icat için yapılagelmiştir. Tartışmalar, bazı ilke kararlarının

---

[12] Tamer, Halil Yasin/Övgün, Barış, "Yapay Zekâ Bağlamında Dijital Dönüşüm Ofisi", Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, S.75/2, 2020, s. 783.

[13] Yapay Zekâ, Çev: Akçay, 2019, s. 2.

[14] Gül, 2017, s. 20.

[15] *"Yerel Yönetimler için Dijital Yönetişim Fırsatları" Raporu*, İnsani Geliştirme Vakfı (İNGEV), İstanbul, 2020, s.7. (https://ingev.org/bulten/belediyeler-icin-dijital-yonetisim-firsatlari/, Çevrimiçi, e.t. 08.02.2021)

[16] Yılmaz, 2020, s. 29.

[17] Tartışmalar için bkz. Yılmaz, 2020, 29.

[18] Pirim, 2006, s. 86.

alınıp devletlerin bu ilkelere sadık kalmaları ile sona erebilecektir[19]. Bu noktada hem devletlerin kendi özelinde hem de dünya genelinde yapay zekâ politikasının oluşturulması gerekli görülmektedir.[20]

Yapay zekâya yönelik bir politikanın geliştirilmesi yapay zekâyı kullananlar özellikle gençler ve çocuklar açısından da önemlidir. Çocuklara ve gençlere yönelik bilgilendirme ve eğitim çalışmalarının yine yapay zekâ kullanılarak mobil uygulamalar, dijital oyunlar, sosyal medya platformları kullanılarak yapılması ve online eğitimlerin verilmesi çocukların ve gençlerin korunması açısından önemlidir.[21]

Yapay zekânın tehlikeleri yanında sunduğu imkânlar da dikkate değerdir. Hem hizmet sunan idare hem de hizmet alanlar açısından oldukça önemli faydalar sağlamaktadır. Yapay zekânın kullanımının yaygınlaşması, başta hizmet alan ve hizmet sunan arasındaki etkileşimi artırmış, idare ile vatandaş arasındaki iletişim internet, mobil cihazlar ve sosyal medya ile gelişmiş hatta idarenin kamuyu bilgilendirme aracı olarak internet ortamı kullanılmaya başlanmış ve bazı kamu hizmetleri internetten ya da internet üzerinden oluşturulabilecek uygulamalarla sunulmaya başlanmıştır. [22]

Esasen e-devlet uygulaması ile kamuda dijital dönüşüm başlamıştır[23]. Dijital devlet ise e devletin bir sonraki aşaması olarak görülmekte ve dijital devlete geçişin kamu hizmetinin sunumunda yalnızca internetin değil aynı zamanda yapay zekânın da kullanılmaya başlanmasıyla sağlanacağı düşünülmektedir.[24] Başlangıçta teknolojik imkânlar yalnızca vatandaşa bilgi aktarımı yapmak için kullanılırken artık kamu hizmeti sunmak için de kullanılır hâle gelmiştir.[25] Adli sicil kaydı, mezuniyet belgesi, nüfus cüzdanı örneği alma, vergi ödeme gibi birçok hizmet, artık internet üzerinden sunulabilir hizmetler hâline gelmiştir.[26] Yapay zekâ ile sunulan hizmetler yalnızca bilgisayarlardan

---

19 Yapay zekânın askeriyede özellikle savaş sırasında kullanılmasına yönelik etik ilkele üzerindeki çalışmalar hk. bkz. Akçay, Elif; "Pentagon, Yapay Zekâ'yı Savaşlarda Kullanmak İçin Yeni Etik İlkeler Üzerinde Çalışıyor", (https://www.sophosakademi.org/pentagon-yapay-zekayi-savaslarda-kullanmak-icin-yeni-etik-ilkeler-uzerinde-calisiyor/, e.t. 04.05.2021)

20 Konu ile ilgi bkz. Tamer/ Halil, 2020, s. 777, Turan, Tülay/Kemaloğlu, Nazan/Küçüksille, Ecir, "Hukuk'ta Yapay Zekâ: Çalışmalar ve Gelecek Öngörüleri", Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü Dergisi, S. 11 / 2, 2020, s. 254.

21 "Yerel Yönetimler için Dijital Yönetişim Fırsatları" Raporu, 2020, s. 20.

22 Göçoğlu, Volkan, "Kamu Hizmetlerinin Sunumunda Dijital Dönüşüm: Nesnelerin İnterneti Üzerine Bir İnceleme", MANAS Sosyal Araştırmalar Dergisi, S. 9/1, 2020, s. 619.

23 Detaylı bilgi için bkz. Oğurlu, Yücel, İdare Hukukunda "E-Devlet" Dönüşümü ve Dijitalleşen Kamu Hizmeti, 12 Levha Yayınları, 2010, s.

24 Tamer/ Halil, 2020, s. 798.

25 Akyüz, 2019, s. 99.

26 Göçoğlu, 2020, s. 619.

değil, akıllı telefon hatta akıllı saatler üzerinden dahi kullanılabilir. Yapay zekâ; oy kullanabilmek, şirket kurabilmek, kurumlara dilekçe yazabilmek, başvuruda bulunabilmek, kayıt yapabilmek, kamu kurumundan bilgi alabilmek gibi pek çok işlemi zamana ya da mekâna ilişkin herhangi bir sınırlama olmaksızın kolaylıkla ve masrafsızca hızlı bir biçimde yapılabilmesine imkân vermektedir.[27] Bir süredir tüm dünyayı etkisi altına alan Covid 19 salgını da kamu hizmeti de dâhil pek çok alanda yapay zekânın kullanılmasına duyulan ihtiyacı göstermiştir. Dijital yönetim için atılacak adımların aciliyetini gösteren veriler salgında kendini göstermiştir.[28]

2.Kamu Hizmetinin Yapay Zekâ İle Sunumunun Etkileri

Kamu hizmetinin yapay zekâ ile sunumu pek çok açıdan etkiler doğurmaktadır. Kamu hizmetinin sunuluş biçimi etkilenmekte ve kamu hizmetinin tarafı olan hizmet alan ve hizmet sunanlar bakımından da sonuçlar doğurmaktadır. Aynı zamanda tüm dünyayı da etkileyen dijital dönüşüm neticesinde idari teşkilatta da bir takım değişiklikler yapılmıştır. Klasik anlamda kamu hizmetinin özelliklerinde de yapay zekânın etkileri görülmektedir.

Kamu Hizmetinin Sunumuna Etkileri

Dijital Türkiye projesi kapsamında yapılan çalışmalarda, katma değeri yüksek hizmetlerin dijitalleştirildiği, belge sayılarının azaltıldığı, zaman ve paradan tasarruf sağlandığı, bürokrasinin azaltıldığı kaydedilmiştir.[29] Gerçekten de yapay zekânın kullanımı ile kamu hizmeti daha hızlı sunulacak olup idari uygulamada en çok şikâyet konusu olan kırtasiyecilik ve bürokrasi kamu hizmetinin yapay zekâ ile sunumunda azalacaktır. Bu azalmayla birlikte maliyetler hem hizmet sunan hem de hizmet alan açısından düşecektir. Yapay zekâ kamu hizmetinin sunumuna hız katacaktır. Vatandaş; çok kısa süre içerisinde, pek çok zaman evinden dahi çıkmadan, vakit kaybetmeksizin idareye başvurularını yapabilecek ve başvuru sonuçlarını öğrenebilecektir. Vatandaş ve devlet arasındaki bilgi akışı çok daha hızlı ve fonksiyonel şekilde gerçekleşecektir.[30] Zamanın verimli kullanılmasıyla[31] iş gücünden tasarruf edilmesi de sağlanacaktır. [32] En kolay, en hızlı,

---

[27] Akyüz, 2019, s. 98.

[28] "Yerel Yönetimler için Dijital Yönetişim Fırsatları" Raporu, 2020, s. 15.

[29] https://cbddo.gov.tr/, Çevrimiçi, e.t. 01.02.2021.

[30] Kaya, 2017, s. 209.

[31] Kaya, 2017, s. 211.

[32] Yılmaz, 2020, s. 28.

kesintisiz ve güvenli şekilde kamu hizmetlerinin sunumunun gerçekleşebilmesini sağlayacak dijital ortamlar hazırlanmalıdır.[33]

Dijital teknolojilerin belki de en belirgin etkisi kamu hizmetlerinin sunumunda maliyetlerin düşüşüdür. Kimi zaman kamu hizmetinin sunumunda ücretsiz veya düşük bütçeli sosyal medya, youtube yayını ve mobil uygulamalar kullanılmaktadır. [34] Bu çözümler maliyeti oldukça düşürmektedir. Kamu hizmetinin sunum maliyetinden tasarruf edilip[35] teknolojinin kullanımı ile maliyet düşürülüp hizmete ulaşmadaki hız, hizmete erişim ve hizmetteki kalitede artışı sağlamaktadır.[36] Yalnızca hizmet kalitesini artırmak, zaman kaybını ve kırtasiyeciliği önleyerek verimliliği artırma amacıyla değil aynı zamanda çağın gereklerine ayak uydurmak için de yapay zekâ kullanılmalıdır.[37] Hizmet alanların çağı yakalaması ve kamu hizmetlerini dijital ortamlarda almak istemesi de idarenin hizmetlerini dijital ortama taşımasında etken olmuştur. Diğer taraftan sonsuz veri kaynaklarının hızlı ve kolay biçimde detaylı olarak çözümlenip idareye sunulması hizmet alanların taleplerinin neredeyse anlık takip edilebilmesine, bu taleplere uyumlu olarak kararlar verilebilmesine, hizmet kalitesinde artışa, yönetime katılmaya imkân vermektedir.[38]

Özellikle yerel yönetimler, kamu hizmetlerinin sunumuna hizmet alanların da katılımını sağlayarak daha demokratik yönetilmiş olacaktır. Aynı zamanda hesap verebilirlik, şeffaf yönetim açısından da pek çok kazanım elde edilebilmesi için yapay zekâ kullanılabilecektir. Kamu hizmetlerinin dijital ortamlarda yapay zekâ kullanılarak sunumu pek çok açıdan olumlu sonuçlar doğurmaktadır.

Esasen idare de yapay zekâ uygulamalarıyla birlikte gelen dijital dönüşümün etkilerinin farkında ve bunları desteklemektedir. Sağlık Bakanlığı dijital hastanenin faydalarını şöyle sıralamaktadır: Dijital hastanelerde hekim ve hemşireler hastalara ait bilgilere zaman ve mekân kısıtlaması olmadan ulaşabileceğinden kişilerin hastanede bekleme ve yatış süreleri azalmakta, hastaya ayrılan vakit artmaktadır. Kişilerin mekanik çalışmasına olan ihtiyaç azalmakta böylece tıbbi hatalar en aza inmektedir. Kâğıt ve röntgen filmi kullanımında azalma olacağından bu malzemelerin maliyetleri asgari seviyeye düşmektedir. Elektronik sağlık kayıtlarının güvenilir bir şekilde saklanması ve rapor edilmesi ile

---

33 Kaya, 2017, s. 211.

34 "Yerel Yönetimler için Dijital Yönetişim Fırsatları" Raporu, 2020, s. 13.

35 Göçoğlu, 2020, s. 623.

36 Gül, 2017, s. 21.

37 Avaner, Tekin/Recep Fedai, "Türk Kamu Yönetiminde Ofis Sistemi: E-Devlet Uygulamalarından Dijital Dönüşüm Ofisine", Amme İdaresi Dergisi, S. 52/2, 2019, s. 167.

38 Gül, 2017, s. 21.

hastaların tedavi süreçleri bir bütün olarak takip edilmekte böylece teşhis ve hasta işlemleri hızlanmaktadır.[39]

Kamu Hizmetinin Taraflarına Etkileri

Kamu hizmetinin yapay zekâ ile sunulması başta idarenin kamu hizmeti anlayışında olmak üzere pek çok alanda sonuç doğurmaktadır. Kamu hizmetinin taraflarını oluşturan kamu hizmeti sunan idare ve kamu hizmeti alanlar arasındaki ilişki yeni hizmet sunumundan etkilenmektedir. Bunda her iki tarafın da katkısı vardır. İdare yapay zekâ ile hizmet sunduğunda hizmet alanlar, hizmet alanlar yapay zekâ ile hizmet sunulmasını talep ettiğinde ise idare etkilenmektedir. Karşılıklı birbirini dönüştüren bir süreç yaşanmaktadır.

Kamu Hizmetini Sunan İdareye Etkileri

Kamu hizmetinin yapay zekâ ile sunumu başta kamu hizmetinin geleneksel sunumundaki bakış açısı olmak üzere idareyi pek çok açıdan etkilemektedir. Yapay zekânın insanın yerini alacağına ilişkin tartışmalar yaşanır ve korkular varken hizmeti sunan kamu görevlisinin bundan etkilenmemesi beklenemez. Diğer taraftan özellikle dünyadaki gelişmelerden geri kalmamak, bu gelişmeleri yakalamak hatta gelişmelerin öncüsü olmak için yapay zekâya yönelik bir teşkilatlanmanın da gerçekleşmesi kaçınılmazdır.[40]

Kamu Hizmeti Anlayışına Etkileri

Yapay zekânın gelişmesiyle birlikte kamu hizmetinin klasik algılanma şeklinde de büyük değişimler yaşanmaktadır.[41] Bu süreçte idareden beklenen hizmetin kalitesini düşüren, maliyet doğuran uygulamalardan vazgeçmesi, hizmetin daha verimli yürütülebileceği yollar bulmasıdır. Bu değişim yapay zekâ ile yapılabilir görünmektedir. Esasen kamu hizmetinin tanımı da yapay zekâ ile sunulması beklenen kamu hizmeti anlayışına oldukça uygundur. Klasik kamu hizmeti sunumu zaman zaman kamu hizmetinin tanımından beklenenleri gerçekleştirememektedir.

Kamu hizmetinin tanımı, istisna olmaksızın herkese, sürekli ve düzenli olarak, makul bir kalitede ve fiyatta sunulmak zorunda olunan ve çağdaş bir insan için vazgeçilmesi mümkün olmayan minimum ortak

---

39 https://dijitalhastane.saglik.gov.tr/, Çevrimiçi, e.t. 02.02.2021.

40 Elbette ki başka pek çok açıdan da idare yapay zekâya ilişkin gelişmelerden etkilenecektir. Ancak tüm bunlar bu çalışmanın değil belki de bir tez çalışmasının konusunu oluşturmaktadır.

41 Yılmaz, Dilşat, "Türk Hukukunda Kamu Hizmeti Kavramı ve Kriterleri", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S.12/1, 2008, s. 1232.

ihtiyaçlar, evrensel hizmete konu temel hizmetler olarak yapıldığında[42] tanımda geçen standartların yapay zekâ ile sağlanmasının ne denli mümkün olduğu görülmektedir. Kamu hizmetinin sunumundaki değişim tek başına teknolojinin kullanımına yönelik imkânların sağlanması ile ilgili olmayıp aynı zamanda idarenin kurum kültüründe de değişimlere gidilmesi gerekliliği ile de ilgilidir.[43] İdarenin dijital araçlarla yönetilmesinin başka bir ifade ile yapay zekâ uygulaması ile kamu hizmeti sunmasının önündeki kültürel engeller; idarenin gizlilik kültürü, kırtasiyecilikten hizmet gecikmelerinden ve şeffaflığın yokluğundan beslenen yozlaşma, idarede çok katı bir biçimde gözlenen kıdemlilik kültürü ve yaratıcılığın yokluğu olarak dört nedene bağlanmaktadır.[44]

Konuya Avrupa Birliği perspektifinden bakıldığında üye ülkelere minimalist fakat etkinleştirilmiş ve standardize edilmiş bir kamu hizmeti anlayışının Avrupa Birliğince empoze edildiği ifade edilmektedir.[45] İdarelerin Avrupa Birliğinin yönlendirdiği gibi yalın kamu hizmeti sunmasının elektronik belge, elektronik kimlik gibi uygulamalar aracılığıyla sağlanmasının mümkün olacağı bu uygulamaların aynı zamanda kamu hizmetinin kullanıcı merkezli olarak sunumuna yönelik bir dönüşümü kolaylaştıracağı düşünülmektedir.[46] Gerçekten de ülke uygulamalarında yapay zekâ ile kişiye özgü kamu hizmetinin sunumuna rastlanmaktadır.[47]

Kamu Görevlilerine Etkileri

Teknolojik gelişmelerin olumsuz sonuçlarından belki de en korkulanı; teknolojik değişimle birlikte işsizlik sorununu doğurması ya da mevcut sorunu daha da genişletmesi ve insanın yerini robotların almasıdır. Bu durum hem kamuda hem de özel sektörde oldukça tedirginlik doğuran bir konudur. Kamu hizmetinin yapay zekâ ile sunulması hâlinde kamuda daha az kamu görevlisine ihtiyaç duyulacağı düşünülmektedir. Oysa yapay zekâ herhangi bir şeyin ikame aracı olarak görülmeden herhangi bir mesleğin yerine konulmadan daha ziyade mesleklere ve insanlara yardımcı ve kolaylaştırıcı tarafıyla ele alınmalıdır.[48]

---

42 Ulusoy, Ali, "Fransız Ve Avrupa Birliği Kamu Hizmeti Anlayışlarının Türk Hukukuna Etkisi", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 48/1, 1999, s. 169.

43 "Yerel Yönetimler için Dijital Yönetişim Fırsatları" Raporu, 2020, s. 23.

44 Demirel, Demokaan, "Yönetişimde Yeni Boyut: E-Yönetişim", Türk İdare Dergisi, S. 466, 2010, s. 75.

45 Ulusoy, 1999, s. 174.

46 Akyüz, 2019, s. 106.

47 Japonya örneği ve benzer örnekler için bkz. Tamer/ Halil, 2020, s. 790.

48 Turan/Kemaloğlu/Küçüksille, 2020, s. 254.

Yapay zekâ işsizlik sorunundan ziyade nitelikli işsizlik sorunu doğuracaktır.[49] Bu sorunun önüne geçebilmek için elbette yapılacak şeyler vardır. Teknolojik alt yapının yeterli olması tek başına yeterli olmamakta eğitim alt yapısı ve yetişmiş insan gücüne sahip olunması da ikinci önemli unsur olarak görülmektedir.[50] Diğer taraftan hâli hazırda çalışan konumundaki kamu görevlilerinin de nitelik anlamında çeşitli sorunları vardır. Bunlar için de belki de en işlevsel çözüm verimi artırıcı bir tedbir olan hizmet içi eğitim olacaktır.[51] Yapay zekâ uygulamalarını bilen, teknolojik gelişmeleri takip edebilen nitelikli kamu görevlilerine ihtiyaç her zaman vardır ve olacaktır da[52].

Doğuracağı olumsuz sonuçlardan ziyade teknolojinin her zaman belirli fırsatları da yanında getirdiği fark edilmeli bu fırsatları yakalamak için gerekli eğitim imkânları sağlanarak ihtiyaç karşılanmalıdır.[53] Eğitimlerin alınmasıyla işsizlik sorunu azaltılabileceği gibi yeni iş imkânlarının doğması da sağlanmış olacaktır. Personelin teknolojik anlamda donanımının sağlanmasıyla da kamu hizmetinin niteliği artarken personelin de niteliği aynı oranda artacaktır. Kamu idaresinin de her kurum gibi yetişmiş personel ihtiyacı bulunduğundan hizmet içi eğitim uygulamalarıyla personele yönelik eğitimler verilerek bu ihtiyaç karşılanabilecektir. [54] Yerel yönetimlerin de belirlenen mesleklerde çalışanların yeni meslekler edinmeleri için eğitimler düzenlemesi ortaya çıkabilecek işsizlik vb. gibi tehditlerle zamanında ve gerektiği gibi başa çıkılmasını mümkün kılabilecektir.[55] Aynı zamanda elindeki bütün imkânları kullanarak hatta gerektiğinde ilgili mercilerden yardım sağlayarak maiyetindeki personelin bilgi eksikliğini gidermeye çalışmak amirlik sorumluluğunun da gereği olan bir ödevdir.[56] Tüm bunlar göz önüne alındığında kamu görevlisinin de teknolojik değişimi yakalaması gerektiği ve bu noktada idareye düşen bazı ödevlerin de bulunduğu görülecektir.

Kamu görevlisini çağın gerektirdiği koşullara uygun olarak donatılması aynı zamanda kamu görevlisinin de nitelikli hizmet vermesinin önünü açacaktır. Bu da beraberinde kamu görevlilerinin

---

49 Nitelikli işsizlik sorunu ABD örneği üzerinden anlatılmakta olup ABD'nin bilgi iletişim teknolojileri ya da dijital teknolojiler uzmanı, veri analisti yetiştirmek için çağın gereklerine uyum konusunda geri kalmış durumda olduğu ifade edilmektedir. bkz. Gül, 2017, s. 23.

50 Akyüz, 2019, s. 111.

51 Balta, Tahsin Bekir, "Kamu Personelin Eğitimi", Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Dergisi, C. 22/1, 1967, s. 16.

52 Vasıflı insan gücü ihtiyacı ve tedbiri hk. bkz. Balta, 1967, s. 13.

53 Turan/Kemaloğlu/Küçüksille, 2020, s. 254.

54 Balta, 1967, s. 13.

55 "Yerel Yönetimler için Dijital Yönetişim Fırsatları" Raporu, 2020, s. 19.

56 Balta, 1967, s. 27.

kamu hizmeti sunarken harcadığı zamanın daha verimli kullanılmasına, harcadığı zamanın azaltılması da idari maliyetlerin düşüşüne neden olacağından e-devlet anlayışının başarısı bu yolla da görülmüş olacaktır.[57] Kamu görevlisi, hizmet sunarken gerçekten bire bir görüşülmesi gereken konularda destek olacak, ihtiyaç duyulan diğer destekler ya da hizmetler yapay zekâ ile sunulacaktır. Bu da kamu görevlisinin sıklıkla şikâyet ettiği pek çok konunun ihtiyaçlar doğrultusunda giderilmesini sağlayacaktır. Böylelikle kamu görevlisi hizmet sunarken vatandaş ya da kamu hizmeti alanın da hizmet alırken memnuniyetleri artacaktır.

Kamu hizmetinin yapay zekâ kullanılarak sunulmasının hizmet sunanın sağlığını korumak açısından da ne denli önemli olduğu içinden geçtiğimiz covid 19 salgın sürecinde kendini bir kez daha göstermiştir. Kamu hizmetinin online olarak sunulabilmesi hem hizmet alan hem de hizmet sunan açısından oldukça iyi sonuçlar doğurmuştur. Personelin sağlığını korumak için evden çalışması mümkün olabilmiş hizmetler de online kanallar üzerinden sürdürülebilmiştir.[58]

İdari Teşkilata Etkileri

Ülkemizde yapay zekânın idari teşkilata olan etkisinde başı elbette ki Cumhurbaşkanlığı Dijital Dönüşüm Ofisi çekmektedir. 10 Temmuz 2018 tarihli ve 30474 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 1 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi kapsamında T.C. Cumhurbaşkanlığı Dijital Dönüşüm Ofisi kurulmuştur.[59]

Ofis, "bitmeyen senfoni" olarak ifade edilen dijital dönüşüm için koordinatör devletin uygulayıcılarından biri olarak reformu sürdürecek kurum olarak görülmektedir.[60] Ofisin gelişen teknolojiler, toplumsal talepler ve kamu sektöründeki reform eğilimleri doğrultusunda, farklı kurumlar altında ayrı ayrı sürdürülen dijital dönüşüm (e-Devlet), siber güvenlik, milli teknolojiler, büyük veri ve yapay zekâ ile ilgili çalışmaların tek çatı altında toplanması amacıyla kurulduğu ifade edilmektedir.[61] Ülkemizin yapay zekâ politikasının yürütücüsü olarak Dijital Dönüşüm Ofisi'ni görmek mümkündür.[62]

Dijital Dönüşüm Ofisinin görev ve teşkilat yapısı Kararnameyle detaylandırılmış teşkilat yapısı, görev ve sorumlulukları belirtilmiştir. Bu kapsamda; *"Cumhurbaşkanı tarafından belirlenen amaç, politika ve stratejilere*

---

57 Akyüz, 2019, s. 102.

58 "Yerel Yönetimler için Dijital Yönetişim Fırsatları" Raporu, 2020, s. 15.

59 https://cbddo.gov.tr/mevzuat/.

60 Tamer/ Halil, 2020, s. 776.

61 https://cbddo.gov.tr/.

62 Tamer/ Halil, 2020, s. 796.

uygun olarak kamunun dijital dönüşümüne öncülük etmek, Dijital Türkiye (e-devlet) hizmetlerinin sunumuna aracılık etmek, kurumlar arası işbirliğini artırmak ve bu alanlarda koordinasyonu sağlamak, kamu dijital dönüşüm yol haritasını hazırlamak Ofisin görevlerinden olup Ofis doğrudan Cumhurbaşkanına bağlıdır."[63]

Ofisin görevleri arasında dijital uygulamaların daha fazla kullanılmasını sağlayacak önlemler almak, teşvik etmek, bu amaçla projeler geliştirmek, görev alanına ilişkin proje ve uygulamalara gerektiğinde destek sağlamak da vardır[64]. Dijital dönüşüm sürecini koordine etmek de yine ofisin görevleri arasındadır.

"*Dijital dönüşüm ekosistemini oluşturmak amacıyla kamu, özel sektör, üniversiteler ve sivil toplum kuruluşları arasındaki işbirliğini geliştirerek bunların dijital kamu hizmetlerinin tasarım ve sunum sürecine katılımını teşvik etmek, görev alanına giren hususlarda kamu kurum ve kuruluşlarınca hazırlanan yatırım projesi tekliflerine ilişkin Strateji ve Bütçe Başkanlığına görüş vermek ve uygulamaya konan projelerle ilgili gelişmeleri takip edip gerektiğinde yönlendirmek, bilgi güvenliğini ve siber güvenliği artırıcı projeler geliştirmek, kamuda büyük veri ve gelişmiş analiz çözümlerinin etkin kullanımına yönelik stratejiler geliştirmek, uygulamalara öncülük etmek ve koordinasyonu sağlamak, kamuda öncelikli proje alanlarında yapay zekâ uygulamalarına öncülük etmek ve koordinasyonu sağlamak ofisin görevleridir."*[65]

Yapay zekâya ilişkin gelişmeleri takip etmenin yanı sıra bu gelişmelerde yalnızca tüketici konumunda kalmayıp aynı zamanda üretici konumuna gelmek de dijital dönüşümün hedefleri arasındadır. Bu kapsamda elbette ki ofise de bazı görevler düşmektedir. *"Yerli ve milli dijital teknolojilerin kamuda kullanımının artırılması yoluyla geliştirilmesi ve bu kapsamda farkındalık oluşturulması amacıyla projeler geliştirmek, kamu kurum ve kuruluşlarının dijital teknoloji ürün ve hizmetlerini maliyet etkin şekilde tedarik etmesine yönelik strateji belirlemek, görev alanına ilişkin proje ve uygulamalara gerektiğinde destek sağlamak, devlet teşkilatı içerisinde yer alan kurum ve kuruluşların merkez, taşra ve yurtdışı teşkilat birimlerinin elektronik ortamda tanımlanmasına ve paylaşılmasına yönelik çalışmaları koordine etmek, görev alanına giren konularda politika ve strateji önerilerinde bulunmak, Cumhurbaşkanınca verilen diğer görevleri yapmak."* [66]

Kamu Hizmetinden Yararlananlara Etkileri

Günlük yaşamımızın, yaşam tarzımızın, toplumsal ilişkilerimizin hatta geleneklerimizin ve alışkanlıklarımızın, çalışma hayatımızın; yapay

---

63 madde 527/1- a, b.

64 madde 527/1-h.

65 madde 527/1-c, ç, d, e, f.

66 madde 527/1-g, ğ, h, ı, i, j.

zekâ, blok zinciri, sosyal medya, büyük veri, sanal gerçeklik, kuantum bilgisayarlar gibi teknolojik gelişmelerden etkilenip dönüşmesi kamuyla ilişkilerimizin de dönüşmesine neden oluyor.[67] Kabul edilmelidir ki yapay zekâ ile kamu hizmetinin sunumu devlet ve vatandaş arasındaki ilişki açısından da bazı değişimler doğurmaktadır. Her ne kadar idare ile vatandaş arasındaki ilişki biçimi devlet tarafından belirlenip bu ilişki vatandaş açısından eşitsizlik esasına dayanarak vatandaşı ilişkinin şartlarına uymak zorunda bıraksa da[68] gelinen nokta da özellikle genç kuşak bu ilişkiyi değişime zorlamaktadır. Z kuşağı olarak ifade edilen 21'nci yüzyıl sanal yaşamına alışkın olanların yaşam tarzlarına ters düşmeyecek uygulamalara ve sistemlere ihtiyaç duyulmaktadır.[69]

Her ne kadar z kuşağı dijital okuryazarlıkla oldukça iyi seviyelerde olsa da bilgisayarı ya da interneti kullanmak konusunda zorluk yaşayanlar da az değildir. Hem teknolojik alt yapı yetersizliği hem de bu konuda bilgi sahibi olunmaması dijital ortamda sunulan kamu hizmetinin kullanılmaması sonucunu doğurmaktadır. Bu anlamda bakıldığında hizmetten faydalananların bilgilendirilmesi ve teşvik edilmesi gerekmektedir.[70] Teşvik, yalnızca hizmet alanların yapay zekâ ile sunulan hizmetleri kullanması bakımından değil bu kullanımın her yaş grubuna yönelik olarak yaygınlaştırılması ve aynı zamanda tüm kurumların internet üzerinden hizmet sunmaları için teşvik edilmesi bakımından gerçekleşmelidir.[71]

Teknolojik değişimler dönüşümler hızla devam ederken toplumun buna ayak uydurması zaman zaman gecikmektedir. Türkiye'nin elektronik ortamda hizmet alternatiflerinin sunulması açısından AB ortalamasının üzerinde olmasına rağmen hizmetlerin kullanımının düşük olduğu Avrupa Komisyonu 2012 yılı e Devlet Kıyaslama Raporunda belirtilmiştir.[72] Rapor bir kez daha göstermiştir ki hizmet alanların zihniyetlerinde değişiklik yapılması gereklidir.[73] Toplumun teknolojik dönüşüme hazırlanması pek çok şeyi kolaylaştıracaktır. Toplumun teknolojik dönüşümün getirdiği fırsatlara ve kaygılara ilişkin ilgisinin geliştirilmesi teknolojinin doğurabileceği sosyal sonuçlara ilişkin önlemler alınması, zararlı sonuçların engellenmesi,

---

67 "Yerel Yönetimler için Dijital Yönetişim Fırsatları" Raporu, 2020, 7.

68 Tataroğlu, Muhittin, "E-Devlet'te Kullanılan Gözetim ve Kayıt Teknolojilerinin Mahremiyet Üzerinde Etkileri", Bolu Abant İzzet Baysal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, S. 9/1, 2009, s. 97.

69 Akyüz, 2019, s. 111.

70 Akyüz, 2019, s. 111.

71 Kaya, 2017, s. 213.

72 Dijital Türkiye Platformu, Avrupa Dijital Gündemi ve Türkiye: Avrupa Dijital Gündemine Uyum Projesi Ön Raporu, 2013, ss. 45-46 (Aktaran: Kaya, 2017, 215).

73 Akyüz, 2019, s. 100.

doğurabileceği potansiyele uygun desteklerin verilmesinin bir kültür geliştirmede katkısı olacaktır.[74]

Yeni bir yaklaşımı benimsemeyi gerektiren, yeni bir paradigmayı öngören, yeni kuşakların öncekilere göre avantajlı konuma gelmelerini sağlayan, devlet hafızasını ve deneyimini hızlı ve etkili olarak yeni kuşaklara aktarmaya aracılık eden, insanların hayat kalitesini arttıran, insan zamanını, emeğini ve parasını koruyan, yönetimde ve kaynakların kullanımı ve dağıtımında eşitliği ve şeffaflığı sağlayan önemli bir girişim ve toplumsal gelişmişliğin en büyük göstergelerinden biri olarak e-yönetişim kabiliyeti görülmektedir.[75]

Kamu hizmetlerinden internet üzerinden faydalanılmasının hizmet alan açısından zaman ve para tasarrufu sağladığının fark edilmesiyle birlikte hizmetten internet üzerinden faydalanmak isteyenlerin sayısının artış göstereceği beklenmektedir.[76] Uzun süreli internet kullanma imkânına sahip olanlar zamandan tasarruf ederek idare ile ilgili işlerini hızlı ve güvenli biçimde çözüme kavuşturmak için dijital ortamlarda sunulan hizmetleri kullanmayı tercih edeceklerdir.[77] Dijital sağlık uygulamalarının yayılması böyle gerçekleşmiştir. Her geçen gün artan beklentiler, sağlık hizmetlerinin sürdürebilirliğini artırmak, daha hızlı sonuç almak, daha verimli hizmet sunumu gibi pek çok unsur bunda etkili olmuştur.[78]

Hizmetten yararlananların hayatı dijital ya da elektronik ortamda hizmet sunumuyla kolaylaşmaktadır.[79] Özellikle salgın süresince idare ile ilgili işlerin online yapılabilmesi kamu sağlığını da koruyucu etki göstermiştir. Belediyede yapması gereken bir işi olan kişinin fiziksel olarak belediyeye gitmeden işlemlerini online yapabilmesi evinden gerekli işlemlerin yapılabilmesinde durum böyledir.[80] Unutulmamalıdır ki kamu hizmetinde kamuya hizmet amacı güdülür.[81]

Kamu hizmetinden faydalananların internet üzerinden sunulan hizmetleri kullanmasının yaygınlaşmasının yanı sıra hizmet alanların da kamunun hizmet sunumuna ilişkin beklentilerinin karşılanması gerekmektedir. İnterneti ve neredeyse tüm yapay zekâ uygulamalarını rahatlıkla kullananların hizmet sunumundan beklentileri farklılaşmıştır.

---

74 "Yerel Yönetimler için Dijital Yönetişim Fırsatları" Raporu, 2020, s. 23.

75 Akyüz, 2019, s. 97.

76 Gül, 2017, s. 22.

77 Akyüz, 2019, s. 111.

78 Uysal, Burhanettin/Ulusinan, Ebrar, "Güncel Dijital Sağlık Uygulamalarının İncelenmesi", Selçuk Sağlık Dergisi, S.1/1, 2020, s. 46.

79 Kaya, 2017, s. 211.

80 "Yerel Yönetimler için Dijital Yönetişim Fırsatları" Raporu, 2020, s. 15.

81 Derbil, Süheyp, "Kamu Hizmeti Nedir?", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S.7/3, 1950, s. 35.

Bu ihtiyaç ve beklentilere uygun çözümler sunulması dijital ortamda sunulan kamu hizmetinin kullanılmasının yaygınlaştırılmasını da sağlayacaktır.[82]

Yapay zekânın kamu hizmeti alanlar arasında kullanılması ve yaygınlaşması; kamu hizmetinin devletin gelişmiş sistem ve uygulamalarla hizmeti sunmasına bağlı olmasından ziyade hizmetin hizmetten yaralanacak olanlara ucuz sunulup sunulmadığıyla da ilgili olup kamu hizmetinden dijital ortamda faydalanılabilmesi için aynı zamanda devletlerin internet bağlantılarını ucuz ve hatta kamuya açık alanlarda gerekli güvenlik şartları sağlanarak ücretsiz olarak sunulmasına bağlı olduğu da ifade edilmektedir.[83] Aynı zamanda herkese sosyal adalet gereği çağın sunduğu kültürel nimetlerden faydalanma imkânını vermek sosyal devlet ilkesinin de bir gereği olarak görülmektedir.[84]

Yapay zekâ ve dijital teknolojiler kamu hizmetinin sunumuna hizmet alanın katkı sunmasını da sağlamaktadır. Hizmet alanlar sosyal medya, mobil uygulama veya başka imkânları kullanarak kendilerini, taleplerini ifade etmektedir.[85] Özellikle yaşadıkları yerlere ilişkin pek çok zaman fikirlerini paylaşıp katkı sunabilmektedirler. Bu da kamu hizmetinin hem ihtiyaçlara uygun hem de hizmet alanın katılımıyla sunulmasını sağlamaktadır. Yerel yönetimlerde bu durumun pek çok örneğine rastlanmaktadır. Diğer taraftan hizmet alanlar tarafından idarenin paylaştığı veriler düzenli olarak takip edilerek veriler ışığında yaşadıkları yere yönelik öneriler sunabilmektedirler.[86]

Kamu Hizmetinin Özelliklerine Etkileri

Kamu hizmeti kavramının idare hukukunda merkez olarak kabul edilebilecek bir konumda[87] ve idare hukukunun kurucu kavramları arasında en başta geleni olduğu kabul edilmektedir.[88] Bu kabul edişe rağmen kamu hizmeti hakkındaki tartışmalar devam etmektedir. Kamu hizmeti kavramı toplumun genel yaşam pratiği ile doğrudan ilgili olduğundan aslında bu durum biraz da olması gerektiği gibidir. Konunun her daim güncel kalması ve tartışılması muhtemeldir.

Kavram hem öğreti de hem de mahkeme kararlarında çeşitli şekillerde tanımlanmış,[89] fakat kavramın tanımı, idare hukukundaki yeri

---

82 Akyüz, 2019, s. 111.

83 Akyüz, 2019, s. 111.

84 Balta, 1967, s. 15.

85 "Yerel Yönetimler için Dijital Yönetişim Fırsatları" Raporu, 2020, s. 13.

86 "Yerel Yönetimler için Dijital Yönetişim Fırsatları" Raporu, 2020, s. 13.

87 Yılmaz, D., 2008, s. 1217.

88 Çal, Sedat, "Kamu Hizmeti: Bir Tanım Denemesi", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S.11/1, 2007, s. 599.

89 Tanımlar ve bir tanım denemesi için bkz. Çal, 2007, s. 600 vd.

ve değeri hakkında doktrinde genel bir uzlaşma sağlanamamıştır.[90] Kavramın üzerindeki belirsizliğin devam ettiği kavramın "sisler içinde" kaldığı,[91] yalnızca idare hukukunun değil bütün kamu hukukunun en önemli fakat en çetrefilli ve bulanık kalmış konularından biri olduğu ifade edilmektedir.[92] Nihayetinde kamu hizmeti, toplum için önem kazanmış olan ortak ve genel ihtiyacın tatminine yönelik yürütülen faaliyet olarak tanımlanabilir.[93] Bu tanımdan yola çıkarak kamu hizmetine kriterler getirilecek olursa düzenlilik, süreklilik ve toplumsal yaşamın zorunlu bir ihtiyacının karşılanması olarak belirlenebilir.[94]

Kamu hizmetinin kriterleri de hizmet alanın beklentileri, talepleri, yaşamındaki değişimlerden etkilenmektedir. Dijital talepleri ile beklentiler 21'nci yüzyılda internetin yaygın olarak kullanılmasının sonucu olarak giderek artma eğilimi göstermiş olup hizmeti kullanma alışkanlıkları da değişime uğramıştır.[95] Bu anlamda teknolojide yaşanan gelişmeler kamu hizmetinin özelliklerinde de değişimleri beraberinde getirmektedir. Bu değişimlerin pek çoğu hem hizmet sunan idare hem de hizmet alan toplum açısından faydalı sonuçlar doğurmakta hatta kamu hizmetinin özellikleri internet ve yapa zekâ uygulamalarıyla daha da anlam kazanmaktadır. Esasen kamu hizmetinin uyarlama ilkesi de tüm bu anlatılanlara ve teknolojik değişmelere bağlı olarak kamu hizmeti sunumunun değişmesine karşılık gelmektedir. Kamu hizmetinin değişmesi ve uyarlanması tam da içinden geçilen yapay zekâ çağı için öngörülmüş ve uygulanabilecek olan bir özelliktir.

Kamu hizmetinin özelliklerinden biri olan eşitlik yapay dijital devlet uygulamaları ile daha da hayata geçirilebilir olmuştur.[96] Hizmet alanların ekonomik durumları veya statüleri fark etmeksizin eşit derecede hizmet almaları dijital uygulamalar sayesinde olanaklı olmaktadır.[97] Toplumsal eşitsizliğin giderilmesi, dezavantajlı kesimler de dâhil kimsenin geride kalmaması düşünceleriyle yerel yönetimler de dâhil son teknolojilerden faydalanılmasının gündeme alınması ve imkânların sonuna kadar kullanılması gereklidir.[98]

---

90 Gülan, Aydın, "Kamu Hizmeti Kavramı", İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi Prof. Dr. Lütfü Duran'a Armağan Özel Sayısı, S. 1/3, 1988, s.147.

91 Çal, Sedat, "Kamu Hizmeti Kavramı Üzerine Kimi Düşünceler", Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan, Vedat Yayıncılık, 2009, s. 1835.

92 Derbil, 1950, s. 28.

93 Gülan, 1988, s. 148.

94 Ulusoy, 1999, s. 173.

95 Uysal/Ulusinan, 2020, s. 47.

96 Bkz. Tataroğlu, 2009, s. 95.

97 Akyüz, 2019, s. 98.

98 "Yerel Yönetimler için Dijital Yönetişim Fırsatları" Raporu, 2020, s. 7.

Kamu hizmetinin dijitalleşmesi, evinden çıkamayacak durumda olan yaşlı, engelli ve maddi imkânlardan yoksun olanlar için de içinde bulundukları dezavantajlı durumu hafifletebilmek için Anayasal prensiplerimizin[99] hayata geçirilmesini sağlayan devlet tarafından sunulan bir araçtır. Dezavantajlı kesimin korunması kamu hizmetinin sunumu açısından bu yolla mümkün olabilecektir. Fakat bunun için dijital okuryazarlığın geliştirilmesi[100], internet imkânına kavuşturulması gibi bazı şartların sağlanmış olması gerekir. Ayrıca dezavantajlı olarak tespit edilenlerin desteklenmesinde ve bu destekler için gönüllülüğün artırılmasında, sosyal yardımların etkin ve verimli şekilde dağıtılmasında yapay zekâ uygulamaları ve teknolojinin sunduğu imkânlar kullanılabilir.[101]

Teknolojik gelişmeleri eşitsizliği gidermek için kullanmak yerine daha da katmerleştiren sonuçlara yol açmasının önüne geçilmezse hâli hazırda dünya genelinde bir sorun olarak karşımızda duran eşitsizliğin derinleşmesi daha da artacaktır.[102] Dijital fırsatlar, mülteciler, engelliler, hastalar, yaşlılar, sosyo ekonomik açıdan geri kalmış mahalleler ve işsizlere yönelik çalışmalarda kendini gösterebilmektedir.[103] Tabii bu fırsatlardan yararlanılabilmesi için dezavantajlı kesimin yeteri kadar bilgi birikimi ile donatılması gerekmektedir. Dezavantajlı kesimin istihdamı da yapay zekâ uygulamalarıyla mümkün olabilecektir. Dijital imkânlarla evinden çıkamayacak durumda olan biri bu imkânları kullanarak evden çalışabilir.

İnternet ya da yapay zekâ uygulamaları kamu hizmetinin süreklilik unsurunu da etkilemektedir. Hâli hazırda mesai sınırlaması içerisinde sunulan kamu hizmeti bu teknolojilerle mesai sınırlaması olmaksızın hizmet alınabilmesini sağlamaktadır. Böylelikle herhangi bir kesintiye uğramaksızın kamu hizmetinin sunumu devamlılık göstermektedir.

Kamu hizmetinin bir diğer özelliği de meccanilik, bedelsizliktir. Kamu hizmetinin yapay zekâ ve teknolojik ürünlerle sunulması bu ilke ile de örtüşmektedir. Yapay zekâ uygulamaları beraberinde ekonomikliği de getirmektedir.[104] İnternete erişimin olduğu her yerden dijital ortamda sunulan pek çok kamu hizmetinden faydalanmak mümkündür. Fakat bunun için de toplumun tüm kesimleri için internetin ulaşılabilir olması gerekmektedir. Bu noktada internetin

---

[99] 1982 AY. md.10., 2709 Kanun Numarası, 18/10/1982 Kabul Tarihi, : 9/11/1982 Sayı : 17863 (Mükerrer) Resmî Gazete, Yayımlandığı Düstur : Tertip : 5 Cilt : 22 Sayfa : 3.

[100] "Yerel Yönetimler için Dijital Yönetişim Fırsatları" Raporu, 2020, s. 20.

[101] "Yerel Yönetimler için Dijital Yönetişim Fırsatları" Raporu, 2020, s. 7.

[102] "Yerel Yönetimler için Dijital Yönetişim Fırsatları" Raporu, 2020, s. 20.

[103] "Yerel Yönetimler için Dijital Yönetişim Fırsatları" Raporu, 2020, s. 20.

[104] Akyüz, 2019, s. 99.

yaygınlaştırılması ve internet hizmetinin de tam kamu hizmeti olarak kabul edilip bedelsiz olarak sunulması gerekmektedir.[105]

Sonuç

Son yıllarda teknoloji öyle bir hızla gelişmektedir ki pek çok bakımdan bu gelişmelerin yakalanması mümkün olamamaktadır. Yapay zekâ uygulamalarını ve dijital dönüşümü yakalayabilmek amacıyla idari teşkilatımızda yeni bir birim oluşturulmuştur. Cumhurbaşkanlığı Dijital Dönüşüm Ofisi olarak isimlendirilen bu birim; dijital devlet dönüşümünde, yapay zekâ politikasının oluşmasında ve geliştirilmesinde baş aktör olarak görev almaktadır. Kurulan bu ofis tüm dönüşümün tek çatı altında yürütülmesini sağlaması açısından oldukça önemlidir. Ofisin, toplumun ihtiyaçlarının ve güncel gelişmelerin farkında olarak uygulamalar yapması beklenmektedir.

Teknolojik gelişmeleri takip edebilenlerin yaşamlarının değişmeye başlamasıyla birlikte idareden beklentileri de değişmekte ve bu da idare ile aralarındaki ilişkinin de değişmesine neden olmaktadır. Bu talepler ve beklentiler aynı zamanda dünyada yaşanan gelişmelerin de etkisiyle idarede de bir takım değişiklikler dönüşümler yaşatmaktadır. Bu dönüşümlerin başında kamu hizmetinin yapay zekâ aracılığıyla sunumu görülmektedir.

Geleneksel kamu hizmeti sunumunda hizmet sunan idare ve hizmet alanlar arasındaki ilişki oldukça yıpranmıştır. Bu bağlamda yapay zekâ, bu ilişki biçimini değiştirmekte ve dönüştürmektedir. Her iki tarafın da şikâyet ettiği artık değişmesi gereken uygulamalar kamu hizmetinin yapay zekâ ile sunumuyla revize edilmelidir. Kırtasiyecilik, bürokrasi, hızlı sonuç alamama, zaman, masraf, emek kaybı gibi istenmeyen durumlara yapay zekânın çare olması umulmaktadır. İnternet kullanım imkânına ve dijital okuryazarlık bilgisine sahip olanlar bakımından oldukça kolay, işlevsel, geleneksel kamu hizmeti sunumundan daha hızlı, daha az masraflı, daha kesintisiz, daha verimli kamu hizmeti alma imkânı doğmaktadır. Diğer taraftan yeterli internet erişim imkânına sahip olamayanlar ya da teknolojik gelişmeleri takip edemeyenler bakımından kamu hizmetini yapay zekâ aracılığıyla almak hizmete ulaşmak anlamında bir takım zorlukları beraberinde getirmektedir. Hem yapay zekâ ile sunulan hizmetlere daha kolay erişimin sağlanması, hem dünyadaki değişmelerin yakalanabilmesi bakımından toplumun tüm kesimlerine internet erişim imkânının sağlanması hem de dijital okuryazarlığın geliştirilmesi gerekmektedir. Aksi belki de kamu hizmetinden hiç faydalanamama da dâhil olmak üzere olumsuz sonuçları beraberinde getirecektir.

---

[105] Gül, 2017, s. 22.

Kamu hizmetinin yapay zekâ ile sunumu elbette ki pek çok olumlu ve olumsuz sonuç doğurmaktadır. Ancak görülmektedir ki teknolojik değişmelerden ya da yapay zekâdan kaçmak mümkün olamayacaktır. Öyleyse hem hizmet alanın hem de hizmet sunanın buna uyum sağlaması gerekmektedir.

KAYNAKÇA

Akçay, Elif; "Pentagon, Yapay Zekâ'yı Savaşlarda Kullanmak İçin Yeni Etik İlkeler Üzerinde Çalışıyor", (https://www.sophosakademi.org/pentagon-yapay-zekayi-savaslarda-kullanmak-icin-yeni-etik-ilkeler-uzerinde-calisiyor/, e.t. 04.05.2021)

Akyüz, Ahmet Mutlu, "Dünyada E-Yönetişim Ve En İyi Uygulama Örnekleri", *E-Yönetişim,* ed. Bekir Parlak/Kadir Caner Doğan, ss.97-114, Beta Yayınevi, 2019.

Avaner, Tekin/Recep Fedai, "Türk Kamu Yönetiminde Ofis Sistemi: E-Devlet Uygulamalarından Dijital Dönüşüm Ofisine", Amme İdaresi Dergisi, S. 52/2, 2019, ss. 149-172.

Balta, Tahsin Bekir, "Kamu Personelin Eğitimi", Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Dergisi, C. 22/1, 1967, ss. 13-31.

Çal, Sedat, "Kamu Hizmeti Kavramı Üzerine Kimi Düşünceler", Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan, Vedat Yayıncılık, 2009, ss.1829-1906. (Kamu Hizmeti Kavramı)

Çal, Sedat, "Kamu Hizmeti: Bir Tanım Denemesi", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S.11/1, 2007, ss. 599-656.

Demirel, Demokaan, "Yönetişimde Yeni Boyut: E-Yönetişim", Türk İdare Dergisi, S. 466, 2010, ss. 65-94.

Derbil, Süheyp, "Kamu Hizmeti Nedir?", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S.7/3, 1950, ss. 28-36.

Dijital Türkiye Platformu, Avrupa Dijital Gündemi ve Türkiye: Avrupa Dijital Gündemine Uyum Projesi Ön Raporu (https://dijitalgundemtr.files.wordpress.com/2014/06/dijital-gc3bcndem_c3b6nrapor_son_4.pdf, Çevrimiçi, e.t. 01.02.2021).

Göçoğlu, Volkan, "Kamu Hizmetlerinin Sunumunda Dijital Dönüşüm: Nesnelerin İnterneti Üzerine Bir İnceleme", MANAS Sosyal Araştırmalar Dergisi, S. 9/1, 2020, ss. 615-628.

Gül, Hüseyin, "Dijitalleşmenin Kamu Yönetimi ve Politikaları ile Bu Alanlardaki Araştırmalara Etkileri", Yasama Dergisi, S. 36, 2017, ss. 5-26. (https://dergipark.org.tr/tr/pub/yasamadergisi/issue/54463/741327, Çevrimiçi, e.t. 15.02.2021)

Gülan, Aydın, "Kamu Hizmeti Kavramı", İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi Prof. Dr. Lütfü Duran'a Armağan Özel Sayısı, S. 1/3, 1988, ss.147-159.

https://cbddo.gov.tr/, Çevrimiçi, 01.02.2021.

https://dijitalhastane.saglik.gov.tr/, Çevrimiçi, e.t. 02.02.2021.

Kaya, Ali/Mursül, Damla, “Dijital Türkiye Projesi Kapsamında Kamu Hizmetlerinin Dönüşümü”, Yüzüncü Yıl Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, KAYFOR14 Özel Sayı, S. 4, 2017, ss. 209,220.

Oğurlu, Yücel, İdare Hukukunda “E-Devlet” Dönüşümü ve Dijitalleşen Kamu Hizmeti, 12 Levha Yayınları, 2010.

Pirim, Harun, “Yapay Zekâ”, Journal of Yaşar University, S.1/1, 2006, ss. 81-93.

Tamer, Halil Yasin/Övgün, Barış, “Yapay Zekâ Bağlamında Dijital Dönüşüm Ofisi”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, S.75 / 2, 2020, ss. 775-803.

Tataroğlu, Muhittin, “E-Devlet'te Kullanılan Gözetim ve Kayıt Teknolojilerinin Mahremiyet Üzerinde Etkileri”, Bolu Abant İzzet Baysal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, S. 9/1, 2009, ss. 95-120.

Turan, Tülay/Kemaloğlu, Nazan/Küçüksille, Ecir, “Hukuk’ta Yapay Zekâ: Çalışmalar ve Gelecek Öngörüleri”, Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü Dergisi, S. 11 / 2, 2020, ss. 246-255.

Ulusoy, Ali, “Fransız Ve Avrupa Birliği Kamu Hizmeti Anlayışlarının Türk Hukukuna Etkisi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 48/1, 1999, ss. 165-176.

Uysal, Burhanettin/Ulusinan, Ebrar, “Güncel Dijital Sağlık Uygulamalarının İncelenmesi”, Selçuk Sağlık Dergisi, S.1/1, 2020, ss. 46-60.

Yapay Zekâ: Kullanım Alanları, Güvenlik, Etik ve Patentler, Çev: Elif Akçay, (https://www.sophosakademi.org/yapay-zeka-kullanim-alanlari-guvenlik-etik-ve-patentler/, Çevrimiçi, e.t. 18.02.2021.) (Yapay Zeka)

“Yerel Yönetimler için Dijital Yönetişim Fırsatları” Raporu, İnsani Geliştirme Vakfı (İNGEV), İstanbul, 2020, (https://ingev.org/bulten/belediyeler-icin-dijital-yonetisim-firsatlari/, Çevrimiçi, e.t. 08.02.2021)

Yılmaz, Dilşat, “Türk Hukukunda Kamu Hizmeti Kavramı ve Kriterleri”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S.12/1, 2008, ss. 1215-1234.

Yılmaz, Gizem, “Yapay Zekânın Yargı Sistemlerinde Kullanılmasına İlişkin Avrupa Etik Şartı”, Marmara Üniversitesi Avrupa Topluluğu Enstitüsü Avrupa Araştırmaları Dergisi, S.28 /1, 2020, ss. 27-55.

AN EVALUATION OF THE UBER'S AUTONOMOUS CAR CRASH IN THE SCOPE OF TURKISH CRIMINAL LAW

Uber'in Sürücüsüz Aracının Neden Olduğu Ölümlü Kazanın Türk Ceza Kanunu Kapsamında Değerlendirilmesi

Arş. Gör. Hüseyin ATEŞ*
Av. Mustafa TIRTIR**

Abstract: New concepts and new problems occur as technology develops and for this reason, new solutions are being sought. The concept of autonomous cars, which we have often heard about in recent years, and who will be held criminally responsible for fatal / injured traffic accidents caused by these vehicles are the questions of debate. The incident has been examined as it is the first example of the type of traffic accident that resulted in pedestrian's death by an autonomous car. Considering that the fatal traffic accident occurred in Turkey, who would need to be held responsible regarding criminal law will be examined within the scope of the study. In this context, the investigation stages carried out in the United States will also be mentioned in the study.
Keywords: Autonomous Cars, Self-Driving Cars, Uber, Traffic Accident, Criminal Liability, Negligent Homicide, Turkish Criminal Law, Tempe, Arizona.

Özet: Teknolojinin gelişmesi ile birlikte yeni kavramlar ve yeni sorunlar meydana gelmekte, bu sorunlara ise çözüm arayışı içine girilmektedir. Son yıllardır adını sıklıkla duyduğumuz otonom araç kavramı ve bu araçların karışmış olduğu ölümlü/yaralanmalı trafik kazalarında kimin/kimlerin cezai olarak sorumlu tutulacağı tartışma konusudur. Uber firmasına ait otonom aracın dâhil olduğu ve bir yayanın ölümüyle sonuçlanan trafik kazası türünün ilk örneği olması sebebiyle incelenmiştir. Söz konusu ölümlü trafik kazasının Türkiye'de meydana geldiği düşünüldüğünde kimin/kimlerin ceza hukuku açısından sorumlu tutulması gerektiği çalışmamız kapsamında incelenecektir. Bu kapsamda Amerika Birleşik Devletleri'nde sürdürülen soruşturma aşamalarına da ayrıca değinilecektir.
Anahtar Kelimeler: Otonom Arabalar, Sürücüsüz Arabalar, Uber, Trafik Kazası, Cezai Sorumluluk, Taksirle Öldürme, Türk Ceza Hukuku, Tempe, Arizona.

* Research Assistant (Araştırma Görevlisi), Social Sciences University of Ankara (Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi), huseyin.ates@asbu.edu.tr, ORCID: 0000-0002-3723-4914.

** Attorney at Law (Avukat), Member of Istanbul Bar (İstanbul Barosu Üyesi), PhD Student (Doktora Öğrencisi, Istanbul Medipol University Institute of Social Sciences (Medipol Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü), mustafa@msnhukuk.com, ORCID: 0000-0002-0095-2883.
Makale Geliş Tarihi: 02.03.2021, Makale Kabul Tarihi: 14.04.2021

INTRODUCTION

There is no internationally accepted term for a car that does not need a driver to be driven yet. "Autonomous vehicles"[1], "self-driving cars"[2], "driverless cars"[3], "robotic-cars"[4] are some terms to define such cars. As Eric Hilgendorf said, *"the terminology issues are important if one wants to be able to express oneself clearly and precisely."*[5] The use of terminology does not only differ from author to author, but also from government to government. Whilst some states in the USA prefer "autonomous vehicle"[6], in the UK "automated vehicle[7]" and in Germany "automated driving"[8] is preferred. As there is no standard terminology, the present writers prefer to use autonomous cars in the paper.

---

1 Ilková, Viktória/ Ilka, Adrian, "Legal aspects of autonomous vehicles – an overview (pre-print)". *21st International Conference on Process Control (PC) June 6–9, 2017,* Štrbské Pleso, Slovakia,428-433,

(https://www.researchgate.net/publication/317580822_Legal_aspects_of_autonomous_vehicles_-_an_overview_pre-print , Online, Access Date: 20.02.2021)*; KPMG, 2019 Autonomous Vehicles Readiness Index*, (https://assets.kpmg/content/dam/kpmg/xx/pdf/2019/02/2019-autonomous-vehicles-readiness-index.pdf, Online, Access Date: 20.02.2021)

2 De Bruyne, Jan / Vanleenhove, Cedric, *"The Rise of Self-Driving Cars: Is the Private International Law Framework for non-contractual obligations posing a bump in the road?"*, IALS Student Law Review. 5. (https://journals.sas.ac.uk/lawreview/article/view/2819, Online, Access Date: 20.02.2021)

3 Baker & McKenzie, Global Driverless Vehicle Survey 2018,

(https://www.bakermckenzie.com/-/media/files/insight/publications/2018/03/global-driverless-vehicle-survey-2018/mm_global_driverlessvehiclesurvey2018_mar2018.pdf, Online, Access Date: 20.02.2021)

4 Thrun, Sebastian, *Toward Robotic Cars, Communications of the ACM*, April 2010,

(https://dl.acm.org/doi/10.1145/1721654.1721679 , Online, Access Date: 20.02.2021)

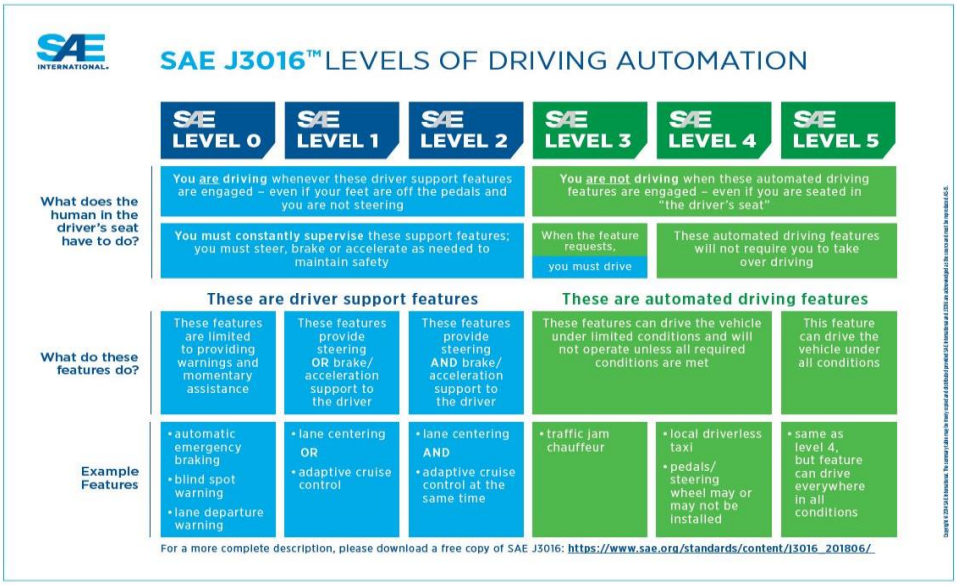
5 Hilgendorf, Eric, "Automated Driving and the Law", in *Robotics, Autonomics, and the Law* eds. Hilgendorf, Eric/Seidel, Uwe, Baden-Baden, Germany, Nomos, 2017, p.171-195

6 State of Nevada Department of Motor Vehicles, *Autonomous Vehicles* (https://dmvnv.com/autonomous.htm, Online, Access Date: 20.02.2021), State of California Department of Motor Vehicles, *Autonomous Vehicles* (https://www.dmv.ca.gov/portal/dmv/detail/vr/autonomous/bkgd, Online, Access Date: 20.02.2021)

7 *Automated and Electric Vehicles Act,* 2018 (http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2018/18/contents/enacted, Online, Access Date: 20.02.2021)

8 Winkler, Kira Christin, "Autonomous Vehicles Regulation in Germany and the US and Its Impact on the German Car Industry", Master Thesis, Tilburg Law School, Tilburg University, Tilburg, June 2019, p.33 (http://arno.uvt.nl/show.cgi?fid=149595 , Online, Access Date: 20.02.2021)

The concept of autonomous cars may excite some while scaring others at the same time. It is a fact that the world as a whole is not ready to have fully autonomous cars on the road in terms of legal regulations. Since levels of automation differ, some states and organisations set some standards for the levels. In the study, the standards set by Society for Automotive Engineers *(SAE International)* are taken into considerations. The State of Arizona, where the accident occurred, also accepts these standards.[9] According to the SAE, there are 6 levels of automation starting from level 0 to level 5, as can be seen from the figure below.[10]



The paper's focus is the UBER autonomous car prototype's accident in Tempe, Arizona, the USA, on 18th March 2018.[11] The accident

---

9 *Executive Order 2018-04, Advancing Autonomous Vehicle Testing and Operating: Prioritizing Public Safety*, State of Arizona, (https://apps.azdot.gov/files/sitefinity-files/Executive-Order-2018-04.pdf , Online, Access Date: 20.02.2021)

10 Society for Automotive Engineers, *SAE J3016 Levels of Driving Automation*, (https://www.sae.org/news/2019/01/sae-updates-j3016-automated-driving-graphic, Online, Access Date: 20.02.2021)

11 Uber was in preparation of "Level 4" of the National Highway Traffic Safety Administration (NHTSA) vehicle automation levels, meaning "the car can drive itself without a human driver". DeArman, Alexandra, The Wild, "Wild West: A Case Study of Self Driving Vehicle Testing in Arizona", 61 Arizona Law Review. 983 (2019), 984-1012, p. 988, footnote 28, https://arizonalawreview.org/the-wild-wild-west-a-case-study-of-self-driving-vehicle-testing-in-arizona/ , Online, Access Date: 20.02.2021) ; Shetty ,Sameepa, "Uber's self-driving cars are a key to its path to profitability",

is the first example of a traffic accident that resulted in the death of a pedestrian by an autonomous car.[12] The questions of who should be held liable or not and why they should be held liable arose just after the accident if an autonomous car kills someone.

In the study, what if the accident happened in Turkey, who would be held criminally liable will also be examined by also mentioning the criminal process in the USA.

1.HOW THE TRAFFIC ACCIDENT OCCURRED

According to the USA National Transportation Safety Board, the accident happened as follows;

"About 9:58 p.m., on Sunday, March 18, 2018, an Uber Technologies, Inc. test vehicle, based on a modified 2017 Volvo XC90 and operating with a self-driving system in computer control mode, struck a pedestrian on northbound Mill Avenue, in Tempe, Maricopa County, Arizona. The Uber test vehicle was occupied by one vehicle operator, a 44-year-old female. No passengers were in the vehicle.

In the area of the crash, northbound Mill Avenue consists of two left-turn lanes, two through lanes, and one bike lane. The crash occurred before the formation of a right-turn lane. Roadway lighting was present. The posted speed limit was 45 mph.

(https://www.cnbc.com/2020/01/28/ubers-self-driving-cars-are-a-key-to-its-path-to-profitability.html , Online, Access Date: 20.02.2021)

[12] One of the first cases of an autonomous system caused of death of a human being is the Aschaffenburg Case in 2012. In this case, even though the accident happened because of the system of lane keeping assistant, the car is not an autonomous car. The difference between autonomous system and autonomous car can be seen from the figure above. Hilgendorf, Eric, *"Autonomous systems, artificial intelligence and robots: An orientation from a criminal law perspective?"*, Journal of Law & Economic Regulation, Vol.12, No:2, (2019), 9-25, p.14;

The first case of an autonomous car caused of death of a human being is Tesla's car crash in Florida on 7th May 2016. In this case, the driver died while the car was on autonomous mode. Vlasic, Bill/Boudette,Neal E., *"Self-Driving Tesla Was Involved in Fatal Crash, U.S. Says"*, (https://www.nytimes.com/2016/07/01/business/self-driving-tesla-fatal-crash-investigation.html, Online, Accesed on 21.02.2021)

The first case of an autonomous car caused of death of a pedestrian, which is the topic of the study, is the Uber's car crash on 18th March 2018.

The first case of an auto-pilot system car caused of death of the passengers is Tesla's car crash on 17th April 2021. The importance of the crash is the car was on auto-pilot mode and no one was at the driver's seat at the moment of the crash. Sputnik, "*Sürücü koltuğunda kimsenin olmadığı ilk ölümcül kaza: Sürücüsüz Tesla aracının yaptığı kazada 2 can kaybı"*, https://sptnkne.ws/FY3b, Online, Accessed on 27.04.2021)

The crash occurred as the pedestrian, a 49-year-old female, walked a bicycle east across Mill Avenue. The Uber test vehicle was traveling in the right through lane when its right front side struck the pedestrian [.] As a result of the crash, the pedestrian died. The vehicle operator was not injured.

...

Uber had equipped the test vehicle with a developmental self-driving system. The system consisted of forward- and side-facing cameras, radars, LIDAR, navigation sensors, and a computing and data storage unit integrated into the vehicle. Uber had also equipped the vehicle with an aftermarket camera system that was mounted in the windshield and rear window and that provided additional front and rear videos, along with an inward-facing view of the vehicle operator. In total, 10 camera views were recorded over the course of the entire trip.

The self-driving system relies on an underlying map that establishes speed limits and permissible lanes of travel. The system has two distinct control modes: computer control and manual control. The operator can engage computer control by first enabling, then engaging the system in a sequence similar to activating cruise control. The operator can transition from computer control to manual control by providing input to the steering wheel, brake pedal, accelerator pedal, a disengage button, or a disable button.

The vehicle was factory equipped with several advanced driver assistance functions by Volvo Cars, the original manufacturer. The systems included a collision avoidance function with automatic emergency braking, known as City Safety, as well as functions for detecting driver alertness and road sign information. All these Volvo functions are disabled when the test vehicle is operated in computer control but are operational when the vehicle is operated in manual control.

According to Uber, the developmental self-driving system relies on an attentive operator to intervene if the system fails to perform appropriately during testing. In addition, the operator is responsible for monitoring diagnostic messages that appear on an interface in the center stack of the vehicle dash and tagging events of interest for subsequent review.

... At the time of the crash, the vehicle was traveling on its second loop of the test route ***and had been in computer control since 9:39 p.m. (i.e., for the preceding 19 minutes).***

According to data obtained from the self-driving system, the system first registered radar and LIDAR observations of the pedestrian about 6 seconds before impact, when the vehicle was traveling at 43 mph. ***As the vehicle and pedestrian paths converged, the self-driving system software classified the pedestrian as an unknown object, as a vehicle, and then as a bicycle with varying expectations of future travel path.*** *At 1.3 seconds before impact, the self-driving system determined that an emergency braking maneuver was needed to mitigate a collision (see figure 2).2* ***According to Uber,***

emergency braking maneuvers are not enabled while the vehicle is under computer control, to reduce the potential for erratic vehicle behavior. The vehicle operator is relied on to intervene and take action. The system is not designed to alert the operator.

The self-driving system data showed that the vehicle operator intervened less than a second before impact by engaging the steering wheel. The vehicle speed at impact was 39 mph. The operator began braking less than a second after the impact. The data also showed that all aspects of the self-driving system were operating normally at the time of the crash, and that there were no faults or diagnostic messages.

Several Uber self-driving system cameras captured the crash event. The videos were reviewed by the NTSB and the parties to the investigation. The forward-facing videos show the pedestrian coming into view and proceeding into the path of the vehicle. The videos also show that the pedestrian, once visible, did not look in the direction of the vehicle until just before impact. The videos show that the pedestrian was dressed in dark clothing and that the bicycle did not have any side reflectors. The bicycle had front and rear reflectors and a forward headlamp, but all were facing in directions perpendicular to the path of the oncoming vehicle. ***The videos show that the pedestrian crossed in a section of roadway not directly illuminated by the roadway lighting.***

The inward-facing video shows the vehicle operator glancing down toward the center of the vehicle several times before the crash. In a postcrash interview with NTSB investigators, the vehicle operator stated that she had been monitoring the self-driving system interface. The operator further stated that although her personal and business phones were in the vehicle, neither was in use until after the crash, when she called 911.

... Although toxicological specimens were not collected from the vehicle operator, responding officers from the Tempe Police Department stated that the vehicle operator showed no signs of impairment at the time of the crash.

... Toxicology test results for the pedestrian were positive for methamphetamine and marijuana."[13]

The test driver was distracted by watching a tv show while sitting in the driver seat. Examination of the driver's mobile phone and records from a video-streaming application on her phone show that the driver was streaming a video for the entire trip, including the moments before the crash.[14]

---

[13] The USA National Transportation Safety Board, Preliminary Report: Highway, HWY18MH010 (2018), (https://www.ntsb.gov/investigations/AccidentReports/Pages/HWY18MH010-prelim.aspx , Online, Access Date: 04.03.2021)

[14] The USA National Transportation Safety Board, "Accident Report NTSB/HAR-19/03 PB2019-101402 -Collision Between Vehicle Controlled by Developmental Automated

As reported by Accident Report NTSB/HAR-19/03 PB2019-101402, *"**the probable cause of the crash in Tempe, Arizona, was the failure of the vehicle operator to monitor the driving environment and the operation of the automated driving system because she was visually distracted throughout the trip by her personal cell phone**. Contributing to the crash were the Uber Advanced Technologies Group's (1) inadequate safety risk assessment procedures, (2) ineffective oversight of vehicle operators, and (3) lack of adequate mechanisms for addressing operators' automation complacency—all a consequence of its inadequate safety culture. Further factors contributing to the crash were (1) the impaired pedestrian's crossing of N. Mill Avenue outside a crosswalk, and (2) the Arizona Department of Transportation's insufficient oversight of automated vehicle testing."*[15]

2.THE CRIMINAL INVESTIGATION PROCESS IN THE USA AND EVALUATION OF THE ACCIDENT WITHIN THE SCOPE OF TURKISH CRIMINAL LAW

In the study, it will be supposed that all necessary legislation in Turkey was made to regulate autonomous cars. Neither the Turkish Road Traffic Code nor Regulation of Road Traffic regulates autonomous cars. Turkish Road Traffic Code does not regulate autonomous cars; however, it puts a ban on using a mobile phone or car phones while driving in article 73/1.[16] This regulation does not fall with the purpose of using an autonomous car because one of the purposes of autonomous cars is to create time for people while driving. The Code should be

---

Driving System and Pedestrian Tempe, Arizona March 18, 2018", Washington, DC. , 19 November 2019, p.42 (https://ntsb.gov/investigations/AccidentReports/Reports/HAR1903.pdf , Online, Access Date: 05.03.2021); The safety driver's account on Hulu, an online service streaming tv shows and movies, was playing tv shows for 42 minutes on the night of the crash ending at 9:59 pm, Somerville, Heather/ Shepardson, David, "Uber car's 'safety' driver streamed TV show before fatal crash: police", (https://www.reuters.com/article/us-uber-selfdriving-crash/uber-cars-safety-driver-streamed-tv-show-before-fatal-crash-police-idUSKBN1JI0LB , Online, Access Date: 05.03.2021)

[15] The USA National Transportation Safety Board, "Accident Report NTSB/HAR-19/03 PB2019-101402 -Collision Between Vehicle Controlled by Developmental Automated Driving System and Pedestrian Tempe, Arizona March 18, 2018", Washington, DC. , 19 November 2019, p.v-vi , (https://ntsb.gov/investigations/AccidentReports/Reports/HAR1903.pdf , Online, Access Date: 05.03.2021)

[16] Article 73/1 of Turkish Road Traffic Code (Karayolları Trafik Kanunu), Law No: 2918 , (https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2918.pdf , Online, Access Date: 05.03.2021) ; There are many examples of the articles which do not match with the features of autonomous cars from descriptions to conditions of driving licences, driving educations, obligations of drivers and pedestrians. For this reason, the Code is assumed to regulate the cars in the study.

rewritten to describe autonomous cars and regulate the cars to fit into society and the purpose of the cars. As yet, the only regulation in Turkish Legislation that describes autonomous car is "Type Approval Regulation Regarding the General Safety of Motor Vehicles and Trailers and Parts, Systems and Separate Technical Units Designed for Them and the Protection of Unprotected Highway Users and Passengers" which will enter into force in 6th July 2022.[17]

The autonomous car is defined by article 3/t of the Regulation as follows; *"Motor vehicle designed and manufactured to move autonomously for a specified period of time without constant control of the driver, but where driver's intervention is still expected or required."*[18] As can be seen from the definition, a driver's intervention is still either expected or required even though a car can move autonomously. This definition may cause problems in the future where the level 4 and 5 cars to be on the roads as they are expected to drive without any drivers' intervention.

The incident will be evaluated regarding Turkish Criminal Law after mentioning the criminal processing in the USA.

As the incident occurred in Tempe, Arizona, the USA, the Tempe Police Department referred the case to the Maricopa County Attorney's Office *(MCAO)* for possible charges, including negligent homicide.[19] After that, the case was delivered to the Yavapai County Attorney's Office *(YCAO)* to make a charging decision because of a possible conflict of interest arising from the Maricopa County Attorney's Office past partnership with Uber.[20] In the letter from Yavapai County Attorney Sheila Polk to Maricopa County Attorney Bill Montgomery, Sheila Polk stated "*...there is no basis for criminal liability for the Uber corporation arising from this matter. Because this determination eliminates the basis for the MCAO conflict, we are returning the matter to MCAO for further review for criminal charges*." against Vasquez.[21] According to the Indictment against Rafael

---

17 Motorlu Araçlar ve Römorkları ile Bunlar İçin Tasarlanan Aksam, Sistem ve Ayrı Teknik Ünitelerin Genel Güvenliği Ve Korunmasız Karayolu Kullanıcılarının ve Yolcuların Korunmasi İle İlgili Tip Onayı Yönetmeliği (AB/2019/2144), Official Gazette (Resmi Gazete), No:31127, Date:14.05.2020, (https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2020/05/20200514-2.htm , Online, Access Date: 05.03.2021); Some articles of the Regulation has already entered into force at the moment of promulgation. See Article 18.

18 Article 3/t of the Type Approval Regulation

19 Coppola, Chris/ Frank, BrieAnna J., "Report: Uber Driver Was Watching 'The Voice' Moments Before Fatal Tempe Crash", AZCENTRAL (17.03.2021), (https://www.azcentral.com/story/news/local/tempe-breaking/2018/06/21/uber-self-driving-car-crash-tempe-police-elaine-herzberg/724344002/ , Online, Access Date: 05.03.2021)

20 Ibid. , DeArman, 2019, p.1001

21 DeArman, 2019, p.1002

Stuart Vasquez (the driver), she is accused of negligent homicide.[22] The MCAO stated that "*Distracted driving is an issue of great importance in our community. When a driver gets behind the wheel of a car, they have a responsibility to control and operate that vehicle safely and in a law-abiding manner.*"[23] At Vasquez's arraignment on 15th September 2020, she pled not guilty and the court ordered that she be released to pretrial services with ankle monitoring.[24] At the time of this study, no judgement against the driver has been made.[25]

In the study, all necessary legislation in Turkey is supposed to be made to regulate autonomous cars as said above.

Evaluating the accident within the scope of Turkish criminal law, offences against life are regulated under Chapter 2 -Offences against Persons- of the Second Volume -Special Provisions- of Turkish Criminal Code (the Code).[26] Articles 81 and 85 of the Code regulate homicide depending on the intention. Article 81 regulates intentional homicide while article 85 regulates negligent homicide.

In accordance with article 21, to consider an act as a crime, a crime must be intended by the perpetrator. To hold someone liable because of their negligence, it must be regulated separately by the law because the liability of negligence is exceptional. The main difference between intention and negligence is that in intentional crimes, the person is punished for committing knowingly and willingly the act defined by the law, while in negligent crimes, he is punished for not showing the necessary care to avoid unwilling consequences.[27]

By considering the facts given in the report, the driver did not intend to kill the pedestrian. For this reason, negligence will be examined if it is either ordinary negligence or conscious negligence.

---

22 The State of Arizona (Plaintiff) vs. Rafael Stuart Vasquez (Defendant), Indictment 785 GJ 251 , (https://www.maricopacountyattorney.org/CivicAlerts.aspx?aid=751 , Online, Access Date: 05.03.2021)

23 Maricopa County Attorney's Office, "Grand Jury Indictment Returned on Rafael (aka Rafaela) Vasquez", (https://www.maricopacountyattorney.org/CivicAlerts.aspx?aid=751 , Online, Access Date: 05.03.2021)

24 Age.

25 DeArman, 2019, p.1002

26 Turkish Criminal Code, Law No.5237

(http://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex4.detail?p_lang=en&p_isn=77393&p_count=96544 , Online, Access Date: 05.03.2021); In Turkish, Türk Ceza Kanunu

(https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5237.pdf, Online, Access Date: 05.03.2021)

27 Artuk, Mehmet Emin /Gökcen, Ahmet/Alşahin, Mehmet Emin/Çakır,Kerim , *Ceza Hukuku Genel Hükümler* Adalet Yayınevi, Ankara, 2020,14. Baskı, p.433

Negligence is divided into two: ordinary negligence and conscious (intentional, gross) negligence. According to article 22, negligence is regulated as *"(1) Acts conducted with negligence shall be subject to a punishment only where explicitly prescribed by law.*

(2) Negligence is the execution of a behaviour without foreseeing the consequence specified in the legal definition of the crime, due to the violation of the duty of care.

(3) An act is conducted with conscious negligence when the consequence is foreseen but not wanted; in such case the punishment imposed for negligent act shall be increased from one third to one half."[28]

Article 22/2 regulates ordinary negligence while article 22/3 regulates conscious negligence. The difference between ordinary negligence and conscious negligence is explained by the article's reasoning as follows: "*The feature that distinguishes conscious negligence from ordinary negligence is that the result of the act was predicted by the perpetrator but not wanted...*"[29]

In the case of conscious negligence, the perpetrator predicts the outcome, but acts with the confidence that the outcome will not occur. The source of this trust can be his/her knowledge, experiences, personal abilities of the perpetrator or the nature of the means used.[30]

The Court of Cassation has made various decisions regarding traffic accidents in order to decide if it is ordinary negligence or conscious negligence. For example; hitting someone while passing through the red light considered as conscious negligent homicide[31] while in an accident where the defendant without a driver's license went into traffic in the residential area at night to learn how to drive with the car under his administration, when he came to the scene of the accident and lost his steering control and hit 3 people on the sidewalk, one person died and two people were injured considered as ordinary negligence.[32]

The fault of the perpetrator or the degree of the fault matters to determine the punishment. Determination of punishment is regulated by article 61 of the Code. In the determination of punishment, the criteria regulated by article 61 of the Code are as follows;

---

[28] Article 22 of Turkish Criminal Code

[29] Artuk/Gökcen/Alşahin/Çakır, 2020, p.454

[30] Artuk/Gökcen/Alşahin/Çakır, 2020, p. 454-455

[31] Yargıtay 9. CD. 897/6399. Date. 17.09.2007. cited by Artuk et al. p.457

[32] Yargıtay 12. CD. 2015/9605E., 2016/8110K. Date. 09.05.2016 (https://www.kararara.com/forum/viewtopic.php?t=314553&start=5 , Online, Access Date: 05.03.2021)

"(1) The judge, in the concrete incident;

a) The way the crime was committed,

b) The tools used in the commission of the crime,

c) The time and place of the crime,

d) The importance and value of the subject of the crime,

e) The severity of the damage or danger that has occurred,

f) The degree of the perpetrator's intention or negligent fault,

g) The purpose and motive of the perpetrator,

Considering, determines the basic penalty between the lowest and upmost limit of the penalty stipulated in the legal definition of the crime committed. (2) Reduction or increase of punishment in case of eventual intent or conscious negligence shall be calculated over the punishment to be determined according to the first subsection".[33] For negligent crimes, a special provision in article 22/4 of the Code states that *"The punishment to be given due to negligent offense is determined according to the fault of the perpetrator".*[34]

Regarding the victim's fault, it only matters to determine the penalty but not to determine whether or not the perpetrator's mental element is either ordinary negligence or conscious negligence. In a traffic accident case, The Court ruled *"in determining whether the crime was committed by "ordinary negligence" or "conscious negligence", it does not matter whether the deceased was also at fault or not, because the determination of the existence of the fault or its degree is a process that should be done at the stage of determining the penalty after the mental element is determined by the judge".*[35]

With respect to the incident in Tempe, the USA, what is seen from the report, the incident happened because of the driver's fault. Even though there are other factors for the accident which may be taken into account such as the fact that the pedestrian was positive for methamphetamine and marijuana and, the incident could have been prevented if the driver had given enough attention to monitor the driving environment, as said above, the victim's fault does not matter in order to determine if the perpetrator committed the crime by either ordinary negligence or conscious negligence.

---

[33] Article 61 of Turkish Criminal Code

[34] Article 22/4 of Turkish Criminal Code

[35] Yargıtay Ceza Genel Kurulu E. 2009/9-185 K. 2009/273 Date:24.11.2009, (https://www.kararara.com/forum/viewtopic.php?t=32332 , Online, Access Date: 05.03.2021)

In a similar incident occurred in Turkey, the Court of Cassation has made the following decision by determining that the crime was committed by ordinary negligence;

"In the incident where the accused caused his/her death by hitting a pedestrian with his vehicle in the management and administration during the night while the pedestrian were crossing over from the left side and getting close to the pedestrian crossing sign on a two-way undivided road with 18-meter-wide street lighting in the residential area,

Considering that the deceased was wearing dark clothes, the accused stopped 20 meter after the impact point and there is no pedestrian crossing line at the place where the deceased crosses, the determination of excess punishment by applying conscious negligence provisions on the accused without considering the conditions of conscious negligence."[36]

It could be said that the driver failed to take proper care or precaution during driving without being aware of the legal consequences of its act as the driver did not pay enough attention to monitor the driving environment and the operation of the automated driving system because the driver was visually distracted throughout the trip by her personal mobile phone as mentioned in the report. One may say that the car is autonomous, and she does not have to pay attention to monitor the driving environment all the time. Moreover, focusing on the driving environment all the time does not match the purpose of autonomous cars. However, she was a test driver, and the car was a prototype. As the car is a prototype, Uber designated a driver to be responsible for intervention if the system fails to perform appropriately during testing and to monitor diagnostic messages that appear on an interface in the centre stack of the vehicle dash and tagging events of interest for subsequent review.

The car's speed was 45 mph when it approached the vicinity of the crash site, travelling in the right lane. However, it was at the speed of 39 mph at the moment of collision which is within the legal speed limit of 45 mph.[37] Liability of conscious negligence could have been thought if the car's speed exceeds the legal limit and the driver predicted that he could hit someone and cause his death, but relying on his driving skills, his luck, and the fact that pedestrians would be careful to protect themselves from vehicles, and he acted with the wrong assumption that

[36] Yargıtay 12.CD. 2013/298999 E., 2014/23020 K. Date:17.11.2014 (https://legalbank.net/belge/y-12-cd-e-2013-29899-k-2014-23020-t-17-11-2014/2318685/ , Online, Access Date: 05.03.2021)

[37] The USA National Transportation Safety Board, Collision Between Vehicle Controlled by Developmental Automated Driving System and Pedestrian Tempe, Arizona March 18, 2018 Accident Report NTSB/HAR-19/03 PB2019-101402, p. 1-2

the unintended consequences would not happen. Also, the driver did not lower the car's speed.[38]

Under lights of given information and sample judgements, the present writers believe that the driver should be held liable by ordinary negligent homicide. To think that the act was committed by conscious negligence, the result of the act should have been predicted by the driver but not wanted. Considering the facts given in the report, it would be an excessive comment to think of conscious negligence in the incident.

According to article 85 of the Code, the punishment of negligent homicide is imprisonment from two years to six years.[39] The Judges will determine the punishment by considering the degree of the driver's fault by also taking into account of pedestrian's fault.

CONCLUSION & RECOMMENDATIONS

The accident happened by UBER's autonomous car prototype, in Tempe, Arizona, the USA on 18th March 2018 while the car was on autonomous mode and under administration and monitoring of the test driver. The driver has been accused of negligent homicide by Yavapai County Attorney's Office. At the time of this study, no judgement has been made yet.

The incident has been studied as it is the first of its kind by showing the future's possible problems. Although the accident did not occur in Turkey, the future of having autonomous cars on roads is very close. Neither the Turkish Road Traffic Code nor Regulation of Road Traffic regulate autonomous cars. The only regulation in Turkish Legislation that describes autonomous car is "Type Approval Regulation Regarding the General Safety of Motor Vehicles and Trailers and Parts, Systems and Separate Technical Units Designed for Them and the Protection of Unprotected Highway Users and Passengers" which will enter into force in 6th July 2022. For this reason, the incident has been evaluated as if there were no legal problems regarding having autonomous cars on roads.

Evaluating the incident with regard to the Turkish Criminal Code, the question of whether the driver should be held liable for ordinary negligent homicide or conscious negligent homicide has been the focus of the study as the driver's intention was not to kill the pedestrian intentionally by the given facts in the report. The fault of the perpetrator or the degree of the fault matters to determine the punishment.

---

[38] Yargıtay Ceza Genel Kurulu 2009/9-185E. 2009/273 K. Date:24.11.2009, (https://www.kararara.com/forum/viewtopic.php?t=32332 , Online, Access Date: 05.03.2021)

[39] Article 85/1 of the Code

Regarding the victim's fault, it only matters to determine the penalty but not to determine whether or not the perpetrator's mental element is either ordinary negligence or conscious negligence.

The incident happened because of the driver's fault as she failed to take proper care during her trip, as explained in the report. Considering the facts given in the report, it would be an excessive comment to think of conscious negligence in the incident. To present writers, the driver should be held liable by ordinary negligent homicide. According to article 85 of the Code, the punishment of negligent homicide is imprisonment from two years to six years.[40] The Judges will determine the punishment by considering the degree of the driver's fault by also taking into account the pedestrian's fault.

One of the study's purposes is to show if Turkey is ready for the future regarding its legislation. As can be seen from the comments above, Turkey is not ready yet, for this reason, some recommendations has been given below.

a) Autonomous cars should be defined either by a special Code as the UK[41] did or by amending the current Code as Germany[42] did. The regulation should not only define the cars but also regulate it in detail such as conditions of driver licences, education of drivers, the obligation of drivers, liabilities of drivers etc.

b) New developing technologies should be used to reduce to risk of people's lives while testing the cars. For example, applications of 3D Map[43] can be preferred to test the cars rather than testing the cars on real roads.

If an autonomous car without any drivers or passengers commits a fatal traffic accident, who should be criminally liable will be the topic of the present writers' next study.

---

[40] Article 85/1 of the Code

[41] Automated and Electric Vehicles Act 2018 (http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2018/18/contents/enacted, Online, Access Date: 05.03.2021)

[42] Bundesministerium der Justiz und für Verbracherschutz, Road Traffic Act - Straßenverkehrsgesetz, (https://www.gesetze-im-internet.de/stvg/index.html , , Online, Access Date: 05.03.2021)

[43] Aupperlee, Aaron, "Pittsburgh's Edge Case Research can simulate self-driving car 'nightmare scenario'", 04.04.2018, (https://archive.triblive.com/business/technology/pittsburghs-edge-case-research-can-simulate-self-driving-car-nightmare-scenario/ , Online, Access Date: 05.03.2021)

BIBLIOGRAPHY

Alexandra DeArman, *"The Wild, Wild West: A Case Study of Self Driving Vehicle Testing in Arizona"*, 61 Arizona Law Review. 983 (2019), 984-1012, (https://arizonalawreview.org/the-wild-wild-west-a-case-study-of-self-driving-vehicle-testing-in-arizona/ , Online, Access Date: 20.02.2021)

Artuk, Mehmet Emin /Gökcen, Ahmet/Alşahin, Mehmet Emin/Çakır,Kerim , *Ceza Hukuku Genel Hükümler,* Adalet Yayınevi, Ankara, 2020,14. Baskı,

Aupperlee, Aaron, "*Pittsburgh's Edge Case Research can simulate self-driving car 'nightmare scenario'"*, 04.04.2018, (https://archive.triblive.com/business/technology/pittsburghs-edge-case-research-can-simulate-self-driving-car-nightmare-scenario/ , Online, Access Date: 05.03.2021)

Baker & McKenzie, *Global Driverless Vehicle Survey 2018*, (https://www.bakermckenzie.com/-/media/files/insight/publications/2018/03/global-driverless-vehicle-survey-2018/mm_global_driverlessvehiclesurvey2018_mar2018.pdf, Online, Access Date: 20.02.2021)

Coppola, Chris/ Frank, BrieAnna J., *"Report: Uber Driver Was Watching 'The Voice' Moments Before Fatal Tempe Crash"*, AZCENTRAL (17.03.2021), (https://www.azcentral.com/story/news/local/tempe-breaking/2018/06/21/uber-self-driving-car-crash-tempe-police-elaine-herzberg/724344002/ , Online, Access Date: 05.03.2021)

De Bruyne, Jan / Vanleenhove, Cedric, *"The Rise of Self-Driving Cars: Is the Private International Law Framework for non-contractual obligations posing a bump in the road?"*, IALS Student Law Review. 5. (https://journals.sas.ac.uk/lawreview/article/view/2819, Online, Access Date: 20.02.2021)

Executive Order 2018-04, *Advancing Autonomous Vehicle Testing and Operating:Prioritizing Public Safety*, State of Arizona, (https://apps.azdot.gov/files/sitefinity-files/Executive-Order-2018-04.pdf , Online, Access Date: 20.02.2021)

Hilgendorf, Eric "Autonomous systems, artificial intelligence and robots: An orientation from a criminal law perspective?", Journal of Law & Economic Regulation, Vol.12, No:2, (2019), 9-25

Hilgendorf, Eric, "Automated Driving and the Law", in *Robotics, Autonomics, and the Law* eds. Hilgendorf, Eric/Seidel, Uwe, Baden-Baden, Germany, Nomos, 2017, p.171-195

Ilková, Viktória/ Ilka, Adrian, "Legal aspects of autonomous vehicles – an overview (pre-print)". *21st International Conference on Process Control (PC) June 6–9, 2017,* Štrbské Pleso, Slovakia,428-433

(https://www.researchgate.net/publication/317580822_Legal_aspects_of_autonomous_vehicles_-_an_overview_pre-print , Online, Access Date: 20.02.2021)

KPMG, 2019 Autonomous Vehicles Readiness Index,

(https://assets.kpmg/content/dam/kpmg/xx/pdf/2019/02/2019-autonomous-vehicles-readiness-index.pdf, Online, Access Date: 20.02.2021)

Maricopa County Attorney's Office, "Grand Jury Indictment Returned on Rafael (aka Rafaela) Vasquez"

(https://www.maricopacountyattorney.org/CivicAlerts.aspx?aid=751 , Online, Access Date: 05.03.2021)

Shetty, Sameepa, "Uber's self-driving cars are a key to its path to profitability"

(https://www.cnbc.com/2020/01/28/ubers-self-driving-cars-are-a-key-to-its-path-to-profitability. html , Online, Access Date: 20.02.2021)

Society for Automotive Engineers, *SAE J3016 Levels of Driving Automation*

(https://www.sae.org/news/2019/01/sae-updates-j3016-automated-driving-graphic, Online, Access Date: 20.02.2021)

Somerville, Heather/ Shepardson, David, "Uber car's 'safety' driver streamed TV show before fatal crash: police"

(https://www.reuters.com/article/us-uber-selfdriving-crash/uber-cars-safety-driver-streamed-tv-show-before-fatal-crash-police-idUSKBN1JI0LB , Online, Access Date: 05.03.2021)

Sputnik, "Sürücü koltuğunda kimsenin olmadığı ilk ölümcül kaza: Sürücüsüz Tesla aracının yaptığı kazada 2 can kaybı", https://sptnkne.ws/FY3b, Online, Accesed on 27.04.2021

State of California Department of Motor Vehicles, *Autonomous Vehicles*

(https://www.dmv.ca.gov/portal/dmv/detail/vr/autonomous/bkgd, Online, Access Date: 20.02.2021)

State of Nevada Department of Motor Vehicles, *Autonomous Vehicles*

(https://dmvnv.com/autonomous.htm, Online, Access Date: 20.02.2021),

The USA National Transportation Safety Board, Preliminary Report: Highway, HWY18MH010 (2018) (https://www.ntsb.gov/investigations/AccidentReports/Pages/HWY18MH010-prelim.aspx , Online, Access Date: 04.03.2021)

The USA National Transportation Safety Board, "Accident Report NTSB/HAR-19/03 PB2019-101402 -Collision Between Vehicle Controlled by Developmental Automated Driving System and Pedestrian Tempe, Arizona March 18, 2018", Washington, DC. , 19 November 2019

(https://ntsb.gov/investigations/AccidentReports/Reports/HAR1903.pdf , Online, Access Date: 05.03.2021)

Thrun, Sebastian, *Toward Robotic Cars, Communications of the ACM*, April 2010

(https://dl.acm.org/doi/10.1145/1721654.1721679 , Online, Access Date: 20.02.2021)

Vlasic, Bill/Boudette,Neal E., "Self-Driving Tesla Was Involved in Fatal Crash, U.S. Says"

(https://www.nytimes.com/2016/07/01/business/self-driving-tesla-fatal-crash-investigation.html, Online, Access Date: 21.02.2021)

Winkler, Kira Christin, "Autonomous Vehicles Regulation in Germany and the US and Its Impact on the German Car Industry", Master Thesis, Tilburg Law School, Tilburg University, Tilburg, June 2019

(http://arno.uvt.nl/show.cgi?fid=149595 , Online, Access Date: 20.02.2021)

CASES & CODES

Automated and Electric Vehicles Act, 2018

(http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2018/18/contents/enacted, Online, Access Date:20.02.2021)

Bundesministerium der Justiz und für Verbracherschutz, Road Traffic Act – Straßenverkehrsgesetz, (https://www.gesetze-im-internet.de/stvg/index.html , , Online, Access Date: 05.03.2021)

Motorlu Araçlar ve Römorkları İle Bunlar İçin Tasarlanan Aksam, Sistem ve Ayrı Teknik Ünitelerin Genel Güvenliği Ve Korunmasız Karayolu Kullanıcılarının ve Yolcuların Korunmasi İle İlgili Tip Onayı Yönetmeliği (AB/2019/2144), Official Gazette (Resmi Gazete), No:31127, Date:14.05.2020, (https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2020/05/20200514-2.htm , Online, Access Date: 05.03.2021)

The State of Arizona (Plaintiff) vs. Rafael Stuart Vasquez (Defendant), Indictment 785 GJ 251, (https://www.maricopacountyattorney.org/CivicAlerts.aspx?aid=751 , Online, Access Date: 05.03.2021)

Turkish Criminal Code (Türk Ceza Kanunu),

(http://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex4.detail?p_lang=en&p_isn=77393&p_count=96544 ,

Online, Access Date: 05.03.2021)

Türk Ceza Kanunu

(https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5237.pdf, Online, Access Date: 05.03.2021)

Turkish Road Traffic Code (Karayolları Trafik Kanunu), Law No: 2918,

(https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2918.pdf , Online, Access Date: 05.03.2021)

Yargıtay Ceza Genel Kurulu E. 2009/9-185 K. 2009/273 Date: 24.11.2009,

(https://www.kararara.com/forum/viewtopic.php?t=32332 , Online, Access Date: 05.03.2021);

Yargıtay 12.CD. 2013/298999 E., 2014/23020K. Date:17.11.2014

(https://legalbank.net/belge/y-12-cd-e-2013-29899-k-2014-23020-t-17-11-2014/2318685/ , Online, Access Date: 05.03.2021)

OTONOM ARAÇLARIN NEDEN OLDUĞU KAZALARDAKİ HUKUKİ SORUMLULUK REJİMİ

Legal Responsibility Regime in Accidents Caused by Automated Vehicles

Dr. Batu KINIKOĞLU*
Av. Yücel HAMZAOĞLU,**
Araştırmacı Melike HAMZAOĞLU

Özet: Dünya çapında birçok farklı üretici, otonom araç geliştirme konusundaki çalışmalarına hızla devam etmektedir. Yakın bir zaman içerisinde sürücü müdahalesine ihtiyaç duymayan tam otonom araçların da piyasaya sunulması planlanmaktadır. Otonom araçların yaygınlaşmasının, trafik kazalarını azaltmak başta olmak üzere pek çok olumlu etkisinin olacağı değerlendirilmekte ancak kendisine özgü bazı sorunları da beraberinde getireceği düşünülmektedir. Bugün için Türkiye'de otonom araçların sebep olacağı kazalardan doğan hukuki sorumluluğa ilişkin özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Motorlu araçların sebep olduğu kazalardan doğan hukuki sorumluluğu düzenleyen 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nda yer alan düzenlemelerin otonom araçlar için ne derece uygulanabilir olacağı ve nasıl sonuçlar doğuracağı tartışmaya açıktır. Otonom araçlar kapsamında bu kanunun uygulanması, otonom sürüşlerde sürücünün rolü, kusurun ve sorumluluğun paylaştırılması, sürücü ile otonom sistem arasındaki ilişkinin kazaya ve hukuki sorumluluğa etkisi gibi hususların belirlenmesinde yetersiz

Abstract: Different manufacturers around the world continue to work on developing automated vehicles. Fully automated vehicles that require no driver-intervention are expected to be introduced to the market in the near future. Adoption of automated vehicles will have many positive outcomes, especially in reducing traffic accidents, but they will also bring with them unique problems. Today, there is no specific regulation regarding legal liabilities arising from accidents caused by automated vehicles in Turkey. The extent to which the Highway Traffic Law numbered 2918, which regulates the legal liability arising from accidents caused by motor vehicles, can be applied to automated vehicles, as well as the consequences of such an application, are questionable. The application of this Law for automated vehicles can fall short in various areas including determining the role of the driver in automated driving, the distribution of fault and liability, the relationship between the driver and the automated system and its effect on the accident and legal liability. Therefore, it will be beneficial to establish a legal responsibility regime specific to

* Vrije Universiteit Amsterdam, b.y.kinikoglu@vu.nl
** İstanbul Barosu
Makale Geliş Tarihi: 09.03.2021, Makale Kabul Tarihi: 12.04.2021

kalabilecektir. Bu nedenle, otonom araçların geliştirilmesi ve piyasaya sürülmesinin önünde engel oluşturmayacak, ancak zarar gören kişilerin mağduriyetine de sebep olmayacak, otonom araçlara özgü kusursuz sorumluluğu temel alan bir hukuki sorumluluk rejiminin belirlenmesi yararlı olacaktır.
Anahtar Kelimeler: Otonom araç, Karayolları Trafik Kanunu, hukuki sorumluluk, kusursuz sorumluluk

automated vehicles, based on strict liability, that will not constitute an obstacle to the development and launch of automated vehicles or cause unjust consequences for the injured.
Keywords: Automated vehicles, Highway Traffic Law, legal responsibility, strict liability

GİRİŞ

Otonom araçların trafikte ortaya çıkan pek çok soruna çözüm olacağı yaygın kanaattir.[1] Bu sorunların başında insanlardan kaynaklanan trafik kazaları gelmektedir. Trafik kazalarının yüzde doksanından fazlası insanlardan kaynaklanmaktadır.[2] İnsan sürücülerin tamamen veya kısmen devre dışı kaldığı otonom araçların trafik güvenliğini artıracağı ve böylece trafik kazalarının azalmasını sağlayacağı düşünülmektedir.[3] Alkol, uyuşturucu veya uyarıcı madde etkisinde araç kullanımı nedeniyle kazaların meydana gelmesi gibi sorunların büyük ölçüde ortadan kalkacağı öngörülmektedir.[4] Otonom araçların uykusuzluk ve yorgunluk gibi insan sürücülere özgü sebeplerle trafik kazalarının gerçekleşmesini büyük oranda azaltmaları beklenmektedir.[5] Telaş veya kaygı içerisinde olma, dikkatsizlik veya dikkat dağınıklığı gibi olası kazaları tetikleyen faktörlerin otonom araçlarla birlikte devre dışı kalacağı öngörülmekte ve otonom araçların insan sürücülerden daha iyi sürücüler olacağı kanaati kamuoyunda da popüler bir söylem halini almaktadır.[6]

Otonom araçların, kurallara uygun ve kontrollü araç kullanımına bağlı olarak trafik sıkışıklığını ve karbon salınımını azaltacağı

---

1 Hussain, Rasheed/ Zeadally, Sherali, "Autonomous Cars: Research Results, Issues, and Future Challenges", IEEE Communications Surveys and Tutorials, C. 21, S. 2, 2019, ss.1281-1282

2 Geistfeld, A. Mark, "A Roadmap for Autonomous Vehicles: State Tort Liability, Automobile Insurance, and Federal Safety Regulation", California Law Rev, C. 105, 2017, s.1614, (http://www.californialawreview.org/wp-content/uploads/2017/12/2-Geistfeld-34-updated.pdf), (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 05.03.2021)

3 Schoettle, Brandon/ Sivak, Michael, "Public Opinion About Self-Driving Vehicles in China, India, Japan, the U.S., the U.K., and Australia", The University of Michigan Transportation Research Institute: Ann Arbor, 2014, ss.6-8, (https://deepblue.lib.umich.edu/bitstream/handle/2027.42/109433/103139.pdf?sequence=1&isAllowed=y), (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 05.03.2021); Bansal, Prateek/ Kockelman, Kara M./ Singh, Amit, "Assessing Public Opinions of and Interest in New Vehicle Technologies: An Austin Perspective", Transportation Research Part, C. 67, 2016, ss.6-7, (https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0968090X16000383), (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 05.03.2021)

4 Anderson, James M./ Kalra, Nidhi/ Stanley, Karlyn D. vd,, "Autonomous Vehicle Technology: A Guide for Policymakers", Santa Monica, CA: RAND Corporation, 2016, s.23 (https://www.rand.org/pubs/research_reports/RR443-2.html), (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 05.03.2021)

5 Fagnant, Daniel J./ Kockelman, "Preparing a Nation for Autonomous Vehicles: Opportunities, Barriers and Policy Recommendations", Trasnportation Research Part A: Policy and Practice, C. 77, 2015, s.173

6 Nees, Michael A., "Safer Than the Average Human Driver (Who is Less Safe Than Me)? Examining a Popular Safety Benchmark for Self-Driving Cars", Journal of Safety Research, C. 69, 2019, ss.61-62

öngörülmektedir.[7] Ayrıca sürüş işleminin tamamen otonom araçların kontrolünde gerçekleştirildiği bir dünyada, araç içinde bulunanlar yolcu konumuna geçeceğinden, halihazırda insan sürücüler için sürüş esnasında yasak olan kitap okumak, mesaj yazmak veya uyumak gibi farklı uğraşların gerçekleştirilmesi olanaklı hale gelecektir.[8] Sürücü ehliyeti olmadığı veya yaşı küçük olduğu için araç kullanamayan kişilerin seyahat etmeleri otonom araçlarla oldukça kolaylaşacaktır.[9] Aynı durum, yaşlılık, fiziksel veya diğer engelleri nedeniyle araç kullanamayan pek çok kişi için de otonom araçların sosyal hayata katılma aracı haline gelebileceğini göstermektedir.[10] Ancak tüm bu gelişmelerin yanı sıra, otonom araçların kendine özgü yeni sorunları da beraberinde getireceği öngörülmektedir.[11] Bunlar arasında birçok hukuki sorun da bulunmaktadır. Otonom araçlara özgü hukuki sorunlar, otonom araçlar vasıtasıyla kişisel verilerin işlenmesi, otonom araçlara özgü ayrı bir sigorta sisteminin gerekip gerekmediği, otonom araçlara ilişkin sertifikasyon ve standardizasyon işlemlerinin ne şekilde

---

7 Fagnant/Kockelman, 2015, s.170; LeValley, Dylan, "Autonomous Vehicle Liability—Application of Common Carrier Liability", Seattle U.L. REV. SUPRA, C. 36, 2013, s.5, (https://digitalcommons.law.seattleu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1003&context=sulr_supra), (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 05.03.2021)

8 Sandry, Eleanor, "Automation and Human Relations with the Private Vehicle: From Automobiles to Autonomous Cars", Media International Australia, C. 166, S. 1, 2017, s.17

9 Tremoulet, Patrice D./ Seacrist, Thomas/McIntosh, Chelsea W., "Transporting Children in Autonomous Vehicles: An Exploratory Study", Human Factors: The Journal of the Human Factors and Ergonomics Society, C. 62, S. 2, 2020, s.278; Marshall, Aarian, "Who's Ready to Put Their Kid on a Self-Driving School Bus?", Wired, 1 November 2017, (wired.com/story/self-driving-school-bus/), Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 05.03.2021)

10 Smith, Bryant W., "Managing Autonomous Transportation Demand", Santa Clara Law Review, C. 52, S. 4, 2012, ss.1409-1410, (https://digitalcommons.law.scu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2733&context=lawreview), (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 05.03.2021); Van Oort, Niels/ Scheltes, Arthur, "A Self-Driving Car to Transport Wheelchair-Bound Children", TUDelft, 2017, (https://www.tudelft.nl/en/ceg/research/stories-of-science/a-self-driving-car-to-transport-wheelchair-bound-children/), (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 05.03.2021); Nunes, Ashley/ Reimer, Bryan/ Coughlin, F. Joseph, "People Must Retain Control of Autonomous Vehicles", Nature, 2018, (https://www.nature.com/articles/d41586-018-04158-5), (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 05.03.2021), Chapman, Mary M., "Self-Driving Cars Could Be Boon for Aged, After Initial Hurdles", The New York Times, 23 Mart 2017 (https://www.nytimes.com/2017/03/23/automobiles/wheels/self-driving-cars-elderly.html), Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 05.03.2021)

11 Raval, Vasant/ Dentlinger, Michael J., "Risk Landscape of Autonomous Cars", EDPACS, C. 56, S. 3, 2017, ss.1-18; Taeihagh, Araz/ Si Min Lim, Hazel, "Governing Autonomous Vehicles: Emerging Responses for Safety, Liability, Privacy, Cybersecurity, and Industry Risks", Transport Reviews, C.3 9, S. 1, 2019, ss.103-138; Gorriez, Francois, "The Legal Landscape of Autonomous Cars", DigiWorld Economic Journal-Communications & Strategies, C.105, 2017, ss.59-71, (link.gale.com/apps/doc/A498245249/ITOF?u=ed_itw&sid=ITOF&xid=ca77d333), (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 05.03.2021)

belirleneceği ve yürütüleceği, otonom araçlara ilişkin delil toplama süreçlerinin nasıl yürütüleceği, siber suçların otonom araçlar vasıtasıyla işlenmesi, otonom araçların toplu taşımada kullanılması durumunda ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklar gibi başlıklar altında toplanabilmektedir.[12] Bununla birlikte, otonom araçlara özgü hukuki sorunların başında, bu çalışmanın da konusu olan otonom araçların sebep olduğu kazalarda hukuki sorumluluğun ne şekilde belirleneceği gelmektedir.[13]

Bu doğrultuda çalışmamızda, öncelikle otonom araç kavramının ne olduğu ve çalışma prensipleri açıklanmaya çalışılacak ve Amerika, İngiltere ve Almanya'daki otonom araçlara ilişkin düzenlemeler kısaca incelenecektir. Akabinde otonom araçların karıştığı kazalarda insan sürücü ve otonom araç teknolojileri arasında sorumluluğun paylaştırılmasına ilişkin güncel tartışmalar irdelenerek, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nda ('KTK') yer alan hukuki düzenlemelerin bu tartışmalar ışığında yeterli olup olmadığı irdelenecektir. Tüm bu incelemeler doğrultusunda, otonom araçların karışabileceği olası kazalarda, tüm taraflara ilişkin ortaya çıkabilecek mağduriyetler doğrultusunda halihazırda yürürlükte olan düzenlemelere yönelik gözden geçirme ihtiyacı olup olmadığı da ayrıca ele alınacaktır. Çalışmamızın kapsamı yalnızca otonom araçların karıştığı kazalardaki hukuki sorumluluk ile sınırlandırılmış olup, cezai sorumluluk çalışmamızın kapsamı dışında bırakılmaktadır.[14] Bununla birlikte, otomatik acil fren sistemi, şerit takip etme asistanı gibi araç aktif güvenlik sistemleri ile sürücü destek sistemleri tek başlarına sürüş görevinin tamamını veya bir kısmını kesintisiz olarak yerine getirmedikleri için bu çalışmanın kapsamında yer almamaktadır.[15]

---

[12] Yetim, Servet, "Sürücüsüz Araçlar ve Getirdiği/Getireceği Hukuki Sorunlar", Ankara Barosu Dergisi, S. 1, 2016, s.127

[13] Hevelke, Alexander/ Nida-Rümelin, Julian, "Responsibility for Crashes of Autonomous Vehicles: An Ethical Analysis", Sci Eng Ethics, C. 21, S. 3, 2015, ss.619-630; De Bruin, Roeland, "Autonomous Intelligent Cars on the European Intersection of Liability and Privacy", European Journal of Risk Regulation, C. 7, S. 3, ss.490-495

[14] Otonom araçların kullanımı nedeniyle ortaya çıkabilecek cezai sorumluluğun Türk hukuku açısından incelemesi için bkz. Pekmez Kelep, Tuba, "Otonom Araçların Kullanımından Doğan Cezai Sorumluluk: Türk Hukuku Bakımından Genel Bir Değerlendirme", Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, C. 6, S. 2, 2018, ss.173-195

[15] SAE International, (R) Taxonomy and Definitions for Terms Related to Driving Automation Systems for On-Road Motor Vehicles (J3016 JUN2018, 2018), s.2

I. OTONOM ARAÇ KAVRAMI, ÇALIŞMA PRENSİPLERİ VE DÜNYADAKİ HUKUKİ DÜZENLEMELER

A. Dünyada Otonom Araç Kavramı

Araçlarda kullanılan teknolojiler oldukça geniş bir çerçeveyi içermektedir. Bu teknolojiler, akıllı hız destek sistemi, şeritte tutma veya şeritten ayrılma uyarı sistemi gibi sürücüye yardımcı sistemleri kapsadığı gibi insan müdahalesi olmaksızın sürüşün gerçekleştiği sistemleri de kapsamaktadır.

Otomotiv Mühendisleri Birliği[16] ('SAE') araçlarda altı farklı otonomi kategorisi belirlemiş durumdadır.[17] Bu kategoriler hukuken bağlayıcı olmamakla birlikte otomobil sektöründe ve ilgili regülasyonların yapımında yaygın bir şekilde kullanılmakta ve ortak bir uluslararası dil oluşturmaktadır.

SAE kategorizasyonunda Seviye 0 ile Seviye 5 arasındaki fark, sürüş için insan müdahalesinin ne oranda gerekli olduğuna yöneliktir. SAE kategorizasyonu içerisinde en düşük seviye, Seviye 0'dır. Bu seviyede araçta herhangi bir otonom teknoloji yoktur ve sürüşe ilişkin her şey sürücü tarafından yerine getirilmektedir.[18] Seviye 0'da sürücüyü destekleyen bir teknoloji varsa dahi bu teknoloji sadece sürücüyü uyarmaya dair bir teknolojidir. Aracın sürüş kontrolü tamamen insan sürücüdedir.[19] Seviye 1 araçlarda, akıllı hız desteği veya şeritte tutma sistemi gibi sürüş destek sistemlerinden birisi bulunmaktadır. Bu sürüş destek sistemlerinin sürücü tarafından kontrolü zorunludur.[20] Araçlarda kısmi otonominin ortaya çıktığı seviye ise Seviye 2'dir.[21] Bu seviyede, akıllı hız desteği, şeritten ayrılma uyarı sistemi, gelişmiş acil frenleme sitemi gibi iki çeşit sürüş destek sisteminin birlikte bulunması söz konusudur. Seviye 3 araçlar ise aslında kademeli otonom sürüşün ilk aşaması olarak kabul edilebilmektedir. Normal koşullarda devam eden bir sürüşte, bu seviyedeki araç sürüş koşullarını takip edebilmekte ve sürüşü gerçekleştirebilmektedir.[22] İnsan sürücü ise uyarı halinde sürüş kontrolünü devralmak zorundadır.[23] Seviye 4 araçlarda ise araç, otonom sürüş özellikleri sayesinde olağan koşullarda sürüşü ve sürüş koşullarını kontrol edebilmekte ve sürüşü devam ettirebilmektedir. Bu seviyede insan sürücü, kendi isteğiyle aracın kontrolünü devralabilir veya araç,

---

16 Society of Automotive Engineers

17 SAE International, 2018, s.19

18 SAE International, 2018, s.19

19 SAE International, 2018, s.23

20 SAE International, 2018, s.23

21 SAE International, 2018, s.21

22 SAE International, 2018, s.22

23 SAE International, 2018, s.22

sürüşe devam edemeyeceği olağandışı koşullarda insan sürücüye kontrolü devralması için uyarı verebilir.[24] Yol çalışmasının sürüş koşullarını etkilemesi, yol olarak kabul edilen alanlar dışında aracın kullanılması, Seviye 4 araçlarda sürücünün kontrolü devralmasını gerektiren olağandışı koşullara örnek verilebilir. Ancak Seviye 3'ten farklı en belirgin özellik olarak Seviye 4 araçlar, insan sürücü kontrolü ele almasa da minimum risk seviyesinde sürüşe devam edebilmektedir.[25] Seviye 3'te bu tarz olağan dışı durumlarda araç, insan müdahalesi olmadan sürüşe devam edememekte ve sürüşün devam edebilmesi için insan sürücünün aracın kontrolünü muhakkak devralması gerekmektedir.[26] Seviye 5 ise tam otonom araç olarak kabul edilmektedir. Seviye 5 araç, sürüşü tüm koşullarda tamamen kendisi gerçekleştirebilmektedir. Önceden öngörülemeyen veya değişen tüm koşullara rağmen insan sürücüye ihtiyaç duyulmadan otonom sürüş gerçekleşebilmektedir.[27] Bu tarz araçlarda direksiyon, fren sistemi gibi aracın kontrolü için gerekli olan aksamlar da bulunmayabileceğinden insan sürücü tamamen yolcu konumuna geçebilecektir.

SAE seviyeleri arasındaki geçişler her zaman için çok net olmayabilir. Bu seviyelerin uygulanmasına, yorumlanmasına veya kullanılan teknolojilere bağlı olarak da çeşitli sorunlar ortaya çıkabilir. Seviye 2 araçlarda sürüş destek sistemlerinden yararlanılmaktadır ancak sürücü sürüş koşullarını aktif olarak takip etmek zorundadır. Oysa Seviye 3 araçlarda ise sürüş araç tarafından otonom olarak gerçekleştirilmektedir ve sürücü aktif olarak sürüş koşullarını takip etmek zorunda değildir. Buna rağmen sürücü her zaman sürüşü devralmaya hazır olmalıdır. Otonom sürüş sisteminde hata oluştuğuna dair bir işaret ortaya çıktığında veya aracın kontrolün devralınmasına yönelik bir uyarı vermesi halinde sürücünün kontrolü devralması zorunludur. Ancak sürücü kontrolü devralmaya hazır olsa dahi, olası bir kazayı önleyecek kadar kısa sürede çevresel faktörlerin ya da otonom özelliklerin hatasız bir şekilde çalışmadığının farkına varamayabilir. Aracın kontrolünün insan sürücüye devredilmesi gerekliliği her zaman kontrol ve takip edilemeyebilir.

Bugün itibariyle piyasada satışta olan araçlar incelendiğinde, her ne kadar bazıları *otopilot* ve *tamamen kendi kendine gidebilen araç* olarak

---

24 SAE International, 2018, s.22

25 *Automated Vehicles: A Joint Preliminary Consultation Paper*, Law Commission and Scottish Law Commission, 2018, s. 16 (https://www.scotlawcom.gov.uk/files/8315/4166/7851/Joint_Consultation_Paper_on_Automated_Vehicles_DP_No_166.PDF), (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 05.03.2021)

26 SAE International, 2018, s.15

27 Lim, Hannah Y., *Autonomous Vehicles and the Law: Technology, Algorithms and Ethics,* Edward Elgar Publishing, 2018, s.5

sunuluyor olsa da[28] hali hazırda satışta olan araçların en fazla SAE Seviye 2'ye karşılık geldiği değerlendirilmekte, bu nedenle kademeli otonom sürüşün ilk seviyesine henüz geçilmediği düşünülmektedir.[29] SAE seviyelerinin teknik ve tanımlamaya yönelik olduğu unutulmamalıdır. SAE seviyelerinde, sürüşün gerçekleştirilmesinde insan faktörünün sürüşe ne kadar dahil olduğuna bağlı olarak gerçekleştirilen bir sınıflandırma söz konusudur. Ancak hukuki sorumluluk açısından kimin veya kimlerin sorumlu olduğu veya ne derece sorumlu olduğu ise ayrı bir değerlendirme gerektirmektedir. Sürüş esnasında hangi görevlerin kimin tarafından yerine getirileceği ve sorumluluğun kime ait olduğu SAE sınıflandırmasından bağımsız olarak tabi olunan hukuki kurallar çerçevesinde ayrıca değerlendirilmelidir.

B. Türkiye'de Otonom Araç Kavramı

Türkiye'de otonom araç tanımı, Motorlu Araçlar ve Römorkları ile Bunlar için Tasarlanan Aksam, Sistem ve Ayrı Teknik Ünitelerin Genel Güvenliği ve Korunmasız Karayolu Kullanıcılarının ve Yolcuların Korunması ile İlgili Tip Onayı Yönetmeliği (AB/2019/2144) ('Yönetmelik') içerisinde yer almaktadır. Yönetmelik uyarınca otonom araç "sürücünün devamlı kontrolü olmadan, ancak sürücü müdahalesinin yine de beklendiği veya gerekli olduğu, belirli bir süre için otonom olarak hareket etmek üzere tasarlanmış ve imal edilmiş motorlu araç"[30] olarak; tam otonom araç ise "herhangi bir sürücü kontrolü olmadan otonom olarak hareket etmek üzere tasarlanmış ve imal edilmiş motorlu araç"[31] olarak tanımlanmaktadır. Bu tanımlar Avrupa Birliğindeki mehaz AB/2019/2144 Sayılı Genel Güvenlik Regülasyonu[32] ile uyumludur. Ancak bu tanımlar SAE seviyeleri ile

---

28 Örn. bkz. Tesla, Autopilot and Full Self-Driving Capability, (https://www.tesla.com/support/autopilot), Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 05.03.2021)

29 Teoh, Eric R, "What's in a Name? Drivers' Perceptions of the Use of Five SAE Level 2 Driving Automation Systems", J Safety Res., C. 72, 2020, ss. 145-151; Jimenez Alonso, Felipe/ Naranjo, J.E/, Sanchez-Mateo, Sofia, "Communications and Driver Monitoring Electronics, C. 7, S. 10, 2018, ss.228 vd.; Almanya'da bir mahkeme, Tesla'nın araçları için kullandığı "otopilot" ifadesinin aracın kendi kendine gidebileceği anlamına geldiğini, bu nedenle tüketiciyi yanılttığı sonucuna varmış ve "otopilot" ile "tamamen kendi kendine giden araç" ifadelerinin kullanımını yasaklamıştır. Bknz. Taylor, Micheal, "German Court Bans Tesla 'Autopilot' Name For Misleading Customers", Forbes, 14 Temmuz 2020, (https://www.forbes.com/sites/michaeltaylor/2020/07/14/german-court-bans-tesla-autopilot-name-for-misleading-customers/?sh=56f09f4cc7fb), (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 05.03.2021)

30 Yönetmelik md.3 (t), Resmî Gazete Tarihi: 14.05.2020 Resmî Gazete Sayısı: 31127

31 Yönetmelik md. 3 (z), Resmî Gazete Tarihi: 14.05.2020 Resmî Gazete Sayısı: 31127

32 Regulation (EU) 2019/2144 of The European Parliament and of the Council of 27 November 2019 on type-approval requirements for motor vehicles and their trailers, and systems, components and separate technical units intended for such vehicles, as

doğrudan örtüşmemektedir. Bu husus İngiltere ve Galler Hukuk Komisyonu ile İskoç Hukuk Komisyonun otonom araçların regülasyonuna ilişkin danışma raporunda da vurgulanmıştır.[33] Bu uyumsuzluğun nedeni SAE ile hukuki düzenlemelerin otonom seviyeleri belirlerken farklı kriterleri esas alıyor olmasıdır. Yönetmelik ve AB regülasyonunda tam otonom araçların "herhangi bir sürücü kontrolü olmadan" hareket edebildiği düzenlenmektedir. Ancak SAE seviye 3, 4 ve 5'in hepsi için, aracın hiçbir sürücü kontrolü olmadan hareket edebilmesi mümkündür. Bu seviyelerin arasındaki esas fark sürücünün kontrolü devralmaya her zaman hazır bulunmasının gerekip gerekmediği veya aracın otonom sürüşü hangi koşullarda gerçekleştirebildiğidir. Yönetmelik ve AB regülasyonundaki otonom seviyelerinin hangi SAE seviyelerine karşılık geleceğinin belirlenmesinde iki husus önemli olacaktır: İlki; "sürücünün devamlı kontrolü olmadan" ifadesinin tam olarak ne anlama geldiğinin ve bunun "herhangi bir sürücü kontrolü olmadan" ifadesinden ne şekilde ayrıştığının açıklanmasıdır. Bu husus İngiltere ve Galler Hukuk Komisyonu ile İskoç Hukuk Komisyonun otonom araçların regülasyonuna ilişkin danışma raporunda da belirtilmektedir.[34] Kanımızca, ikinci olarak, Yönetmelik ve AB regülasyonundaki "herhangi bir sürücü kontrolü olmadan" hareket etme şartının tüm sürüş koşullarında mı geçerli olacağı, yoksa sadece önceden belirlenmiş özel sürüş koşullarında[35] mı geçerli olacağının değerlendirilmesi gerekecektir. Bu değerlendirmeye göre SAE Seviye 4 araçların otonom araç mı yoksa tam otonom araç olarak mı kabul edileceği değişebilecektir.

C. Otonom Araç Teknolojileri ve Çalışma Prensipleri

Otonom araçların farklı otonomi seviyeleri bulunmaktadır. Ancak sadece farklı otonomi seviyeleri arasındaki farkları anlamak otonom araçların çalışma prensiplerini anlamak için yeterli değildir. Bu araçların kullandığı teknolojilerin de anlaşılması otonom araçlardan doğan hukuki sorumluluğun tespiti için oldukça önemlidir.

---

regards their general safety and the protection of vehicle occupants and vulnerable road users.

[33] *Automated Vehicles: Consultation Paper 3-A Regulatory Framework for Automated Vehicles A Joint Consultation Paper*, Law Commission and Scottish Law Commission, by., 2020, ss. 46-47, (https://s3-eu-west-2.amazonaws.com/lawcom-prod-storage-11jsxou24uy7q/uploads/2021/01/AV-CP3.pdf), (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 05.03.2021)

[34] Law Commission and Scottish Law Commission, 2020, ss.46-47

[35] Operational Design Domain

Otonom araçların pek çoğunda otonom sürüş, esasında üç farklı aşamadan oluşur: Algılama, planlama ve hareket etme.[36] Otonom araç, radar, GPS, lidar ve kamera gibi sensörlerle aracın konumunu ve etrafındakileri algılar. Otonom aracın bilgisayar sistemi ise sensörler tarafından iletilen bilgileri analiz eder ve etraftaki objeler ile sürüş özelliklerine ilişkin temsili bir dijital sürüş ortamı oluşturulmasını planlar.[37] Bu sayede otonom aracın bilgisayar sistemi kullandığı yazılımlar ve algoritmalar aracılığıyla aracın ne şekilde hareket etmesinin uygun olacağına karar verir. Akabinde ise bilgisayar sistemi uygun şekilde gaz, fren ve direksiyon hareketleri gibi sürüş için gerekli özelliklerin elektronik olarak aktive edilmesini sağlar.[38]

Otonom araçta kullanılan teknoloji, aracın konumlanmasını, aracın hareket ederken neleri dikkate alacağını, sürüş esnasında araç etrafında gerçekleşen olayları ve karşılaşılan engelleri değerlendirmektedir. Çevreyi algılama, sürüşü planlama ve hareket etme birbirine bağlı karmaşık süreçler olarak ortaya çıkmaktadır.[39] Bu karmaşık süreçler, değişken ve farklı çevresel faktörlere bağlı olarak otonom araç teknolojisinden doğacak hukuki sorumluluğu belirlemeyi daha da karmaşık hale getirebilmektedir. Otonom aracın sürüşü gerçekleştirdiği yola ilişkin koşullar farklılaşabilmektedir. Otonom aracın yol çizgilerini takip edeceği varsayımında, yol çizgilerinin belirginliğini kaybetmiş olması, hatalı veya tekrar eden yol çizgilerinin bulunması halinde otonom araç teknolojisinin ne şekilde tepki vereceği, bu tepkinin ortaya çıkaracağı sonuçları etkileyecektir. Bozuk yollar, farklı hızlarda seyreden diğer araçlar, yayalar, yaban hayvanları gibi sürüşü etkileyen pek çok değişken bulunmaktadır.[40] Yol çalışmaları nedeniyle yolun kullanılamaması, fiziki trafik işaretleri ile geçici olarak ek veya yan yollara yönlendirme yapılmış olması, sürüşü etkileyecek bir trafik kazasının gerçekleştiğinin algılanması, diğer sürücülerin trafik hatalarının algılanması, yolda olmaması gereken objelerin aniden ortaya çıkması, yağmur, kar, sis ve benzeri hava olaylarının gerçekleşmesi gibi otonom araç teknolojilerini ve sonuç olarak sorumluluğu etkileyen pek çok faktör bulunmaktadır.

---

36 Kalra, Nidhi/ Anderson, James M./ Wachs, M., "Liability and Regulation of Autonomous Vehicle Technologies", RAND Corporation, California PATH Research Report, UCB-ITS-PRR-2009-28, 2009, s.6, (https://www.researchgate.net/publication/228931139_Liability_and_Regulation_of_Autonomous_Vehicle_Technologies), (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 05.03.2021)

37 Surden, Harry/ Williams, Mary-Anne, "How Self-Driving Cars Work", 2016, s.15, (https://ssrn.com/abstract=2784465), (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 05.03.2021)

38 Surden, s.15.

39 Van Uytsel, Stevan/ Vasconcellos Vargas, Danilo, *Autonomous Vehicles,* Springer, Singapore, 2021, 1. Baskı s.5

40 Lim, 2018, s.6

Otonom aracın öncelikle trafik ve yol işaretlerini anlayabilmesi ve ayrıca etrafındaki değişken pek çok objeyi algılayıp hareket edebiliyor olması gerekir. Otonom araçlar bunun için farklı teknolojilerin birlikte kullanılmasına ihtiyaç duyarlar. Sensörler bu teknolojilerin başında gelmektedir. Otonom araçlarda kullanılan sensörlerden birisi GPS sistemidir. GPS, aracın lokasyonunu ve hareket ettiği yönü tespit etmek amacıyla uydular aracılığıyla elde edilen sinyalleri kullanır. GPS, yaklaşık olarak beş metreye kadar yanılma payına sahiptir.[41] Otonom araçlarda kullanılan sensörlerden bir diğeri ise radarlardır. Radar, diğer şeritlerde seyreden araçların lokasyonu gibi otonom aracın etrafındaki objelerin lokasyonunu algılamaya yarar.[42] Araçta yer alan radar aracılığı ile radyo dalgası bir objeye ulaşıp araca geri döndüğünde, radar sistemi radyo dalgasının açısı, zamanlaması ve gücü gibi unsurları dikkate alarak bu objenin lokasyonunu, hızını hareketini ve yönünü tespit edebilmektedir.[43]

Radarların dışında daha kesin bir lokasyon bilgisi elde edebilmek için otonom araçlarda genellikle lazer tabanlı radar sistemi olarak bilinen lidar sensörler de kullanabilmektedir. Lidar sensörlerin önemli bir avantajı, radyo dalgalarından daha küçük olan lazer ışınlarını kullanmaları nedeniyle yanılma payının milimetrelere kadar düşmesidir.[44] Lidar sensörlerin, cisimlerin uzaklığını çok düşük yanılma payı ile algılayabiliyor olması, aracın kesin konum bilgisinin oluşmasında oldukça yararlıdır. Genellikle aracın üzerinde konumlandırılan ve etrafı üç yüz altmış derece algılayabilen lidar sensörler, aracın etrafındaki objelerin de algılanmasını sağlamaktadır.[45] Lidar sensörler, yüz metre uzaklığa kadar aracın etrafında olan çok küçük objeleri dahi algılayabilmektedir.[46] Ancak bu sensörler, yüksek çözünürlük sağlamalarına rağmen radarlara kıyasla yağmur, sis ve kar gibi koşullardan daha çok etkilenmekte ve etkinlikleri azalmaktadır.[47]

---

41 Levinson, Jesse/ Montemerlo, Michael/ Thrun, Sebastian, "Map-Based Precision Vehicle Localization in Urban Environments", *Robotics: Science and Systems III*, Georgia Institute of Technology, Atlanta, Georgia, USA, 27-30 Haziran 2007, (http://www.roboticsproceedings.org/rss03/p16.pdf), (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 05.03.2021)

42 Anderson/ Kalra/ Stanley vd., 2016, ss.58-59,

43 Russel, Stuart J./ Norvig, Peter, *Artificial Intelligence: A Modern Approach,* Alan Apt, 1995, s.601, (https://www.cin.ufpe.br/~tfl2/artificial-intelligence-modern-approach.9780131038059.25368.pdf), (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 05.03.2021)

44 Surden/ Williams, 2016. s.17.

45 Anderson/ Kalra/ Stanley, 2016, s.61

46 Whitwam, Ryan, "How Google's Self-Driving Cars Detect and Avoid Obstacles", Extremetech, 8 Eylül 2014, (https://www.extremetech.com/extreme/189486-how-googles-self-driving-cars-detect-and-avoid-obstacles), (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 05.03.2021)

47 Lim, 2018, s.24

Lidar sensörlerin aksine, radar sensörler daha ucuzdur ve birkaç yüz metre mesafedeki objeleri algılama kabiliyetine sahiptirler.[48]

Farklı sensörlerin avantajları ve dezavantajları dikkate alındığında otonom araçlar, etrafta hareket eden diğer araçlar, insanlar ve objelerin algılanabilmesi için genellikle birden çok ve farklı sensörü birlikte kullanabilmektedir. Bu sensörlerin arasında kameralar da yer almaktadır. Kameralar, lidar ve radar sensörler gibi aracın etrafındaki objelerin lokasyon ve hızını anlamak için kullanılabilmektedir. Kameralar, objelerin lokasyonlarını anlamak, yol ve trafik işaretlerinin anlaşılması ile okunması, renklerin anlaşılması gibi amaçlarla da kullanılmaktadır. Lidar ve radar sensörler, objeleri ve şekillerini algılayabilir ancak renkleri algılayamaz ve anlamlandıramazlar.[49] Bir objeyi farklı açılardan algılayan birden çok kameranın kullanılması, aracın objeye olan mesafesinin gerçek zamanlı olarak algılanabilmesini sağlamaktadır.[50] Işığın düşük olduğu anlarda, gece yolculuklarında veya olumsuz hava koşullarında kameraların etkinlikleri azalmaktadır.[51] Otonom araçlar tüm bu sensörlere ek olarak infrared sistemler kullanabilirler. Ancak radarlar metalik objeleri algılamakta oldukça başarılı olmasına rağmen, infrared sistemler insan ve hayvanları gece koşullarında algılamak açısından daha başarılıdır.[52] Tüm bunlara ek olarak otonom araçlar, ayrıca sonar sistemler, ultrasonik sensörler veya seslerin algılanmasına ve yorumlanmasına yarayan algoritmalar kullanabilmektedir. Otonom araçlar, birbirinden farklı sensör ve yöntemi birlikte kullanır ve bunların bir kısmını otonom sürüşte karar verme süreçlerinde daha yoğun olarak dikkate alabilir. Ayrıca kullanılan teknolojiler geliştikçe otonom araçların farklı sensörler veya teknolojilerle otonom sürüşü gerçekleştirebileceği ve sorumluluğun belirlenmesinde tüm bu teknolojilerin dikkate alınması gerekeceği unutulmamalıdır.

Tüm bu sensörler, otonom sürüş için gerekli bilgilerin toplanmasını sağlar. Farklı sensörlerin birlikte kullanılması sayesinde aracın mevcut konumu, bulunduğu yol ve şerit bilgisi, mevcut hızı ve yönü, etrafındaki hareket eden veya duran araçlar, yayalar, yolda yer alan tümsek veya diğer engeller, trafik işaretleri veya binalar algılanabilmektedir.

Sensörler dışında otonom araçlarda kullanılan diğer bir teknoloji, oldukça detaylı bilgilerin ve açıklamaların yer aldığı haritalardır. Bu

---

48 Whitwam, Ryan, 2014, (https://www.extremetech.com/extreme/189486-how-googles-self-driving-cars-detect-and-avoid-obstacles), (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 05.03.2021)

49 Lim, 2018, s.30

50 Whitwam, Ryan, 2014, (https://www.extremetech.com/extreme/189486-how-googles-self-driving-cars-detect-and-avoid-obstacles), (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 05.03.2021)

51 Lim, 2018, s.30

52 Lim, 2018, s.31

haritalar genellikle yol bilgisi ve bu yol bilgisine ilişkin coğrafi koordinatlarla ilişkilendirilmektedir.[53] Bu haritalarda yolların görüntülerine yer verilmektedir. Bu görüntüler genellikle üç yüz altmış derecelik lazer taramasına dayalı görüntülerdir. Bu haritaları oluşturan şirketler, genellikle yollarda gerçekleştirdikleri sürüşler esnasında lidar ve diğer sensörler aracılığıyla yol görüntülerini toplar ve GPS lokasyonları ile eşleştirerek saklarlar.[54] Otonom araçlar, önceden toplanan ve saklanan bu görüntülerden yararlanırlar. Ancak önceden kaydedilen bu bilgiler tek başına yeterli olmaz. Otonom araç, sürüş esnasında detaylı yol bilgileri ile eşleştirilmiş harita bilgilerini baz alır ancak bu bilgilerle yetinmez. Örneğin, sürüş esnasında harita ve haritaya ekli bilgilerde aracın sağa dönmesi gerektiği ve dönüşte trafik ışıkları bulunduğu bilgisi yer alabilir. Ancak araç harita ve haritaya ekli bilgileri canlı sensörler aracılığıyla tekrar kontrol eder ve gerçekten trafik ışığı bulunup bulunmadığını algılar.[55] Otonom araçlarda yer alan haritalar ile güncel yol ve çevre koşulları uyuşmayabilir. Bu halde otonom araç anlık kontrol gerçekleştiren kamera ve diğer sensörleri aracılığı ile güncel yol durumunu algılar ve sürüşü değişen koşullara uygun olarak gerçekleştirir.

Sensörler ve haritalar dışında otonom araçlarda kullanılan diğer bir önemli teknoloji, sürüşü planlayacak ve organize edecek bilgisayar sistemidir. Bu sistem, sensörlerden elde edilen bilgileri ve harita bilgilerini birleştirip, oldukça gelişmiş algoritmalar kullanarak sürüşün ne şekilde devam etmesinin daha doğru olduğuna ve bir sonraki adıma karar vermektedir.[56]

D. Dünyada Otonom Araçlara İlişkin Hukuki Düzenlemeler

Otonom araçların ilk geliştirme ve test aşamalarında, araçların neden olacağı kazalardan doğacak sorumluluk konusu tartışılırken daha çok hız kontrolü gibi yardımcı teknolojiler ile paralellik kurularak sorumluluğun, her halükârda sürücü üzerinde olacağı hususu ön plana çıkmıştır.[57] Ancak otonom araçlar, trafikte yaygınlaştıkça dünyanın birçok yerinde otonom araçlara ilişkin yasal düzenlemelerin ne şekilde olacağı, otonom araçlara ilişkin en çok tartışılan konulardan biri haline

---

[53] Gomes, Lee, "Hidden Obstacles for Google's Self-Driving Cars", MIT Technology Review, 28 Ağustos 2014, (https://www.technologyreview.com/2014/08/28/171520/hidden-obstacles-for-googles-self-driving-cars/), (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 05.03.2021)

[54] Surden/ Williams, 2016 s.13, Levinson/ Askeland/ Dolson, 2011, s.164.

[55] Levinson/ Askeland/ Dolson, 2011, s.167

[56] Surden/ Williams, 2016, s.15.

[57] Örn. Bkz. Hyde, Justin, "Are Google's Driverless Cars Legal?", Jalopnik, 11 Ekim 2010, (https://jalopnik.com/are-googles-driverless-cars-legal-5661240), (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 05.03.2021)

gelmiştir. Yalnızca sorumluluğun ne şekilde belirleneceğine ilişkin değil, bu araçların ne şekilde test edileceği, ticari olarak kullanımı, sigorta, güvenlik standartları ile denetimleri gibi otonom araçlara ilişkin birçok konuda düzenlemeler yapılmaktadır.

Bu düzenlemeler yapılırken araştırmacılar ve kanun koyucular, otonom araçlar ile diğer otonom teknolojiler arasında bağlantı kurup, eski otonom teknolojiler için uygulanan regülasyonun günümüzde otonom araçlar için de uygulanabilir olup olmayacağını tartışmıştır.[58] Havacılıktan deniz taşımacılığına, otonom trenlerden asansörlere pek çok sektördeki otonom teknolojiler ve bunlar etrafındaki sorumluluk rejimi, otonom araçlar açısından da tartışılmıştır.[59] Ancak bu karşılaştırma, sektörlerin işleyişindeki ve kullanılan teknolojilerdeki farklılık nedeniyle yol gösterici olmaktan uzak kalmıştır.[60]

Bu çalışmamızda otonom araçlara ve bu araçlardan kaynaklanan kazalarda hukuki sorumluluğa ilişkin güncel tartışmaların daha anlaşılır olması için Amerika, İngiltere ve Almanya'daki hukuki düzenlemelere kısaca değinilecektir.

1. Amerika

Amerika'da eyaletlerin büyük bir çoğunluğu otonom araçlara özgü düzenleme yapmıştır.[61] Nevada, 2011'de otonom araç yasası çıkaran ilk eyalet olmuştur.[62] Tennessee, otonom araç kullanımının yaygınlaştırılması amacıyla yerel yönetimlerin otonom araç kullanımını yasaklamasını engelleyen düzenlemeler getirmiştir.[63]

Amerika'da kazalardan doğan sorumluluğa ilişkin hukuki rejimin çerçevesini mahkemeler ve eyalet hukuku çizmektedir.[64] Buna göre

---

58 LeValley, 2013, ss.9-12

59 Colonna, Kyle, "Autonomous Cars and Liability", Journal of Law, Technology & The Internet, C.4, S.4, 2012, ss.91-102, (https://scholarlycommons.law.case.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1022&context=jolti), (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 05.03.2021)

60 LeValley, 2013, s.9

61 National Conferance of State Legislatures, "Autonomous Vehicles/Self-Driving Vehicles Enacted Legislation", 18 Şubat 2020, (https://www.ncsl.org/research/transportation/autonomous-vehicles-self-driving-vehicles-enacted-legislation.aspx), (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 05.03.2021)

62 Husch, Ben/ Teigen, Anna, "Regulating Autonomous Vehicles", National Conference of State Legislatures, C.25, S.13, 2017, (https://www.ncsl.org/research/transportation/regulating-autonomous-vehicles.aspx), (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 05.03.2021)

63 Husch/Teigen, 2017, (https://www.ncsl.org/research/transportation/regulating-autonomous-vehicles.aspx), (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 05.03.2021)

64 Legal Information Institute, Cornell Law School, (https://www.law.cornell.edu/wex/tort), (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 05.03.2021)

trafik kazalarından doğan sorumluluk rejimi, her bir eyalette sürücülere ilişkin farklı farklı standartlar olması nedeniyle, eyaletlere göre farklılaşabilmektedir. Bununla birlikte ülke genelinde birliği sağlayabilmek adına Amerika'da federal seviyede Ulusal Karayolu Trafik Güvenlik Kurumu,[65] Federal Motorlu Araç Güvenlik Standartları'nı belirlemekte ve buna uyumluluğun sağlanmasını denetlemektedir. Eyaletler de kendi yetki sınırları içerisinde, insan sürücülere ehliyet verilmesini ve motorlu araçların kaydedilmesini sağlayarak trafik kanun ve düzenlemelerini belirleyerek bunların uygulanmasını sağlamaktadırlar.[66] Bu nedenle hukuki sorumluluğun atfedilmesi çerçevesinde her bir eyaletin farklı konsept ve yaklaşımları olduğunu söylemekte yarar bulunmaktadır. Örneğin dünyada ilk kez, bir otonom aracın çarpması ile bir yayanın hayatını kaybettiği Arizona'da, halihazırda trafik kazalarına ilişkin sorumluluk rejimi, kazaya karışan tüm tarafların kusurunun karşılaştırmalı olarak değerlendirilmesi üzerine kuruludur ve otonom araçlara ilişkin bir kazada yapılacak değerlendirmeye, yaya, sürücü ve diğer araçlar gibi trafik kazalarının tarafı olabilecek kişilere otonom aracın üreticisi gibi yeni tarafların dahil olacağı değerlendirilmektedir.[67]

2. İngiltere

İngiltere'de otonom araçlara özgü düzenlemeler içeren Otomatik ve Elektrikli Araçlar Yasası-2018[68] bulunmaktadır. Bu yasanın 8(1)(a)

---

65 National Highway Traffic Safety Administration

66 *Automated Driving Systems 2.0: A Vision for Safety,* U.S. Department of Transportation NHTSA, (https://www.nhtsa.gov/sites/nhtsa.dot.gov/files/documents/13069a-ads2.0_090617_v9a_tag.pdf), (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 05.03.2021)

67 Di, Xuan/ Chen, Xu/ Talley, Eric, "Liability Design for Autonomous Vehicles and Human-Driven Vehicles: A Hierarchical Game-Theoretic Approach", Transportation Research Part C: Emerging Technologies, C.118, 2020, 102710, s.2, (https://arxiv.org/pdf/1911.02405.pdf), (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 05.03.2021); ABD'de eyaletler arasındaki sorumluluk rejimine ilişkin farkların, otonom araç üreticileri önünde bir engel olduğu düşünülebilir. McChristian, Lynne/ Corbett, Richard, "Regulatory Issues Related to Autonomous Vehicles", Journal of Insurance Regulation, C. 35, S. 7, 2016, s.11, (https://content.naic.org/sites/default/files/inline-files/JIR-ZA-35-07-EL.pdf), (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 05.03.2021) Ancak yalnızca sorumluluk rejimi ile ilgili farklar değil, trafik kuralları arasındaki farklar da üreticileri zorlamaktadır. Brodsky bu konuya örnek olarak New Jersey ve Pennsylvania eyaletleri arasındaki farkı vermektedir. New Jersey'de, sürücülerin, kural olarak, bisikletler de dahil herhangi bir aracı geçişleri esnasında korna çalmaları gerekmektedir. Pennsylvania'da ise, sürücülerin bisikletlileri geçişi esnasında korna çalmaları yasaktır. Bu da üreticilerin araçlarını nasıl programlamaları gerektiği konusunda çeşitli zorlukları da beraberinde getirmektedir. Brodsky, Jessica S., "Autonomous Vehicle Regulation: How an Uncertain Legal Landscape May Hit the Brakes on Self-Driving Cars", Berkeley Technology Law Journal, C.31, S.2, 2016, s.864, (https://www.jstor.org/stable/26377774), (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 05.03.2021)

68 Automated and Electric Vehicles Act- 2018

kısmında otonom araç "kendi kendini sürebilen"[69] araç olarak tanımlanmaktadır.

Otonom araçların karıştığı kazalardaki hukuki sorumluluk, belirtilen yasanın 2(1) bölümünde düzenlenmektedir. Eğer ilgili maddede yer alan üç şartın hepsi olayda mevcutsa, kazadan kaynaklanan tüm zararlardan sigortacı sorumlu olacaktır:[70]

i) Kazaya kendi kendini sürerken bir otonom araç sebep olmuş olmalıdır;
ii) Kaza meydana geldiğinde otonom aracın sigortası bulunuyor olmalıdır ve;
iii) Kaza yüzünden sigortalı bir kişi ya da bir başkası zarar görmüş olmalıdır.[71]

Dolayısıyla otonom araçlardan kaynaklanan kazalarda sürücünün mü araç sahibinin mi üreticinin mi sorumlu olacağı tartışmalarından bağımsız olarak,[72] belirtilen koşullar gerçekleştiğinde kazadan doğan zararlardan doğrudan aracın sigortacısının sorumlu olacağı öngörülmektedir. Bunun sebebi de bu kazalar nedeniyle ölüm, yaralanma ya da diğer bir zarara uğrayan kişilerin zararlarının hızlı bir şekilde karşılanabilmesinin sağlanmasıdır.[73] Zarara uğrayan kişilerin zararları karşılandıktan sonra sigortacı, kazadan sorumlu olan diğer kişilere rücu edebilmektedir.[74]

İlgili maddeye bakıldığında, her ne kadar otonom araçlardan kaynaklanan kazalarda kimin sorumlu tutulacağı hususu basit bir şekilde çözüme kavuşturulmuş gibi gözükse de Bağlantılı ve Otonom Araçlar Merkezi,[75] otonom araçların karayollarında kullanılmasını düzenleyen kurallara yönelik alternatiflerin araştırılmasını istemiştir.[76] Bunun üzerine İngiltere ve Galler Hukuk Komisyonu ile İskoç Hukuk

---

69 "driving itself", Section 8(1)(a) Automated and Electric Vehicles Act-2018

70 Section 2(1) Automated and Electric Vehicles Act-2018

71 Section 2(1) Automated and Electric Vehicles Act-2018

72 Di/ Chen/ Talley, 2020, ss.1-27, Fernandez, Elizabeth, "Who Is Responsible In A Crash With A Self-Driving Car?", Forbes, 6 Şubat 2020, (https://www.forbes.com/sites/fernandezelizabeth/2020/02/06/who-is-responsible-in-a-crash-with-a-self-driving-car/?sh=1195a5024b2b), (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 05.03.2021), Jurdak, Raja/ Kanhere, Salil S. "Who's to Blame When A Driverless Cars Have An Accident?", The Conversation, 20 Mart 2020, (https://theconversation.com/whos-to-blame-when-driverless-cars-have-an-accident-93132), (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 05.03.2021)

72 Law Commission and Scottish Law Commission, 2018, s.1

73 Law Commission and Scottish Law Commission, 2018, s.101.

74 Law Commission and Scottish Law Commission, 2018, s.101.

75 The Centre for Connected and Automated Vehicles

76 Law Commission, (https://www.lawcom.gov.uk/project/automated-vehicles/), (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 05.03.2021)

Komisyonu ('Komisyon') birlikte, otonom araçlara ilişkin halihazırda mevcut olan yasal düzenlemelerin söz konusu otonom araç teknolojilerini doğru bir şekilde yansıtması ve bunlardan kaynaklanan sorunlara daha net çözümler getirilebilmesinin sağlanması için 2018-2021 yıllarını kapsayan geniş bir gözden geçirme çalışması başlatmış bulunmaktadır.[77]

Komisyon'un görüşe açılan danışma raporlarına bakıldığında hukuki sorumluluk[78] ve cezai sorumluluktan,[79] otonom araçların taksi, otobüs gibi toplu taşıma ve yolcu taşımacılığı hizmetlerinde kullanılmasına[80] kadar pek çok konuya ilişkin uygulamada ortaya çıkabilecek hukuki sorunlara değinildiği ve bu sorunların çözümü ile ilgili kamuoyunun görüşlerinin toplandığı görülmektedir.

Otonom araçların karıştığı kazalarda, sigortacının sorumluluğunu düzenleyen halihazırdaki maddenin uygulamasında hukuki belirsizlik oluşturan en önemli husus hem insan hem de otonom sistem tarafından sürülebilen bir otonom araçta kaza anında kontrolün kimde olduğunun belirlenmesi hususudur.[81] Zira maddede belirtilen şartlara bakıldığında kazanın aracın *kendi kendini sürerken* meydana gelmiş olmasının, sigortacının sorumluluğuna gidilebilmesi için bir ön koşul olduğu görülmektedir. Tam da bu noktada bazı belirsizlikler ortaya çıkabilecektir. Örneğin, otonom araç kendi kendine giderken sensörlerinin önündeki yayayı algılamaması nedeniyle aracın bir anda yayaya çarpacağını fark eden insan sürücü, aniden kontrolü devraldığında ve aracın yayaya çarpmasını önleyemediğinde sorumluluk kimde olacaktır?[82] Kazanın insan sürücünün aracın yayaya çarpmasını önlemek için kontrolü ele almasının hemen akabinde gerçekleşmesi nedeniyle, kaza araç kendi kendini sürerken meydana gelmiş kabul edilmeyecek midir?[83] Eğer aracın sensörlerindeki arızanın kazanın meydana gelmesindeki etkisine rağmen kazadan insan sürücü sorumlu tutulursa, bu durum insan sürücüleri ne olursa olsun hiçbir şekilde aracın kontrolünü devralmamaya ve yol güvenliğini tehlikeye atmaya itmeyecek midir?[84] Komisyon raporu tüm bu soruları sormakta

---

77 Law Commission and Scottish Law Commission, 2018, s.1

78 Law Commission and Scottish Law Commission, 2018, s.101 vd.

79 Law Commission and Scottish Law Commission, 2018, s.125 vd.

80 *Automated Vehicles: Consultation Paper 2 on Passenger Services and Public Transport A Joint Consultation Paper*, Law Commission and Scottish Law Commission, by., 2019, (https://s3-eu-west-2.amazonaws.com/lawcom-prod-storage-11jsxou24uy7q/uploads/2019/10/Automated-Vehicles-Consultation-Paper-final.pdf), (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 05.03.2021)

81 Law Commission and Scottish Law Commission, 2018, s.39-40

82 Law Commission and Scottish Law Commission, 2018, s.40

83 Law Commission and Scottish Law Commission, 2018, s.40-43

84 Law Commission and Scottish Law Commission, 2018, s.42

ve cevaplarını aramaktadır. Sonuç olarak, İngiltere'de hukuki sorumluluğa ilişkin düzenlemeler mevcut olmasına rağmen, otonom araçların sebebiyet verdiği kazalara yönelik ortaya çıkabilecek tüm bu etik ve hukuki sorunlar konusunda kamuoyunun görüşleri toplanarak otonom araçlara ilişkin tüm alternatif yasal düzenleme seçenekleri ele alınmaktadır.[85]

3. Almanya

Kıta Avrupası hukuk sistemi içerisinde bulunması nedeniyle Amerika ve İngiltere'ye kıyasla Türkiye'deki hukuk sistemine en yakın düzenlemeler, Almanya'da yürürlükte bulunan düzenlemelerdir.

Alman Karayolları Trafik Kanunu'na ('AKTK') göre, Türkiye'deki düzenlemeye benzer şekilde araç kazalarında herhangi bir kusuru olup olmadığına bakılmaksızın bir tehlike sorumluluğu kapsamında işletenin sorumluluğuna gidilmektedir.[86] Bununla birlikte, eğer kusuru söz konusu ise sürücünün de sorumluluğundan bahsedilebilmektedir.[87]

Ancak yasal düzenlemelerin teknolojileri takip edebilmesini sağlayabilmek adına Almanya, AKTK'da, 2017 yılında birtakım değişiklikler yapmıştır.[88] Bu değişikliklerle belirli otonomi seviyesini haiz araçların kullanım amacına uygun olmak kaydıyla karayollarında kullanılabilmesinin önü açılmıştır.[89] Sürücünün, yüksek veya tam otonom sürüş sistemini çalıştırabileceği de düzenlenmiş olup, sürücünün aracı otonom sürüş moduna geçirdiğinde trafiğin akışını takip etme zorunluluğunun bulunmadığı ancak eğer yüksek veya tam otonom sürüş sistemi, aracın kontrolünü devralmasını isterse veya belirli durumlarda sürücü kendiliğinden aracın kullanım amacı için ön koşulların artık mevcut olmadığını fark ederse aracın kontrolünü devralma yükümlülüğü bulunduğu açıkça ilgili kanuna eklenmiş bulunmaktadır.[90] Bu değişikliklerde SAE Seviye 3 ve SAE Seviye 4 kast edilmektedir. Bununla birlikte Alman Federal Ulaştırma ve Dijital

---

85 Law Commission and Scottish Law Commission, 2020, s.1

86 Burianski, Markus Dr./ Theissen, Christian M., "An Important Milestone as Germany Permits Automated Vehicles: Market Impact and Outlook", Business Law Magazine, 7 Eylül 2017, (https://www.deutscheranwaltspiegel.de/businesslaw/archiv/an-important-milestone-as-germany-permits-automated-vehicles-market-impact-and-outlook/), (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 05.03.2021)

87 Burianski/Theissen, 2017

88 Straßenverkehrsgesetz [StVG], [Alman Karayolları Trafik Kanunu], 5 Mart 2003'te değiştiği şekliyle (BGBI. I s. 310, 919), en son 17 Temmuz 2017 tarihli Kanunun 8. maddesiyle değiştirilmiştir (BGBI. I s. 2421), Chatzipanagiotis, Michalel Dr./ Leloudas, George Dr., "Automated Vehicles and Third-Party Liability: A European Perspective", Journal of Law, Technology & Policy C. 2020, s.143

89 Chatzipanagiotis/ Leloudas, 2020, s.143

90 Straßenverkehrsgesetz [StVG], § 1

Altyapı Bakanlığı, SAE Seviye 5'e denk gelen tam otonom araçların önceden belirlenmiş güzergahlarda insan ve eşya taşımacılığında kullanımının önünü açacak yeni bir kanun taslağı hazırlamıştır.[91]

II. OTONOM ARAÇLARIN KARIŞTIĞI KAZALARDA SÜRÜCÜLER VE OTONOM ARAÇ SİSTEMLERİ ARASINDA SORUMLULUĞUN PAYLAŞTIRILMASINA İLİŞKİN GÜNCEL TARTIŞMALAR

2018'de otonom aracın karıştığı bir kazada ilk kez bir yayanın hayatını kaybetmesinden beri,[92] otonom araçlara ilişkin en büyük endişe, güvenli olup olmadıkları hususudur. Dolayısıyla insan sürücülerin dikkatsizlikleri sebebiyle meydana gelen trafik kazalarını azaltmaları, fiili imkansızlıklar nedeniyle araç kullanamayacak kişilere sağlayacakları katkılar gibi birçok faydanın yanı sıra, hızla gelişen otonom araç teknolojisinin toplum tarafından kabul edilmesi ve kullanımının yaygınlaştırılması için bunlardan kaynaklanan kazalarda mağduriyetlerin giderilebilmesi noktasında hukuki düzenlemelerle hakkaniyetli bir çerçevenin çizilebiliyor olması, en önemli konulardan biridir. Bu nedenle dünya genelinde birçok ülkede var olan hukuki düzenlemelerin güncellemesi veya sadece bu teknolojilere özgü düzenlemeler getirilmesine ilişkin tartışmalar yürütülmektedir.

Otonom araç teknolojileri her geçen gün araçların kontrolüne insan sürücülerden daha fazla hâkim olmaya başladıkları için araç hakimiyetindeki bu yön değişiminin, kazalarda insan sürücüleri kusurlu bulan geleneksel sorumluluk rejimlerinde bir değişikliğe sebep olacağı aşikardır. Yakın tarihte hem insan hem de otonom araç sisteminin birlikte kontrol edebildiği otonom araçların karıştığı kazalarda, kazayı duyan insanlar tarafından nedensel sorumluluğun nasıl algılandığı ve suçun kime atfedildiğine ilişkin bir araştırma yapılmıştır.[93] Bu araştırmada katılımcılara, insan ve otonom araç sistemi tarafından idare edilen bir aracın, bir yayaya çarparak ölümüne sebep olduğu senaryoda kimi suçlu buldukları sorulmuştur. Araştırmanın sonucu, katılımcıların hem insan hem otonom araç sisteminin ortak kontrolü altındayken gerçekleşen bir kazada suçu insan sürücüye atfetme eğiliminde

---

91 Köster, Jonas, "Germany Publishes Draft Law for the Approval of Fully Autonomous Vehicles", Freshfields Bruckhaus Deringer, 17 February 2021, (https://digital.freshfields.com/post/102gr1m/germany-publishes-draft-law-for-the-approval-of-fully-autonomous-vehicles), (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 05.03.2021)

92 Wakabayashi, Daisuke, "Self-Driving Uber Car Kills Pedestrian in Arizona, Where Robots Roam", The New York Times, 19 Mart 2018, (https://www.nytimes.com/2018/03/19/technology/uber-driverless-fatality.html), (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 05.03.2021)

93 Awad, Edmond/ Levine, Sydney/ Kleiman-Weiner, Max vd. "Drivers are Blamed More Than Their Automated Cars When Both Make Mistakes", Nat Hum Behav, C. 4, 2020, s.134

olduklarını, otonom araç sistemine daha az kusur bulduklarını göstermiştir.[94] Yine diğer bir araştırmanın sonucu da insanların bu tarz teknolojilere ilişkin benzer bir kanaate sahip olduğunu göstermiş; araç hangi otomasyon düzeyinde olursa olsun insan sürücünün, meydana gelen kazada bir miktar payının olduğu ve bu nedenle yasal olarak sorumlu tutulabileceği algısının bulunduğunu vurgulamıştır.[95] Her iki çalışma da, insanların otonom sistemlerden kaynaklanan hatalara karşı yeterli tepkiyi verecek şekilde bu teknolojilerin çalışma biçimlerini henüz kavrayamamaları sebebiyle yine de suçu insanda bulma eğiliminde olduklarını göstermesi açısından son derece önemlidir.

2018'de Arizona'da Uber'in otonom aracının ilk kez bir yayaya çarparak hayatını kaybetmesine sebep olması sonucu ortaya çıkan gelişmeler de insan sürücülerin sorumlu tutulma eğiliminin daha fazla olduğunu desteklemiştir. Şöyle ki, Uber bu kazadan sonra cezai sorumluluktan kurtulmuş olmasına rağmen, aracın içerisinde yedek sürücü pozisyonunda olan insan sürücü hakkında cezai sorumluluğa ilişkin süreçler başlatılmıştır. Bu olaydan sonra Amerika Ulusal Ulaşım Güvenliği Kurulu[96] tarafından başlatılan soruşturma ise, kazanın Uber tarafında yazılım ve organizasyonel birçok eksiklikten kaynaklandığını vurgulamıştır. Sözde hatasız, karmaşık çalışma prensipleri bulunan sistemlere, insanlardan daha çok güvenilmesinin geçmişi otonom araçlardan da eskilere dayanmaktadır. Örneğin, güvenliğin hayati derecede önem taşıdığı uçakların kontrolünün giderek otomatik sistemlerin hakimiyetine girmeye başladığı dönemde de meydana gelen kazalarda, ahlaki ve yasal sorumluluğu pilotlara yükleme eğilimi bulunmaktaydı.[97] Hatta otomatik ve otonom sistemler yerine insana kusur bulma eğilimi üzerine yapılan çalışmalar ile, belirtilen teknolojilerden kaynaklanan hatalardan dolayı sorumluluğun hatalı bir şekilde insana atfedilmesi durumu "moral crumple zone" olarak adlandırılarak literatüre girmiş bulunmaktadır.[98]

Oysaki, araç sadece otonom araç sistemi tarafından kontrol edilirken gerçekleşen ve otonom araç sisteminin hatasından

---

[94] Bu nedenle ilgili çalışmada federal yasalar yerine jüri sistemi tarafından belirlenen fiili standartların bu araçların güvenliğini düzenleme noktasında yeterli olmayacağı belirtilmiştir. (Bknz. Awad/ Levine/ Kleimean-Weiner vd., 2020, s.134

[95] Bennett, Joanne M./ Challinor, Kirsten/ Modesto, Oscar vd., "Attribution of Blame of Crash Causation Across Varying Levels of Vehicle Automation", Safety Science, C. 132, 2020, 104968, s.11

[96] The US National Transportation Safety Board.

[97] Elish, Madeleine Clare/ Hwang, Tim, "Praise the Machine! Punish the Human! The Contradictory History of Accountability in Automated Aviation", 2015

[98] Elish, Madeleine Clare, "Moral Crumple Zones: Cautionary Tales in Human-Robot Interaction", Engaging Science, Technology, and Society, C. 5, 2019, s. 40, (https://estsjournal.org/index.php/ests/article/view/260/177), (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 05.03.2021)

kaynaklanan bir kazada dahi insan sürücünün suçlu bulunması, insan sürücüler açısından bu araçların kullanılmak istenmemesine yol açacaktır. Bu nedenle otonom araç teknolojilerinin işleyişinden kaynaklanan hataların sonucu olarak ortaya çıkabilecek tüm mağduriyetlerin dikkatlice ele alınarak sorumluluğun herkes için net ve ölçülü bir şekilde ortaya koyulabildiği bir hukuki sorumluluk rejiminin belirlenmiş olması, son derece önem taşımaktadır.

Gerek hukuki gerek cezai olarak bu sorumluluğun nasıl belirlenmesi gerektiğine yönelik tartışmalar günümüzde devam etmektedir. Bazı yazarlar, otonom araç üreticisinin sorumluluğunun ticari amaçla yük veya yolcu taşıyanlar ile benzer olması gerektiğini savunmuştur.[99] Özellikle Amerika'da pek çok yazar, ürün sorumluluğu rejiminin, otonom araçlardaki sorumluluk paylaşımı hususunda da geçerli olabileceğini savunmaktadır.[100] Ancak bu şekildeki bir yaklaşımın üreticiler üzerinde büyük bir yük doğuracağı bu nedenle inovasyonu engelleyebileceği de öne sürülmektedir.[101] Cowger, Amerika'da ürün sorumluluğu rejiminin otonom araç gelişimini engellememesi için otonom araç üreticilerini koruyacak yeni teknik kanunlar çıkartılması gerektiğini, bu kanunlar ile devletin iyi algoritma temelli karar alma süreçlerini destekleyebileceğini öne sürmektedir.[102] Bazı yazarlar daha da ileri giderek, devletin algoritmik sonuçları da içerecek standartlar belirlemesi gerektiğini, üreticilerin bu standartları karşıladığı müddetçe sorumlu tutulmamaları gerektiğini savunmaktadır.[103]

Cowger, otonom araç kazalarındaki sorumluluğun kime ait olması gerektiğini tartışmış, bu kişinin işleten veya sürücü olmaması gerektiğini, zira tam otonom araçlarda her ikisinin de kazanın olmasında hiçbir rolü olmayabileceğini söylemiş; üreticinin kusursuz sorumluluğunun da doğru bir seçenek olmadığını, çünkü bu durumda da üreticilerin güvenliğe yatırım yapmak ile kazaya karışanların zararını tazmin etmek arasında bir seçim yaparak ekonomik kaygılarla daha güvenli araç üretmemeyi tercih edebileceklerini iddia etmiştir.[104] Cowger, tartışmalarının ardından, herhangi bir tarafın kusursuz sorumlu

---

99 LeValley, 2013, s.12

100 Örn. bkz. Villasenor, John, "Products Liability and Driverless Cars: Issues and Guiding Principles for Legislation", Brookings, The Robots Are Coming: The Project on Civilian Robotics, 2014, (https://www.brookings.edu/research/products-liability-and-driverless-cars-issues-and-guiding-principles-for-legislation/=), (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 05.03.2021)

101 Brodsky, 2016, s.864

102 Cowger, Alfred R. Jr, "Liability Considerations When Autonomous Vehicles Choose the Accident Victim", Journal of High Technology Law, C. XIX, S.1, 2018, ss.47-51, (https://cpb-us-e1.wpmucdn.com/sites.suffolk.edu/dist/5/1153/files/2018/12/Cowger-FINAL-174f0gc.pdf), (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 05.03.2021)

103 Cowger, 2018, ss.50-51

104 Cowger, 2018, ss.53-57

olmasının da doğru olmadığı ancak kazaya uğrayan tarafın da her zaman zararının karşılanması gerektiği, bu nedenle de otonom araçlara özel sigorta rejiminin en doğru çözüm olacağı sonucuna varmıştır.[105] Cowger, bu sigortayı üretici veya işletenin yaptırmasının zorunlu olabileceğini, bunun uygulamada çok fazla farklılık yaratmayacağını söylemektedir.[106]

Duffy ve Hopkins, otonom araç sektöründe gelişimin önünü açabilmek için kazalarda işletenin kusursuz sorumluluğunun devam etmesi gerektiğini, işletenin otonom olmayan araçların karıştığı kazalardaki gibi bu sorumluluktan zarar görenin kusuru doğrultusunda kurtulabileceğini, zararın da her halükârda sigorta şirketi tarafından üstlenilebileceğini iddia etmektedir.[107] Bazı yazarlar, hiçbir otonom aracın kaza anında tam otonom seviyede kalmaması gerektiğini, herhangi bir önlenemez kaza ihtimalinde kontrolün her zaman insan sürücüye devredilmesi gerektiğini, zira otonom araçların herhangi bir insanın yaşam veya ölümüne yönelik bir karar almaması gerektiğini söylemektedir.[108] Ancak etik kaygılarla öne sürülen bu görüş, irrasyonel olduğu gerekçesiyle de eleştirilmektedir.[109]

Sonuç olarak, otonom araçların karıştığı kazalarda sorumluluğun kimin üzerinde olduğu dünya çapında tartışmalı bir konu olmayı sürdürmektedir. Bir grup yazar, bu konu özelinde teknik kanunların çıkarılması gerektiğini savunurken, diğer bir grup ise kusursuz sorumluluk rejiminin devam etmesi gerektiğini savunmakta ancak

---

[105] Cowger, 2018, ss.57-58

[106] Cowger, 2018, ss.59-60, Sigorta konusundaki en ilginç önerilerden birini Colonna getirmiştir. Colonna, yeni teknolojilerin önünde bu şekilde bir sorumluluk engelinin her zaman bulunacağını söylemiş ve bu sorun için ilginç bir çözüm önermiştir. Colonna'ya göre, ABD'de nükleer santrallerin oluşturduğu tehlikeye karşı çıkarılan Price-Anderson Kanunu'na benzer bir düzenleme, ürün sorumluluğu rejiminin özellikle küçük geliştiriciler üzerinde oluşturduğu büyük riski azaltabilir. Price-Anderson Kanunu, nükleer santraller henüz çok tehlikeli görünürken, inovasyonun önünü açmak için çıkarılmış bir kanundur. Kanun ile iki seviyeli bir sigorta programı oluşturulmuş, tüm üreticilerin kaza başına minimum tutarı belirlenmiş bir sigorta yapması zorunlu tutularak, her üreticinin aynı zamanda ikinci bir fona belirli bir oranda katılması zorunlu tutulmuş, bir kaza sonucu ilk seviye sigorta priminin zararı karşılamaması durumunda geliştiricinin ortak fondan ödeme yapması sağlanmış, bu sayede nispeten küçük geliştiricilerin kaza sonrası sorumluluktan korkmadan araştırma ve geliştirme yapması ve nükleer enerji sektörünün büyümesi sağlanmıştır. Colonna, 2012, ss.118-130.

[107] Duffy, Sophia H., "Sit, Stay, Drive: The Future of Autonomous Car Liability", Science and Technology Law Review, C. 16, S. 3, 2013, ss. 473-479, (https://scholar.smu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1208&context=scitech), (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 05.03.2021)

[108] Lin, Patrick, "What Google Cars Can Learn From Killer Robots", Forbes, 28 Temmuz 2014, (https://www.forbes.com/sites/patricklin/2014/07/28/what-google-cars-can-learn-from-killer-robots/?sh=34b2423b3e18), (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 05.03.2021)

[109] Cowger, 2018, s.32

sorumluluğun kimin üzerinde kalması gerektiği konusunda ayrışmaktadır.

III. TÜRKİYE'DE OTONOM ARAÇLARIN KARIŞTIĞI KAZALARA İLİŞKİN HUKUKİ SORUMLULUK

Bu çalışmanın kaleme alındığı tarih itibariyle Türkiye'de otonom araçların sebep olduğu kazalarda hukuki sorumluluğa özgü ayrı bir hukuki düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle, otonom araçların sebep olduğu kazalarda, trafik kazalarına ilişkin hukuki sorumluluk rejimini belirleyen KTK'daki ilgili hükümlere bakılması gerekmektedir.

Trafik kazaları, KTK'nın 3. maddesinde "karayolu üzerinde hareket halinde olan bir veya birden fazla aracın karıştığı ölüm, yaralanma ve zararla sonuçlanmış olay" olarak tanımlanmaktadır. Araç ise yine aynı maddede "karayolunda kullanılabilen motorlu, motorsuz ve özel amaçlı taşıtlar ile iş makineleri ve lastik tekerlekli traktörlerin genel adı" olarak belirtildiği için otonom araçlar da motorlu araçlar kapsamında değerlendirilecek ve bu tanımın kapsamında yer alacaktır.

KTK'nın 85. maddesinin birinci fıkrasında işletenin hukuki sorumluluğu düzenlenmektedir. Aynı fıkra içerisinde işletenin bağlı olduğu teşebbüs sahibinin sorumluluğu da belirtilmektedir. KTK'nın 86. maddesinde ise sorumluluktan kurtulma veya sorumluluğun azaltılmasına ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır. KTK'nın 87. ve 88. maddelerinde ise genel hükümlerin uygulama alanı bulduğu haller ve müteselsil sorumluluk esasları düzenlenmektedir.

A. KTK'da Araç İşletenin Sorumluluğu ve Otonom Araçlar

KTK'nın 85. maddesinin birinci fıkrasına göre, "bir motorlu aracın işletilmesi bir kimsenin ölümüne veya yaralanmasına yahut bir şeyin zarara uğramasına sebep olursa (...), motorlu aracın işleteni ve bağlı olduğu teşebbüsün sahibi, doğan zarardan müştereken ve müteselsilen sorumlu olurlar."[110] Burada kusursuz sorumluluk düzenlenmektedir. İşleten için öngörülen kusursuz sorumluluğun temeli tehlike sorumluluğudur.[111] Motorlu araç işletilmesi, doğası gereği bir tehlike faktörü barındırdığından işleten için kusursuz sorumluluk ilkesi benimsenmiştir.[112] Bu nedenle işleten veya bağlı bulunduğu teşebbüs sahibinin kusurunun derecesi veya kusurunun bulunmaması

---

110 KTK md. 85/1

111 Karacan Çetin, Hatice, "Karayolları Trafik Kanununda Hukuki Sorumluluk (Türk, İsviçre ve Alman Hukukları Karşılaştırmalı)", İstanbul, 2015, s.13

112 Eren, Fikret, "Karayolları Trafik Kanuna Göre Motorlu Araç İşletenlerin Akit Dışı Sorumluluğunun Hukuki Niteliği ve Unsurları, AÜHD, C.XXXIX 19821987, S. 14, s.159 vd.; Oğuzman Kemal M./ Öz Turgut M., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-2,* Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017, 13. Bası, s. 198 vd.

sorumluluğun esasını etkilemez.[113] Bir başka deyişle, sorumluluk kusur esasına göre belirlenmez.

Bununla birlikte işleten veya bağlı bulunduğu teşebbüs sahibinin kusurunun bulunması, bu kişilerin sorumluluktan kurtulma olanaklarını etkileyebilir. İşleten veya bağlı olduğu teşebbüs sahibi kusurları varsa mağdurun veya üçüncü kişinin ağır kusurunu ya da mücbir sebepleri ileri sürerek 85. maddenin birinci fıkrası kapsamında sorumluluktan kurtulamaz. İşleten veya bağlı olduğu teşebbüs sahibinin kusurunun bir etken olarak dikkate alınacağı diğer durumlar ise, KTK'nın 86. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, işleten veya bağlı bulunduğu teşebbüs sahibi, kusursuz olmaları durumunda ve araçtaki bir bozukluğun kazayı etkilememiş olması durumunda, kazanın mücbir sebepten veya zarar gören bir üçüncü kişinin ağır kusurundan ileri geldiğini ispat ederse sorumluluktan kurtulabilir. Ayrıca işleten veya bağlı bulunduğu teşebbüs sahibi, zarar görenin kusurunun bulunduğunu ispat ederse, hâkim tazminat miktarını indirebilir.

Yukarıda değinilen KTK'nın 85. maddesinin birinci fıkrasında, işletenin kusursuz sorumluluğu düzenlenmekle birlikte, bu sorumluluğun doğabilmesi için aracın işletilme halinde olması aranmaktadır. KTK'da aracın işletilme halinde olması ile işletilme halinde olmamasından doğan hukuki sorumluluk farklı şartlara bağlanmıştır. KTK'nın 85. maddesinin üçüncü fıkrasında işletilme halinde olmayan aracın sebep olduğu kazalarda hukuki sorumluluk düzenlenmektedir. İşletilme halinde olmayan bir motorlu aracın sebep olduğu trafik kazasından dolayı işletenin sorumlu tutulabilmesi için, zarar görenin, kazanın oluşumunda işleten veya eylemlerinden sorumlu tutulduğu kişilere ilişkin bir kusurun varlığını veya araçtaki bozukluğun kazaya sebep olduğunu ispat etmesi gerekir. İşletilme halinde olmayan bir aracın sebep olduğu kazada işletenin kendi eylemlerinden doğan sorumluluğu, kusur sorumluluğudur.[114] İşleten ayrıca eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerin kusurlardan da sorumludur ancak işletenin bu kişilerin kusurları nedeniyle sorumluluğu, kusursuz sorumluluktur. Yani işleten, bu kişileri seçmede, gözetmede ve bu kişilere talimat vermede gereken özeni gösterdiğini ispatlasa dahi bu kişilerin kusurlarından dolayı sorumluluktan kurtulamaz.[115] İşletilme halinde olmayan araçtaki bozukluk nedeniyle işletenin sorumluluğu ise yine kusursuz sorumluluktur.[116] Araçtaki bozukluktan dolayı işletenin sorumluluğunda

---

113 Nomer, Haluk Nami, "2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanununa Göre Motorlu Araç İşletenin Hukuki Sorumluluğu", İstanbul Barosu Dergisi, C. 66, 1992, s. 63

114 Eren, s.164

115 Bolatoğlu, Bolat, *Karayolları Trafik Kanununa göre Motorlu Araç İşletenin Hukuki Sorumluluğu (İşleten Kavramı ve Sorumluluğun Şartları),* Kazancı Hukuk Yayınları, Ankara, 1988, s. 25

116 Oğuzman/Öz, 2017, s.217

işletenin kusurunun olup olmaması, hükmün uygulanmasını etkilememektedir.

Aracın işletilme halinde olup olmaması, sorumluluğun niteliğini değiştirdiği için aşağıda öncelikle aracın işletilmesinden ne anlaşılması gerektiği üzerinde durulacaktır. Akabinde ise işletilme halinde olan ve olmayan araçtan doğan sorumluluk, otonom araçlar açısından kısaca değerlendirilecektir. Bu değerlendirmede, sorumluluğun belirlenmesinde kusurun etkili olduğu tüm durumlarda, otonom araçların sebep olduğu kazalarda kusurun otonom araca veya diğer kişilere atfedilip atfedilemeyeceği tartışılacaktır.

1. Aracın İşletilme Halinde Olması Durumunda Sorumluluk

Aracın işletilmesinden ne anlaşılması gerektiği KTK'da düzenlenmemektedir. Doktrinde aracın işletilmesinden ne anlaşılması gerektiğine ilişkin üç farklı yaklaşım bulunmaktadır: Makine tekniği yaklaşımı, trafik tekniği yaklaşımı ve motorlu araca ait işletme tehlikesi yaklaşımı.[117]

Makine tekniği yaklaşımında, motorlu aracın işletilme halinde sayılabilmesi için aracı hareket ettirmeye yarayan mekanik aksamın çalışmasından doğan tehlikenin varlığı gerekir.[118] Motorlu araç, motoru çalıştırılarak hareket haline geçirildiğinde işletilme halinde kabul edilir.[119] Bu yaklaşıma göre aracın işletilme halinde olduğunun kabul edilebilmesi için motorunun çalışması ve aracın motor gücü ile hareket ettirilmesi gerekmektedir.[120] Söz konusu yaklaşım uyarınca aracın hareket halinde olmaması, örneğin park halinde olması, aracın işletilme halinde olmadığı sonucunu doğurabilecektir. Araç hareket halindeyken motorunun durması ancak aracın harekete devam ederek zarara sebep olması, motoru çalışmamasına rağmen freni boşaldığı için hareket eden aracın zarara sebep olması gibi pek çok durum aracın işletilme halinde kabul edilip edilmeyeceği açısından somut olayın özelliklerinin değerlendirilmesini gerektirebilir. Trafik tekniği yaklaşımında ise aracın hareketi değil, trafiğe çıkarılmış olması dikkate alınmaktadır.[121] Trafikte olan bir aracın motoru çalışmasa dahi zarara sebep olması durumunda, aracın işletilme halinde olduğu kabul edilecektir.[122] Motorlu araca ait işletme tehlikesi yaklaşımında ise motorlu araca özgü teknik durum, hız,

---

117 Karacan Çetin, 2015, ss. 174-182

118 Eren, s. 192

119 Oğuzman/Öz, 2017, s.203

120 Nomer, 1992 s. 64

121 Karahasan, Mustafa Reşit, *Sorumluluk Hukuku: Kusura Dayanan Sözleşme Dışı Sorumluluk – Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk,* Beta Yayınevi, İstanbul, 2003, 6. Baskı, s.935

122 Eren, ss. 194-195

yön değiştirme gibi özellikler motorlu araca özgü tehlike olarak kabul edilmekte ve somut olay bir bütün olarak dikkate alınarak aracın işletilme halinde olması değerlendirilmektedir.

Aracın otonom sistem tarafından kullanıldığı süre içerisinde aracın işletilme halinde olduğu açıktır. Ancak otonom araçlara özgü bazı teknolojiler, konunun bahsettiğimiz klasik yaklaşımlar nezdinde yeniden değerlendirilmesini gerektirebilir. Bu kapsamda aracın işletilme halinde olup olmadığını, otonom araçlarda her somut olay için ayrıca değerlendirmek gerekecektir. Örneğin otonom araçtaki radar, lidar veya diğer sensörlerin sebep olacağı kazalarda, araç park halindeyken de aracın işletilme halinde olduğu kabul edilebilir mi? Birbirleri ile iletişim ve bağlantı kurabilen araçlarda, park halindeki aracın sensörünün hareket halindeki bir aracın sensörünü veya sürüşünü olumsuz etkilemesi ve kazaya sebep olması halinde, sensörü nedeniyle kazaya sebep olan park halindeki araç, işletilme halinde kabul edilebilir mi? Aracın motoru çalışmamasına ve araç içinde aracı kontrol eden birisinin yer almamasına rağmen, otonom sistemin siber saldırıya maruz kalarak hareket ettirilmesi ve kazaya sebep olması halinde, motoru çalışmadığı için aracın işletilme halinde olmadığı kabul edilebilir mi? Otonom araç hareket halinde olmasına rağmen, araçta görüntü alan ve sesleri algılayan sensörlerin kaydettikleri görüntülerin ve seslerin, araçlar arasındaki bağlantı veya iletişim kanalları aracılığıyla diğer otonom araçlarla paylaşılması ve bu araçların bu ses ve görüntülerdeki sorunlar veya yanlış yönlendirmeler nedeniyle kazaya sebep olması halinde, kazaya aracın işletilme halinde olmasından kaynaklanan bir olayın sebep olmadığı değerlendirilebilir mi?

Makine tekniği yaklaşımı, trafik tekniği yaklaşımı veya motorlu araca ait işletme tehlikesi yaklaşımlarından hangisinin benimseneceğine ve nasıl yorumlanacağına bağlı olarak, otonom aracın işletilme halinde olup olmadığının tespiti, işletenin ve diğer kişilerin sorumluluğunu doğrudan etkileyecektir. Otonom aracın işletilme halinde olduğunun kabul edilmesi durumunda, işleten otonom aracın sebep olduğu kazadan kusursuz sorumluluk esasına göre sorumlu olacaktır. Yapılacak değerlendirme, işletenin kusursuz olarak sorumlu tutulması, sorumluluktan kurtulma imkanına sahip olması veya ilgili kişiler arasında sorumluluğun ne şekilde paylaştırılacağı gibi sorumluluğa ilişkin pek çok durumu etkileyecektir. Aracın işletilme halinde olmasına ilişkin yapılacak yorumların, otonom olmayan araçlar ile otonom araçların özellikleri dikkate alınarak farklılaşabileceği de göz önünde bulundurulmalıdır.

2. İşletme Halindeki Otonom Aracın İşletenin Kusursuz Sorumluluğuna Etkisi

Aracın işletilme halinde olması, KTK'nın 81. maddesinin birinci fıkrası kapsamında işletenin kusursuz sorumluluğu için yeterli görülmektedir.[123] Ancak aracın otonom olmasının işletenin sorumluluğuna herhangi bir etkisi olup olmadığı KTK kapsamında düzenlenmemektedir. Aracın otonom olması ve sürüşün otonom sistem tarafından gerçekleştirilmesi aracın işletilmesi durumunu değiştirmediğinden, KTK kapsamında işletenin aynı şartlarla sorumlu olmaya devam edeceği değerlendirilebilir. Bu da işletilme halinde olan bir otonom aracın sebep olduğu kaza nedeniyle işletenin kusursuz olarak sorumlu olması sonucunu doğuracaktır.

İşletenin veya diğer kişilerin kusurunun işletenin sorumluluğuna etkilerine değinmeden önce belirtmek gerekir ki, araç işletenin kusursuz sorumluluğunun temelinde, aracın işletilmesinden kaynaklanan tehlike yer almaktadır.[124] Oysa otonom araçlarda kontrol, sorumluluk ve tehlike, otonom aracın sahip olduğu sensör, donanım, yazılım ve bunların birlikte uyum içinde sorunsuzca çalışmasına evrilmektedir. Hiçbir şekilde sürücüye dahi ihtiyaç duymadan işletilebilen tam otonom araçların yaygınlaşması veya tek elden çok sayıda aracın kontrol edilebilecek olması, tehlikenin yer aldığı odağın aracın işletilmesinden kaynaklanan tehlike olmaktan çıkıp otonom araca veya otonom araç üreticisine yöneldiği tartışmasını gündeme getirebilir.

Aracın otonom olması ve kazanın otonom sürüş sisteminden kaynaklanması, işletenin, KTK'nın 85. maddesinin birinci fıkrası kapsamında kusursuz sorumluluğunu ortadan kaldırmamaktadır. Kazaya otonom sürüş sistemindeki bir arıza, otonom araçta kullanılan radar sisteminin diğer araçlarla mesafeyi hatalı hesaplaması veya yoldan geçen yayayı algılayamaması, araçtaki lidar sensörün hava koşulları nedeniyle etkinliğinin azalması, görüntü kaydeden kameranın yoğun ışık yansıması altında yoldaki objeyi tespit etmekte hata yapması, aracın bir sonraki hareketine karar verecek kontrol sisteminin yanılması, otonom sistem tarafından kullanılan kayıtlı haritanın güncel yol durumuyla uyuşmaması ve aracın sensörlerinin bu durumu geç algılaması gibi pek çok sebep, otonom aracın kaza yapmasına ve bir zarara yol açmasına sebep olabilir. KTK'nın 85. maddesinin birinci fıkrasına bakıldığında işletenin, otonom araçtan kaynaklanan sebebin kazaya neden olduğu tüm benzer durumlarda kusursuz sorumlu olabileceği anlaşılmaktadır.

---

[123] Pekmez, Cüneyt, "Alman Karayolları Trafik Kanunu'nda 20 Haziran 2017'de Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Türk/İsviçre Hukuku'nda Araçların Otonomlaştırılmasının İşletenin Sorumluluğuna Etkisi", İstanbul Hukuk Mecmuası, C. 77, S. 1, 2019, s. 168

[124] Eren, s.159 vd.; Oğuzman/ Öz, 2017, s. 198 vd.

3. Aracın Otonom Olmasının İşletenin Sorumluluktan Kurtulma İmkanına Etkisi

a) İşletenin Kendisinin veya Eylemlerinden Sorumlu Tutulduğu Kişilerin Kusurunun Bulunmaması

Yukarıda belirtildiği üzere, işletenin sorumluluktan kurtulabilmesi için öncelikle işletenin bir kusurunun bulunmaması gerekir. Otonom araçlar özelindeki pek çok farklı husus, işletenin kusurunun doğmasına neden olabilecektir. Örneğin, otonom sisteme ilişkin yazılım veya sistem güncellemelerinin yapılmamış olmasının kazaya sebep olması durumunda, otonom sisteme ilişkin güncellemeleri yapma yükümlülüğünün işletende olduğu varsayılırsa, işleten artık kusurunun olmadığını ileri süremeyecek ve sorumluluktan kurtulma imkanından yararlanamayacaktır.

KTK'nın 86. maddesinin birinci fıkrası uyarınca işletenin sorumluluktan kurtulabilmesi için ayrıca işletenin eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerin de kusurunun bulunmaması gerekmektedir. İşletenin eylemlerinden sorumlu olduğu kişiler aracın sürücüsü ile aracın kullanılmasına katılan yardımcı kişilerdir. Bu kişilerin kusurunun bulunması halinde, işleten sorumluluktan kurtulamaz. Sürücünün kusurunun bulunup bulunmadığı, otonom araçta tam olarak kimin sürücü olarak kabul edileceğine bağlı olarak değişebileceği için bu konudaki tartışmaya 'Sürücü Kavramı ve Otonom Araçlarda Sürücünün Sorumluluğu' başlığı altında değinilecektir. Aracın kullanılmasına katılan yardımcı kişilerin ise işletenin emrinde olması aranmamakta, araç park edilirken veya yola çıkarken yardımcı olan kişiler de bu kapsamda yardımcı kişi olarak kabul edilmektedir.[125] Kanımızca, otonom sistemden kaynaklanan kazaların sürüşe yardımcı kişinin kusurundan kaynaklandığını kabul etmek olarak yorumlamak zordur. Aracın otonom sistem tarafından kullanılıyor olması halinde otonom sistemin sürüşü doğrudan gerçekleştirdiği, bu nedenle KTK kapsamında sürüşe yardımcı kişi olarak dikkate alınamayacağı değerlendirilmektedir.

b) Araçtaki Bir Bozukluğun Kazayı Etkilememiş Olması

İşletenin sorumluluktan kurtulabilmesi için bir diğer şart, kazanın araçtaki bir bozukluktan kaynaklanmıyor olmasıdır. Kaza araçtaki bir bozukluktan kaynaklanıyorsa işleten sorumluluktan kurtulamayacaktır.[126] Kazada etkili olan bozukluk, üretim, tamir veya bakım hatasından kaynaklanmış olabilir.[127] Kazanın otonom sisteme

[125] Oğuzman/ Öz, 2017, s. 206

[126] Pekmez, s. 169

[127] Eren, s. 207

ilişkin bir hatadan kaynaklanması halinde kazaya araçtaki bir bozukluğun sebep olduğu kabul edilebilecektir. Aracın sensörlerinin hata yapması, otonom sürüşe ilişkin bilgisayar sisteminin ya da yazılımın hatalı olması veya hatalı değerlendirme yapması, kameraların veya sensörlerin sürüşe engel objeleri algılamaması, mesafenin hatalı hesaplanması gibi durumlar otonom sistemden kaynaklanan sorun ve hatalar olarak ortaya çıkacaktır. Bu sorun ve hataların kazaya sebep olması, kazanın araçtaki bir bozukluktan kaynaklandığı anlamına gelecektir. Kanımızca, bu gibi durumlarda işleten sorumluluktan kurtulamayacaktır.

Ancak otonom sistemin kazaya sebep olduğu her durumun, otonom araçtaki bir bozukluktan kaynaklandığı sonucuna varılması doğru olmayacaktır. Örneğin, otonom sistem, tehlike oluşturan bir durumda tam da programlandığı gibi daha az zarara sebep olacak bir tercih yapmış olabilir. Somut olay özelinde otonom araçtaki bu programlamanın hatalı veya yanlış olduğu, yani araçtaki bozukluğun kazaya sebep olduğu değerlendirilebileceği gibi, üçüncü kişinin kusurunun kazaya sebep olup olmadığı da dikkate alınmalıdır.

c) Zararın Mücbir Sebepten ya da Zarar Görenin veya Üçüncü Kişinin Ağır Kusurundan Kaynaklanması

Kazanın işletenin veya eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerin kusurundan veya araçtaki bir bozukluktan kaynaklanmadığı hallerde, işleten zararın mücbir sebepten ya da zarar görenin veya üçüncü kişinin ağır kusurundan kaynaklandığını ileri sürerek sorumluluktan kurtulabilir.

Ancak kazanın, araçtaki otonom sistemden kaynaklanması halinde, ikili bir ayrıma gidilerek konu değerlendirilebilir. Otonom sistemden kaynaklanan sorun, araçtaki bir bozukluk olarak değerlendirilebileceği gibi, otonom sisteme dışardan bir müdahalenin söz konusu olduğu durumlarda, üçüncü kişinin ağır kusurunun kazaya sebep olması da gündeme gelebilir. Bu değerlendirme önemlidir, zira kazanın araçtaki bozukluktan kaynaklanması halinde işleten sorumluluktan kurtulamazken, kazanın üçüncü kişinin ağır kusurundan kaynaklandığı sonucuna varılması halinde işleten sorumluluktan kurtulabilecektir.

Benzer şekilde kazanın mücbir sebepten kaynaklandığı sonucuna varabilmek için, aracın işletilmesi ile ilgisi olmayan, öngörülemeyen, beklenmeyen ve karşı konulamayan bir olayın olması gerekir.[128] Kazaya otonom sistemin sebep olması tek başına mücbir sebep kabul edilemeyeceği gibi, kazaya sebep olan olayın ne olduğunun tespit edilmesi ve mücbir sebep kabul edilip edilmeyeceğinin ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir.

---

[128] Eren, s.175

Sonuç olarak, dışarıdan bir müdahale olmadığı müddetçe, otonom aracın sebep olduğu ve kazanın otonom sistemden kaynaklandığı durumlarda, kazanın otonom araçtaki bir bozukluktan kaynaklandığı sonucuna varılması, oldukça yüksek bir ihtimal olarak gözükmektedir. Bu halde ise işletenin KTK'nın 86. maddesinin birinci fıkrası uyarınca sorumluluktan kurtulma imkânı ortadan kalkacaktır.

Aracın işletilme halinde olmaması durumunda işletenin sorumluluğu, KTK 85. maddenin üçüncü fıkrasında ayrıca düzenlenmektedir. Kazaya işletenin veya eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerin kusurlarının ya da araçtaki bir bozukluğun sebep olmasının otonom araçlarda özellik arz ettiği durumlara yukarıda yer verilmiştir. Aynı açıklamalar işletilme halinde olmayan otonom aracın sebep olduğu kazalardan doğan sorumluluk için de geçerlidir. Bu nedenle işletilme halinde olmayan otonom araçların sebep olduğu kazalardan doğan sorumluluk ayrıca değerlendirilmemiştir.

B. Sürücü Kavramı ve Otonom Araçlarda Sürücünün Sorumluluğu

Otonom araçların yaygınlaşması ve otonomi seviyelerinin artması, sürüş kontrolünün sürücüden otonom araca geçmesine sebep olmaktadır. Ancak 1949 tarihli Cenevre Karayolu Trafik Konvansiyonu ve 1968 tarihli Viyana Karayolu Trafik Konvansiyonu'na taraf ülkelerin mevzuatında araçta bir sürücünün olduğu varsayımı kabul edilmektedir. Bu durum otonom araçların mevcut düzenlemeler ile trafikte kullanılıp kullanılamayacağı sorusunu gündeme getirmektedir.[129] Mevcut düzenlemeler otonom araçların kullanılmasını yasaklamakta mıdır? Ya da mevcut düzenlemelerin ne derece revize edilmesi ihtiyacı bulunmaktadır? Ancak daha önemli nokta otonom araçların kullanılması halinde sürücüye ilişkin düzenlemelerin nasıl yorumlanacağı ve sorumluluğun ne şekilde paylaşılacağıdır. Mevcut düzenlemelerin uygulanabilirliği, sorumluluk rejimini de doğrudan etkileyecektir.

Trafik düzenlemeleri ülkesel ve bölgesel farklılıklar göstermekle birlikte, 1968 tarihli Viyana Karayolu Trafik Konvansiyonu, karayolu trafiği ve güvenliği için bütüncül kurallar öngören uluslararası bir düzenlemedir. Ancak bu konvansiyonda yer alan düzenlemeler sürücü etrafında şekillenmektedir. Oysa otonom araçlarda sürüşü gerçekleştirme rolü sürücüden otonom araca geçmektedir. Aracın otonomi seviyesi, sürücüye hiç ihtiyaç duyulmayan bir otonomi seviyesi olabilir veya sürücünün aracı ve sürüşü gözlemlemesi ile aracın sürüşü kontrol edemeyeceğinin anlaşılması halinde müdahale etmesini gerektiren bir otonomi seviyesi olabilir. Aracın sahip olduğu otonomi seviyesine bağlı olarak araçta hala bir sürücü bulunuyor olabilir. Fakat

[129] Lim, 2018, s. 22

bu durum, her zaman için sürücünün sürüşü kontrol ettiği ve sürüşe ilişkin karar veren konumunda olduğu anlamına gelmemektedir. Örneğin, SAE Seviye 3 bir otonom araçta belli koşullar altında araç otonom sürüşe devam edebilmekte, sürücünün aracın kontrolünü devralması ihtiyacı ortaya çıktığında ise sürücüyü uyarmaktadır. Ayrıca otonom araçların zamanla araç içinde hiç sürücü olmaksızın sürüşü gerçekleştireceği ve bu durumun yaygınlaşacağı görülebilmektedir.

Türkiye'nin de imzacısı olduğu 1949 tarihli Cenevre Karayolu Trafik Konvansiyonu ve 1968 tarihli Viyana Karayolu Trafik Konvansiyonu, "sürücü" kavramı esas alınarak hazırlanmıştır.[130] Viyana Konvansiyonu'nun 8. maddesi her aracın bir sürücüsünün olması gerektiğini ve bu sürücünün aracı sürekli olarak kontrol etmesi gerektiğini düzenlemektedir. Aynı madde ayrıca sürücünün sürüşü gerçekleştirebilmek için fiziksel ve zihinsel yeterliliğe ve sürüş için gerekli bilgiye ve yetkinliğe sahip olması gerektiğini düzenlemektedir. Konvansiyon ayrıca sürücünün sürüşü gerçekleştirmek dışında ikincil aktiviteleri minimum seviyede tutmasını aramaktadır. Viyana Konvansiyonu, sürücünün aracın doğrudan kontrolünü gerçekleştirdiği varsayımı ile hazırlanmıştır.[131] Konvansiyona göre sürücü ise aracı kullanan kişidir ve bu kişi yalnızca bir insan olabilir.[132]

Viyana Konvansiyonu'nun 8. maddesinde 2016 yılında değişikliğe gidilmiştir ve maddeye yeni bir paragraf eklenmiştir. Eklenen paragraf ile araçtaki sürüşü etkileyen sistemlerin, belli koşulların bulunması halinde, Konvansiyonun 8. maddesinin 5. paragrafı ve 13. maddenin 1. paragrafı ile uyumlu kabul edileceği belirtilmektedir. Araçtaki sürüşü etkileyen sistemlerin belirtilen maddeler ile uyumlu kabul edilebilmesi için aranan koşullar ise, araçtaki sürüşü etkileyen sistemlerin uluslararası teknik standartlarla uyumlu olması veya bu sistemlerin kontrolünün sürücü tarafından devralınabilmesi ya da devre dışı bırakılabilmesidir. Sadece bu koşullardan birinin varlığı durumunda araçtaki sürüşü etkileyen sistemlerin, 8. maddenin 5. paragrafında düzenlenen sürücünün aracı her koşulda her zaman kontrol etmesi gerektiği düzenlemesi ve 13. maddenin 1. paragrafında yer alan sürücünün her zaman sürüşe ilişkin bütün kontrolleri gerçekleştirmeye hazır olması düzenlemesi ile uyumlu olacağı kabul edilmektedir. Bu değişiklik daha çok SAE Seviye 1 ve SAE Seviye 2 gibi sürüş destek sistemleri kullanılan durumlarda bu sürüş destek sistemlerinin kullanımını Konvansiyona uyumlu hale getirmekte, otonom aracın tüm sürüş özelliklerini kontrol etmesine izin veren esaslı bir değişiklik getirmemektedir. Ayrıca Viyana

---

130 Vellinga, Nynke E., "Automated Driving and Its Challenges to International Traffic Law: Which Way to Go?", Law, Innovation and Technology, C. 11, S.2, 2019

131 Smith, Bryant W., "Automated Vehicles Are Probably Legal in the United States", 1 Tex. A&M L. Rev., C.411, 2014, s. 428

132 Vellinga, 2019, s. 263

Konvansiyonu'nda yapılan bu değişikliğin sürücünün tamamen devre dışı kaldığı otonom sistemleri kapsamadığı görülebilmektedir.

Otonom sistemin aracın kontrolünü belli bir süre veya tüm sürüş boyunca sürücüden tamamen devraldığı otonom araçlarda, sürücüye ilişkin düzenlemelerin yorumlanmasında farklılıklar ortaya çıkabilecektir. Viyana Konvansiyonu'nun 8. maddesinde tüm araçların sürücülerinin olması gerektiği düzenlense dahi aracın kontrolünün otonom sürüş sisteminde olduğu süre boyunca, araç içinde otonom sistemi aktive eden ve kullanan kişi hala sürücü olarak kabul edilecek ve sürücüye ilişkin sorumluluklara tabi olacak mıdır?

Hollanda ve Fransa gibi bazı ülkeler tam otonom araçlarda sürücü olmadığı için Viyana Konvansiyonu'nun 8. maddesinin bu araçların kullanımına izin vermediğini değerlendirmektedir.[133] İngiltere ise Viyana Konvansiyonu'nun tüm otonom araçlara uygulanabileceğini değerlendirmektedir.[134] Ancak Konvansiyonun otonom araçların kullanımını yasaklamadığı kabul edilse dahi sürücünün ne şekilde tanımlanacağı ve yorumlanacağı önem kazanmaktadır. Sürüş destek sistemleri kullanılmaya başlandığından beri sürücünün kim olduğu tartışmalı bir konu haline gelmiştir.[135] Konvansiyona taraf ülkelerde dahi sürücünün nasıl yorumlanacağı farklılık göstermektedir.[136] Ancak bu noktada, otonom araçlarda sürücüye ilişkin değerlendirme yapmadan önce, mevcut durumda sürücünün nasıl yorumlandığına değinmek yararlı olacaktır.

Yukarıda belirtildiği üzere Konvansiyon kapsamında sürücü aracı kullanan kişi olarak tanımlanmaktadır.[137] İngiliz hukukuna göre ise aracın yönünü ve hareketlerini esaslı şekilde kontrol etmek, aracı kullanmak olarak kabul edilmektedir.[138] Aracın hareketlerini kontrol etmek kavramı, yargı kararlarında ilgili düzenlemenin amacına uygun şekilde yorumlanmaya çalışılmaktadır. *R v MacDonagh*[139] davasında, kişinin iki ayağı aracın dışındayken araç kapı çerçevesine yaslanarak aracı omuzuyla itmesinin aracı sürmek olarak değerlendirilemeyeceği sonucuna varılmıştır.[140] İngiliz mahkemesinin vardığı bu karardan farklı olarak İşkoçya'da *McArthur v Valentine*[141] davasında kapı açık bir şekilde

---

133 Van Uytsel/ Vasconcellos Vargas, 2021, s. 30; ECE/TRANS/WP.1/165, par. 15

134 ECE/TRANS/WP.1/2019/9- - (UK) Position Statement on Automated Vehicles, s.3, par. 3

135 Vellinga, 2019, s. 261

136 Vellinga, 2019, s. 261

137 Viyana Konvansiyonu madde 1

138 Law Commission and Scottish Law Commission, 2018 s.25

139 R v MacDonagh [1974] QB 448, 452

140 Law Commission and Scottish Law Commission, 2018 s.26

141 McArthur v Valentine, 1990 JC 146

aracın dışında durarak aracın yönünü kontrol etmeye çalışan kişinin aracı sürdüğü sonucuna varılmıştır.[142] İngiltere'deki diğer bir dava olan *Jones v Pratt*[143] davasında mahkeme araçta birden fazla sürücü olabileceği sonucuna varmakla birlikte ön yolcu koltuğunda oturan ve kısa bir süre direksiyona müdahale ederek aracın yoldan çıkmasına sebep olan kişinin sürücü olarak kabul edilmeyeceğine karar vermiştir.[144] *Burgoyne v Phillips*[145] davasında ise İngiliz mahkemesi direksiyon başındaki sarhoş kişinin, aracı hareket ettirmeye çalışırken aracın yuvarlanmasına sebep olduğu olayda, araç anahtarının takılı olmamasına ve aracın direksiyonunun kilitli olmasına rağmen, kişinin aracı sürdüğünün kabul edilmesi gerektiği sonucuna varmıştır.[146] Hollanda hukukuna göre ise kişi eğer aracın yönünü veya hızını kontrol ediyorsa araç içindeki konumundan bağımsız olarak sürücü kabul edilmektedir.[147] Ayrıca aracın el frenini çeken yolcu bu sırada aracın sürücüsü kabul edilmektedir.[148] Kişinin sürücü kabul edilebilmesi için araç içinde olması da zorunlu değildir.[149]

Sürücüye ilişkin tüm bu yorumlar birlikte değerlendirildiğinde, sürücü tanımlanırken veya aracı kimin sürdüğü tespit edilirken aracın hareketini bir şekilde kontrol eden veya aracın hareketine müdahale eden insan faktörünün dikkate alındığı görülmektedir. Otonom araçlarda ise sürüş, otonom sistem tarafından gerçekleştirilmektedir. Otonom sistem, sürüşün gerçekleştirildiği sürenin bir bölümünde veya tamamında sürüşü gerçekleştirmekte, aracın hızını, yönünü ve sürüşe ilişkin diğer fonksiyonları kontrol etmektedir. Burada önem teşkil edecek soru, otonom sistemin sürüşü gerçekleştirdiği bu süre içinde araç içindeki kişinin sürücü olarak kabul edilip edilmeyeceği veya daha kapsamlı bir şekilde sürücünün kim olacağıdır. Sürüşü kimin gerçekleştirdiği geniş şekilde yorumlansa dahi mevzuat değişikliği olmaksızın, sürücü tanımını otonom araçlara uygulamak zor olacaktır. Aracın otonomi seviyesi arttıkça ve zamanla insan faktörü tamamen devre dışı kaldığında kanımızca bu zorluk daha net ortaya çıkacaktır.

Almanya, 2017 yılında mevzuat değişikliğine giderek otonom araçların belli şartlarda kullanımına izin vermiş ve otonom aracın kullanıcısının mevzuat kapsamında sürücü olarak kabul edileceğini düzenlemiştir.[150] Böylece otonom araç içindeki kişinin, araç otonom

---

142 Law Commission and Scottish Law Commission, 2018 s.26

143 Jones v Pratt, [1983] RTR 54

144 Law Commission and Scottish Law Commission, 2018 s.26

145 Burgoyne v Phillips, [1983] RTR. 49

146 Law Commission and Scottish Law Commission, 2018 s.26

147 Vellinga, 2019, s. 261

148 Vellinga, 2019 s. 262

149 Vellinga, 2019 s. 262

150 Straßenverkehrsgesetz [StVG], § 1

sistem tarafından kullanılsa dahi sürücü olarak kabul edileceği açıkça düzenlenmiş olmaktadır.[151] Bu düzenleme ile otonom aracın otonom fonksiyonlarını aktive etmek ve kullanmak için aracın içinde mutlaka bir kişinin olması gerektiği ve aracın otonom sürüş özelliklerinin kullanılması halinde dahi bu kişinin sürücü olarak kabul edeceğini düzenlemektedir.[152] Ancak bu düzenleme araç içinde sürüş özelliklerini aktive edecek veya kullanacak bir sürücünün olmadığı otonom araçlara izin vermemektedir.[153]

Türkiye'de ise sürücü, KTK'da tanımlanmaktadır. KTK madde 3'e göre sürücü, karayolunda motorlu veya motorsuz bir aracı veya taşıtı sevk ve idare eden kişidir. Yine aynı maddede sürücü belgesinin motorlu araçların sürülmesine yetki veren belge olduğu düzenlenmiştir. KTK'nın 8. maddesinde Millî Eğitim Bakanlığının sürücülerin yetiştirilmesi için kurslar açmak, sürücü adaylarının teorik ve uygulamalı sınavlarını yapmak ve başarılı olanlara sertifika verilmesini sağlamakla yetkilendirildiği belirtilmektedir. KTK'nın 36. maddesinde motorlu araçların sürücü belgesi olan kişiler tarafından kullanılabileceği, 41. maddesinde ise sürücü belgesi alacak kişilerin belirlenen yaşta olmaları ve sürücü sınavlarında başarılı olmaları gibi şartlar getirilmiştir. Aynı kanunun 45. maddesinde ise sürücü belgesi sahibi kişinin sağlığında sürücülüğe engel bir durum ortaya çıkarsa sürücü belgesinin geri alınabileceği düzenlenmektedir. KTK'da yer alan sürücüye ilişkin düzenlemeler, araç sürücüsünün Viyana Konvansiyonu'na paralel şekilde insan olacağı varsayımına dayanmaktadır.

KTK'daki düzenlemeler, aracı sevk ve idare eden kişinin sürücü olduğunu kabul etmektedir. Otonom araçlar söz konusu olduğunda ise sürücünün kim olduğu sorusu KTK kapsamında cevaplanmış değildir. Otonom araçlarda aracın sevk ve idaresinin sürüşün bir bölümünde veya tamamında otonom sistemde olduğu dikkate alındığında, araç içindeki kişinin aracın sevk ve idaresini gerçekleştiren kişi olmadığı ortadadır. Almanya'da ilgili mevzuatta 2017 yılında yapılan değişiklikte olduğu gibi, otonom araçlarda da aracın içindeki kişinin sürücü kabul edileceğine ilişkin açık bir mevzuat değişikliği KTK'da yapılmamıştır. Bu noktada sürüş, otonom sistem tarafından gerçekleştirilse de aracın içinde otonom sistemi aktive eden veya gerektiğinde devre dışı bırakabilen kişinin Almanya'daki düzenlemeye benzer şekilde sürücü olduğu değerlendirmesi yapılabilir. Ancak bu konuda açık bir mevzuat düzenlemesi yapılmadığı sürece, otonom sistem tarafından kontrol

---

151 Köster, 2021, (https://digital.freshfields.com/post/102gr1m/germany-publishes-draft-law-for-the-approval-of-fully-autonomous-vehicles), (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 05.03.2021)

152 Zachäus, Carolin/ Müller, Beate/ Meyer, Gereon, *Advanced Microsystems for Automotive Applications 2017,* Springer, Cham, Almanya, 2018, s. 229

153 Zachäus/ Müller/ Meyer, 2018, s. 229

edilen araçtaki kişinin sürücü olduğunun kabul edilmesi, sorumluluğa ilişkin pek çok sorunu da beraberinde getirebilecektir.

KTK'da sürüşe ilişkin uyulması gereken kurallar sürücüler için getirilmiştir ve sürücülerin bu kurallara uyması beklenmektedir. Trafik işaret ve kurallarına uyma zorunluğu,[154] hız sınırlarına uyma zorunluluğu,[155] dönüş[156] ve geçme kurallarına uyma zorunluluğu,[157] şerit değiştirme ve araçlarla olan mesafeyi koruma zorunluluğu,[158] kavşaklarda geçiş üstünlüğü kurallarına uyma zorunluluğu,[159] seyir halindeyken telefon kullanmak[160] gibi dikkat dağıtacak uğraşlar içinde olmama zorunluluğu sürücülerin uyması gereken kurallar arasında sayılabilir. Araç içindeki kişi sürücü olarak kabul edilse dahi sayılan kuralların pek çoğu, otonom sürüş esnasında otonom sistem tarafından yerine getirilmektedir ve sürücünün bu kurallara ilişkin herhangi bir kontrol ve müdahalesi söz konusu olmamaktadır. Benzer şekilde, otonom sürüş sırasında sürücünün telefon kullanmasının, video izlemesinin, kitap okumasının, müzik dinlemesinin veya benzer uğraşlar içinde olmasının aracın kontrolünün otonom sistem tarafından sağlandığı durumlarda sürüşe herhangi bir etkisi bulunmamaktadır. Sürücü dikkate alınarak düzenlenen tüm kuralların, otonom sürüş halinde uygulanıp uygulanamayacağı veya ne şekilde uygulanacağı kapsamlı şekilde incelenmelidir.[161] Bu nedenle aracın otonom sistem tarafından kontrol edildiği durumlarda sürücü ile otonom sistem arasındaki ilişkinin dikkate alınması ve hukuki sorumluluğun bu ilişkiye göre belirlenmesi gerekmektedir.

Araç içindeki kişinin otonom sürüşü aktive ettiği ve aracın otonom sistem tarafından kullanıldığı durumda, yukarıda belirtildiği üzere KTK'da otonom sürüşü aktive eden kişinin sürücü olarak kabul edileceğe ilişkin Alman mevzuatına benzer açık bir düzenleme yer almamaktadır. Buna rağmen otonom sürüşü aktive eden, devre dışı bırakan veya aracın kontrolünü devralacak kişinin sürücü olduğu, aracı sevk ve idaresinden sorumlu olduğu yorumu yapılabilir. Ancak bu halde aracın sürüşünün otonom sistem tarafından yerine getirildiği süre içerisinde sürücünün, sürücüler için düzenlenen kurallara uymasını beklemek ve bu kurallara uyulmamasını sürücünün kusuru olarak kabul etmek otonom araçların doğasına aykırı düşecektir. Alman mevzuatında, aracın üretici tarafından belirlenen şekilde otonom sistem tarafından kullanıldığı süre içerisinde,

---

154 KTK md. 47

155 KTK md. 51

156 KTK md. 53

157 KTK md. 54

158 KTK md. 46

159 KTK md. 57

160 KTK md. 73

161 Van Uytsel/ Vasconcellos Vargas, 2021, s. 31

sürücünün belli koşullar altında dikkatini sürüşe ve trafiğe vermek zorunda olmadığı düzenlenmiştir.[162] Fakat sürücü, her zaman gecikmeksizin kontrolü otonom sistemden geri almak üzere hazır olmalıdır. Otonom sistem, kontrolü devralması için sürücüyü uyarabilir, sürücü, otonom sistemin planlandığı gibi çalışmadığını fark edebilir veya sürüşe ilişkin koşullardan sürücünün kontrolü devralması gerektiği açıkça anlaşılıyor olabilir.[163] Fakat bu düzenleme, sürücünün kontrolü ne zaman devralması gerektiğinin her zaman için kesin çizgilerle belirlenemeyeceği gibi gerekçelerle eleştirilmektedir.[164] Sürücü, araç otonom sistem tarafından kontrol edilirken sürüşe ilişkin koşulların farkında olamayabilir ve aracı devralması gerektiğini fark edemeyebilir. Bu hususların tamamı sürücünün kusurunu değerlendirirken dikkate alınmalıdır. Bu sorunlar aracın otonomi seviyesi geliştikçe daha az ortaya çıkacaktır. Fakat özellikle SAE Seviye 3 araçlar için sürücünün aracın kontrolünü devralma ihtiyacının daha yüksek olacağı dikkate alındığında, sürücünün kusurunu belirlemede sorunlarla karşılaşılması muhtemeldir. Otonom sistemin sürüşün tamamını gerçekleştirebildiği otonom araçlarda ise sürücünün aracın kontrolünü devralma ihtiyacı daha az ortaya çıkacağı için belirtilen sorunlarla karşılaşılması ihtimali azalacaktır.

Sorumluluğu belirlerken otonom sistem ve sürücü arasında ilişkinin önem kazandığı diğer bir nokta ise otonom sistemin kullanımının sınırlandırıldığı veya yasaklandığı durumlardır. Otonom sistemin kullanımı, sadece otoyollar ile sınırlandırılmış olabilir, kar veya yağmur yağması gibi belli doğa olaylarının gerçekleşmesi halinde veya yol çalışmalarının olduğu yollarda otonom sistemin kullanımı yasaklanmış olabilir. Benzeri kısıtlamaların varlığına rağmen otonom sistemin kullanılması, sürücünün kusurunu etkileyen diğer bir faktör olarak ortaya çıkacaktır.

Sonuç olarak, KTK'da işletenin motorlu aracın sebep olduğu kazalardan doğan zararlardan kusursuz olarak sorumlu olacağı düzenlenmiştir. İşleten kusursuz olarak sorumlu olduğundan, aracın otonom olması, işletenin kusursuz sorumluluğunu doğrudan etkilememektedir. Ancak işletenin sorumluluğunu ortadan kaldıran, azaltan veya üçüncü kişinin sorumluluğunu doğuran hallerde, aracın otonom olması farklı sonuçların doğmasına sebep olabilecektir. Bu kapsamda, değerlendirilmesi gereken en önemli konulardan biri, kazaya otonom aracın neden olması durumunda, bu hususun sürücüye veya üçüncü kişilere atfedilebilir olup olmamasıdır. Bu nedenle, kaza otonom sistemden kaynaklanıyor ise, kazanın olduğu aşamada aracın kontrolünün otonom sistemde mi sürücüde mi olduğu önem

---

[162] Van Uytsel/ Vasconcellos Vargas, 2021, s. 32

[163] Zachäus/ Müller/ Meyer, 2018, s. 229

[164] Van Uytsel/ Vasconcellos Vargas, 2021, s. 32

kazanacaktır. Aracın kontrolünün otonom sistemde olması halinde, kazanın otonom sistemden kaynaklandığı sonucuna varmak gerekecektir. Bu halde, kaza, sürücünün kusurundan değil, doğrudan otonom sistemden kaynaklanacaktır. Her halükârda, kaza özelinde, otonom sistem ile sürücü arasındaki ilişkinin değerlendirilmesi gerekecektir.[165] KTK'da Almanya'daki düzenlemeye benzer şekilde, otonom sürüş esnasında araçtaki kişinin sürücü olacağına dair açık bir düzenleme olmaması, bu ilişkinin nasıl yorumlanacağı konusundaki tartışmaları beraberinde getirmektedir. Benzer şekilde KTK'da otonom sürüş esnasında aracın içindeki kişinin uyması gereken kurallara ilişkin de açık bir düzenleme olmadığından, bu tartışma daha karmaşık bir hale gelmektedir. Kanımızca, otonom sistemin kontrolü altında gerçekleşen bir kazada, kazanın otonom sistemden kaynaklandığını dikkate alıp sürücüye bir kusur atfedilmemesi gerektiği sonucuna varmak doğru olacaktır.[166] Ancak bu noktada da aracın otonom sürüş özelliklerinin ve seviyesinin, kazanın kendi özel koşulları içerisinde dikkate alınması gerekecektir. Örneğin, SAE Seviye 3, yani Yönetmelik kapsamında otonom sayılan bir araçta, aracın kontrolün devralınmasına ilişkin uyarı vermesine rağmen, sürücünün aracın kontrolünü devralmaması, kazaya sürücünün kusurunun neden olduğu sonucuna varılmasına neden olabilir. Benzer şekilde, otonom aracın, kullanım kılavuzu ve özelliklerine göre açıkça kullanılmaması gereken koşullar altında otonom olarak kullanılmaya çalışılması halinde de sürücünün kusurundan bahsedilebilecektir. Değerlendirilmesi gereken diğer bir husus, otonom aracın sebep olduğu kazada, otonom sistemden kaynaklanan hata ve sorunların kazaya sebep olması durumudur. Bu durumda, kazanın araçtaki bir bozukluktan kaynaklandığını kabul etmek uygun olur. Ancak, bu bozukluk, üçüncü kişinin müdahalesi ile gerçekleşmişse, kazanın üçüncü kişinin kusurundan kaynaklanıp kaynaklanmadığı değerlendirmesi ayrıca yapılmalıdır.

SONUÇ

Özellikle son yıllarda, otonom araçlar üzerinde büyük bir hızla araştırma ve geliştirme faaliyetleri yürütülmektedir. Günümüzde henüz SAE Seviye 2'nin üzerinde otonomiye sahip bir araç piyasaya sürülmüş olmasa da yakın zamanda daha yüksek otonomi seviyelerine sahip araçların piyasaya çıkması planlanmaktadır.[167] Otonom araçların, birçok farklı nedenle trafik kazalarını azaltıp trafik güvenliğini artıracağı,

---

165 Çekin, S. Mesut, "Otonom Araçlar ve Hukuki Sorumluluk", TAAD, C. 9, S. 33, 2018, s. 290 vd.

166 Van Uytsel/ Vasconcellos Vargas, 2021, s. 34

167 Goh, Brenda/ Sun, Yilei, "Tesla 'Very Close' to Level 5 Autonomous Driving Technology, Musk says", Reuters, 9 Temmuz 2020, (https://www.reuters.com/article/us-tesla-autonomous-idUSKBN24A0HE), (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 05.03.2021)

karbon salınımını azaltacağı, araç kullanamayan grupların seyahatleri önündeki bazı engelleri kaldıracağı, sürücülerin sürüş esnasında araç kullanımı dışında faaliyetlerle ilgilenmesinin önünü açacağı düşünülmektedir.[168] Bununla birlikte, otonom araçların kullanımının yaygınlaşması, kendine özgü sorunları da beraberinde getirecektir. Türkiye'de otonom araçların sebep olduğu kazalardan doğan hukuki sorumluluğu belirleyen özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Trafik kazalarından doğan hukuki sorumluluk KTK'da düzenlenmektedir. Fakat KTK insanı temel alan bir hukuki sorumluluk rejimini esas almaktadır. Sürücünün sürücü belgesine ve belirli yetkinliğe sahip bir insan olacağı varsayımına dayanmaktadır. Ancak otonom araçlarda, sürüş, kısmen veya tamamen insandan bağımsız otonom sistemler aracılığıyla gerçekleştirilebilmektedir. Bu noktada KTK'daki sorumluluğa ilişkin düzenlemeler yetersiz kalmaktadır. Bu nedenle, herhangi bir mevzuat değişikliği olmadığı müddetçe, otonom araçların neden olduğu kazalardan doğan hukuki sorumluluğun belirlenmesi ancak KTK'nın yorumlanması ile mümkün olabilecektir. Ancak bu da farklı sorunların doğmasına neden olabilecektir. Bu sorunların başında, otonom sürüşlerde sürücünün rolü, otonom sürüş esnasında sorumluluğun kimde olacağı, sürücü ile otonom sistem arasındaki ilişkinin hukuki sorumluluğa etkisi, otonom sistemin kazaya ve tarafların kusuruna olan etkisi, birden fazla otonom aracın karıştığı kazalarda kazanın neden gerçekleştiği ve tarafların sorumluluğu, araçtaki bozukluğun veya üçüncü kişinin müdahalesinin anlaşılması ve kazaya etkisi gibi hususlar gelmektedir. Yönetmelik'te tanımlandığı şekliyle tam otonom araçların yaygınlaşması halinde bu sorunların daha da artacağı düşünülmektedir.

KTK'daki sorumluluğu düzenleyen maddelerin mevcut halleri ile otonom araçların karıştığı kazalardan doğan hukuki sorumluluğu belirlemekte yetersiz kaldığı değerlendirilmektedir. Kanımızca, otonom araçların geliştirilmesi ve piyasaya sürülmesini engellemeyecek ancak zarar gören kişilerin mağduriyetine sebep olmayacak şekilde kusursuz sorumluluğu temel alan bir hukuki sorumluluk rejiminin belirlenmesi yararlı olacaktır. Konuyla ilgili dünyadaki tartışmaları da göz önünde bulundurarak, ürün sorumluluğu, otonom araçlara özgü sigorta rejimi veya otonom araçlara özgü farklı bir kusursuz sorumluluk rejiminin hukuki etki ve sonuçları detaylı olarak şimdiden analiz edilmelidir.

[168] Schoettle/Sivak, 2014; Fagnant/ Kockelman, 2015; Tremoulet/ Seacrist/ McIntosh, 2020, Smith, 2012, Sandry 2017

KAYNAKÇA

Anderson, James M./ Kalra, Nidhi/ Stanley, Karlyn D. vd,, "Autonomous Vehicle Technology: A Guide for Policymakers", Santa Monica, CA: RAND Corporation, 2016, (https://www.rand.org/pubs/research_reports/RR443-2.html), (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 05.03.2021)

Awad, Edmond/ Levine, Sydney/ Kleiman-Weiner, Max vd. "Drivers are Blamed More Than Their Automated Cars When Both Make Mistakes", Nat Hum Behav, C.4, 2020, ss. 134-143

Bansal, Prateek/ Kockelman, Kara M./ Singh, Amit, "Assessing Public Opinions of and Interest in New Vehicle Technologies: An Austin Perspective", Transportation Research Part, C. 67, 2016, ss. 1-14, (https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0968090X16000383), (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 05.03.2021)

Bennett, Joanne M./ Challinor, Kirsten/ Modesto, Oscar vd., "Attribution of Blame of Crash Causation Across Varying Levels of Vehicle Automation", Safety Science, C.132, 2020, 104968

Bolatoğlu, Bolat, *Karayolları Trafik Kanununa göre Motorlu Araç İşletenin Hukuki Sorumluluğu (İşleten Kavramı ve Sorumluluğun Şartları),* Kazancı Hukuk Yayınları, Ankara, 1988

Brodsky, Jessica S., "Autonomous Vehicle Regulation: How an Uncertain Legal Landscape May Hit the Brakes on Self-Driving Cars", Berkeley Technology Law Journal, C.31, S.2, 2016, ss. 851-878, (https://www.jstor.org/stable/26377774), (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 05.03.2021)

Burianski, Markus Dr./ Theissen, Christian M., "An Important Milestone as Germany Permits Automated Vehicles: Market Impact and Outlook", Business Law Magazine, 7 Eylül 2017, (https://www.deutscheranwaltspiegel.de/businesslaw/archiv/an-important-milestone-as-germany-permits-automated-vehicles-market-impact-and-outlook/), (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 05.03.2021)

Chapman Mary M., "Self-Driving Cars Could Be Boon for Aged, After Initial Hurdles", The New York Times, 23 Mart 2017 (https://www.nytimes.com/2017/03/23/automobiles/wheels/self-driving-cars-elderly.html), Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 05.03.2021)

Chatzipanagiotis, Michalel Dr./ Leloudas, George Dr., Automated Vehicles and Third-Party Liability: A European Perspective", Journal of Law, Technology & Policy C. 2020, ss. 109-199

Colonna, Kyle, "Autonomous Cars and Liability", Journal of Law, Technology & The Internet, C.4, S.4, 2012, ss.81-130, (https://scholarlycommons.law.case.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1022&context=jolti), (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 05.03.2021)

Cowger, Alfred R. Jr, "Liability Considerations When Autonomous Vehicles Choose the Accident Victim", Journal of High Technology Law, C. XIX, S.1, 2018, ss. 1-60, (https://cpb-us-e1.wpmucdn.com/sites.suffolk.edu/dist/5/1153/files/2018/12/Cowger-FINAL-174f0gc.pdf), (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 05.03.2021)

Çekin, S. Mesut, "Otonom Araçlar ve Hukuki Sorumluluk", TAAD, C. 9, S. 33, 2018, ss.283-301

De Bruin, Roeland, "Autonomous Intelligent Cars on the European Intersection of Liability and Privacy", European Journal of Risk Regulation, C. 7, S. 3, ss.485-501

Di, Xuan/ Chen, Xu/ Talley, Eric, "Liability Design for Autonomous Vehicles and Human-Driven Vehicles: A Hierarchical Game-Theoretic Approach", Transportation Research Part C: Emerging Technologies, C.118, 2020, 102710, ss. 1-36 (https://arxiv.org/pdf/1911.02405.pdf), (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 05.03.2021)

Duffy, Sophia H., "Sit, Stay, Drive: The Future of Autonomous Car Liability", Science and Technology Law Review, C. 16, S. 3, 2013, ss. 453-480, (https://scholar.smu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1208&context=scitech), (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 05.03.2021)

ECE/TRANS/WP.1/2019/9- - (UK) Position Statement on Automated Vehicles

Elish, Madeleine Clare/ Hwang, Tim, "Praise the Machine! Punish the Human! The Contradictory History of Accountability in Automated Aviation", 2015

Elish, Madeleine Clare, "Moral Crumple Zones: Cautionary Tales in Human-Robot Interaction", Engaging Science, Technology, and Society, C.5, 2019, s.40-60, (https://estsjournal.org/index.php/ests/article/view/260/177), (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 05.03.2021)

Eren, Fikret, "Karayolları Trafik Kanuna Göre Motorlu Araç İşletenlerin Akit Dışı Sorumluluğunun Hukuki Niteliği ve Unsurları, AÜHD, C.XXXIX 19821987, S. 14

Fagnant, Daniel J./ Kockelman, "Preparing a Nation for Autonomous Vehicles: Opportunities, Barriers and Policy Recommendations", Trasnportation Research Part A: Policy and Practice, C. 77, 2015, s.167-181

Fagnant/Kockelman, 2015, s.170, LeValley, Dylan, "Autonomous Vehicle Liability—Application of Common Carrier Liability", Seattle U.L. REV. SUPRA, C. 36, 2013, s.5,-26 (https://digitalcommons.law.seattleu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1003&context=sulr_supra), (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 05.03.2021)

Fernandez, Elizabeth, "Who Is Responsible In A Crash With A Self-Driving Car?", Forbes, 6 Şubat 2020, (https://www.forbes.com/sites/fernandezelizabeth/2020/02/06/who-is-responsible-in-a-crash-with-a-self-driving-car/?sh=1195a5024b2b), (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 05.03.2021)

Geistfeld, A. Mark, "A Roadmap for Autonomous Vehicles: State Tort Liability, Automobile Insurance, and Federal Safety Regulation", California Law Rev, C. 105, 2017, ss.1611-1694, (http://www.californialawreview.org/wp-

content/uploads/2017/12/2-Geistfeld-34-updated.pdf), (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 05.03.2021)

Goh, Brenda/ Sun, Yilei, "Tesla 'Very Close' to Level 5 Autonomous Driving Technology, Musk says", Reuters, 9 Temmuz 2020, (https://www.reuters.com/article/us-tesla-autonomous-idUSKBN24A0HE), (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 05.03.2021)

Gomes, Lee, "Hidden Obstacles for Google's Self-Driving Cars", MIT Technology Review, 28 Ağustos 2014, (https://www.technologyreview.com/2014/08/28/171520/hidden-obstacles-for-googles-self-driving-cars/), (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 05.03.2021)

Gorriez, Francois, "The Legal Landscape of Autonomous Cars", DigiWorld Economic Journal-Communications & Strategies, C.105, 2017, ss.59-71, (link.gale.com/apps/doc/A498245249/ITOF?u=ed_itw&sid=ITOF&xid=ca77d333), (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 05.03.2021)

Hevelke, Alexander/ Nida-Rümelin, Julian, "Responsibility for Crashes of Autonomous Vehicles: An Ethical Analysis", Sci Eng Ethics, C. 21, S. 3, 2015, ss.619-630

Husch, Ben/ Teigen, Anna, "Regulating Autonomous Vehicles", National Conference of State Legislatures, C.25, S.13, 2017, (https://www.ncsl.org/research/transportation/regulating-autonomous-vehicles.aspx), (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 05.03.2021)

Hussain, Rasheed/ Zeadally, Sherali, "Autonomous Cars: Research Results, Issues, and Future Challenges", IEEE Communications Surveys and Tutorials, C.21, S. 2, 2019, ss.1275-1313

Hyde, Justin, "Are Google's Driverless Cars Legal?", Jalopnik, 11 Ekim 2010, (https://jalopnik.com/are-googles-driverless-cars-legal-5661240), (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 05.03.2021)

Jimenez Alonso, Felipe/ Naranjo, J.E/, Sanchez-Mateo, Sofia, "Communications and Driver Monitoring Electronics, C. 7, S. 10, 2018, ss.228 vd.

Jurdak, Raja/ Kanhere, Salil S. "Who's to Blame When A Driverless Cars Have An Accident?", The Conversation, 20 Mart 2020, (https://theconversation.com/whos-to-blame-when-driverless-cars-have-an-accident-93132), (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 05.03.2021)

Kalra, Nidhi/ Anderson, James M./ Wachs, M., "Liability and Regulation of Autonomous Vehicle Technologies", RAND Corporation, California PATH Research Report, UCB-ITS-PRR-2009-28, 2009, (https://www.researchgate.net/publication/228931139_Liability_and_Regulation_of_Autonomous_Vehicle_Technologies), (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 05.03.2021)

Karahasan, Mustafa Reşit, *Sorumluluk Hukuku: Kusura Dayanan Sözleşme Dışı Sorumluluk – Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk,* Beta Yayınevi, İstanbul, 2003, 6. Baskı

Köster, Jonas, "Germany Publishes Draft Law for the Approval of Fully Autonomous Vehicles", Freshfields Bruckhaus Deringer, 17 February 2021, (https://digital.freshfields.com/post/102gr1m/germany-publishes-draft-law-

for-the-approval-of-fully-autonomous-vehicles), (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 05.03.2021)

Law Commission, (https://www.lawcom.gov.uk/project/automated-vehicles/), (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 05.03.2021)

Law Commission and Scottish Law Commission, *Automated Vehicles: A Joint Preliminary Consultation Paper*, 2018, (https://www.scotlawcom.gov.uk/files/8315/4166/7851/Joint_Consultation_Paper_on_Automated_Vehicles_DP_No_166.PDF), (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 05.03.2021)

Law Commission and Scottish Law Commission, *Automated Vehicles: Consultation Paper 2 on Passenger Services and Public Transport A Joint Consultation Paper*, 2019, (https://s3-eu-west-2.amazonaws.com/lawcom-prod-storage-11jsxou24uy7q/uploads/2019/10/Automated-Vehicles-Consultation-Paper-final.pdf), (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 05.03.2021)

Law Commission and Scottish Law Commission, *Automated Vehicles: Consultation Paper 3-A Regulatory Framework for Automated Vehicles A Joint Consultation Paper*, 2020, (https://s3-eu-west-2.amazonaws.com/lawcom-prod-storage-11jsxou24uy7q/uploads/2021/01/AV-CP3.pdf), (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 05.03.2021)

Legal Information Institute, Cornell Law School, (https://www.law.cornell.edu/wex/tort), (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 05.03.2021)

Levinson, Jesse/ Montemerlo, Michael/ Thrun, Sebastian, "Map-Based Precision Vehicle Localization in Urban Environments", *Robotics: Science and Systems III*, Georgia Institute of Technology, Atlanta, Georgia, USA, 27-30 Haziran 2007, (http://www.roboticsproceedings.org/rss03/p16.pdf), (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 05.03.2021)

Lin, Patrick, "What Google Cars Can Learn From Killer Robots", Forbes, 28 Temmuz 2014, (https://www.forbes.com/sites/patricklin/2014/07/28/what-google-cars-can-learn-from-killer-robots/?sh=34b2423b3e18), (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 05.03.2021)

Lim, Hannah Y., *Autonomous Vehicles and the Law: Technology, Algorithms and Ethics,* Edward Elgar Publishing, 2018

Marshall, Aarian, "Who's Ready to Put Their Kid on a Self-Driving School Bus?", Wired, 1 November 2017, (wired.com/story/self-driving-school-bus/), Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 05.03.2021)

McChristian, Lynne/ Corbett, Richard, "Regulatory Issues Related to Autonomous Vehicles", Journal of Insurance Regulation, C. 35, S. 7, 2016, (https://content.naic.org/sites/default/files/inline-files/JIR-ZA-35-07-EL.pdf), (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 05.03.2021)

National Conferance of State Legislatures, "Autonomous Vehicles/Self-Driving Vehicles Enacted Legislation", 18 Şubat 2020, (https://www.ncsl.org/research/transportation/autonomous-vehicles-self-driving-vehicles-enacted-legislation.aspx), (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 05.03.2021)

Nees, Michael A., "Safer Than the Average Human Driver (Who is Less Safe Than Me)? Examining a Popular Safety Benchmark for Self-Driving Cars", Journal of Safety Research, C. 69, 2019, ss.61-68

Nomer, Haluk Nami, "2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanununa Göre Motorlu Araç İşletenin Hukuki Sorumluluğu", İstanbul Barosu Dergisi, C. 66, 1992

Nunes, Ashley/ Reimer, Bryan/ Coughlin, F. Joseph, "People Must Retain Control of Autonomous Vehicles", Nature, 2018, (https://www.nature.com/articles/d41586-018-04158-5), (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 05.03.2021)

Oğuzman Kemal M./ Öz Turgut M., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-2,* Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017, 13. Bası

Pekmez, Cüneyt, "Alman Karayolları Trafik Kanunu'nda 20 Haziran 2017'de Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Türk/İsviçre Hukuku'nda Araçların Otonomlaştırılmasının İşletenin Sorumluluğuna Etkisi", İstanbul Hukuk Mecmuası, C. 77, S. 1, 2019, ss. 153-184

Pekmez Kelep, Tuba, "Otonom Araçların Kullanımından Doğan Cezai Sorumluluk: Türk Hukuku Bakımından Genel Bir Değerlendirme", Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, C. 6, S. 2, 2018, ss.173-195

Raval, Vasant/ Dentlinger, Michael J., "Risk Landscape of Autonomous Cars", EDPACS, C. 56, S. 3, 2017, ss.1-18

Russel, Stuart J./ Norvig, Peter, *Artificial Intelligence: A Modern Approach,* Alan Apt, 1995, s.601, (https://www.cin.ufpe.br/~tfl2/artificial-intelligence-modern-approach.9780131038059.25368.pdf), (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 05.03.2021)

SAE International, (R) Taxonomy and Definitions for Terms Related to Driving Automation Systems for On-Road Motor Vehicles (J3016 JUN2018, 2018)

Sandry, Eleanor, "Automation and Human Relations with the Private Vehicle: From Automobiles to Autonomous Cars", Media International Australia, C. 166, S. 1, 2017

Schoettle, Brandon/ Sivak, Michael, "Public Opinion About Self-Driving Vehicles in China, India, Japan, the U.S., the U.K., and Australia", The University of Michigan Transportation Research Institute: Ann Arbor, 2014, (https://deepblue.lib.umich.edu/bitstream/handle/2027.42/109433/103139.pdf?sequence=1&isAllowed=y), (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 05.03.2021)

Smith, Bryant W., "Managing Autonomous Transportation Demand", Santa Clara Law Review, C. 52, S. 4, 2012, ss.1401-1422, (https://digitalcommons.law.scu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2733&context=lawreview), (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 05.03.2021)

Smith, Bryant W., "Automated Vehicles Are Probably Legal in the United States", 1 Tex. A&M L. Rev., C.411, 2014, ss. 411-511

Straßenverkehrsgesetz [StVG], [Alman Karayolları Trafik Kanunu], 5 Mart 2003'te değiştiği şekliyle (BGBI. I s. 310, 919), en son 17 Temmuz 2017 tarihli Kanunun 8. maddesiyle değiştirilmiştir (BGBI. I s. 2421)

Surden, Harry/ Williams, Mary-Anne, "How Self-Driving Cars Work", 2016, (https://ssrn.com/abstract=2784465), (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 05.03.2021)

Taeihagh, Araz/ Si Min Lim, Hazel, "Governing Autonomous Vehicles: Emerging Responses for Safety, Liability, Privacy, Cybersecurity, and Industry Risks", Transport Reviews, C. 39, S. 1, 2019

Taylor, Micheal, "German Court Bans Tesla 'Autopilot' Name For Misleading Customers", Forbes, 14 Temmuz 2020, (https://www.forbes.com/sites/michaeltaylor/2020/07/14/german-court-bans-tesla-autopilot-name-for-misleading-customers/?sh=56f09f4cc7fb), (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 05.03.2021)

Teoh, Eric R, "What's in a Name? Drivers' Perceptions of the Use of Five SAE Level 2 Driving Automation Systems", J Safety Res., C. 72, 2020, ss. 145-151

Tesla, Autopilot and Full Self-Driving Capability, (https://www.tesla.com/support/autopilot), Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 05.03.2021)

Tremoulet, Patrice D./ Seacrist, Thomas/McIntosh Chelsea W., "Transporting Children in Autonomous Vehicles: An Exploratory Study", Human Factors: The Journal of the Human Factors and Ergonomics Society, C. 62, S. 2, 2020, ss.278-287

U.S. Department of Transportation NHTSA, *Automated Driving Systems 2.0: A Vision for Safety* (https://www.nhtsa.gov/sites/nhtsa.dot.gov/files/documents/13069a-ads2.0_090617_v9a_tag.pdf), (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 05.03.2021)

Wakabayashi, Daisuke, "Self-Driving Uber Car Kills Pedestrian in Arizona, Where Robots Roam", The New York Times, 19 Mart 2018, (https://www.nytimes.com/2018/03/19/technology/uber-driverless-fatality.html), (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 05.03.2021)

Whitwam, Ryan, "How Google's Self-Driving Cars Detect and Avoid Obstacles", Extremetech, 8 Eylül 2014, (https://www.extremetech.com/extreme/189486-how-googles-self-driving-cars-detect-and-avoid-obstacles), (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 05.03.2021)

Van Oort, Niels/ Scheltes, Arthur, "A Self-Driving Car to Transport Wheelchair-Bound Children", TUDelft, 2017, (https://www.tudelft.nl/en/ceg/research/stories-of-science/a-self-driving-car-to-transport-wheelchair-bound-children/), (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 05.03.2021)

Van Uytsel, Stevan/ Vasconcellos Vargas, Danilo, *Autonomous Vehicles,* Springer, Singapore, 2021, 1. Baskı s.5

Vellinga, Nynke E., "Automated Driving and Its Challenges to International Traffic Law: Which Way to Go?", Law, Innovation and Technology, C. 11, S. 2, 2019

Villasenor, John, "Products Liability and Driverless Cars: Issues and Guiding Principles for Legislation", Brookings, The Robots Are Coming: The Project on Civilian Robotics, 2014, (https://www.brookings.edu/research/products-liability-and-driverless-cars-

issues-and-guiding-principles-for-legislation/), (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 05.03.2021)

Yetim, Servet, "Sürücüsüz Araçlar ve Getirdiği/Getireceği Hukuki Sorunlar", Ankara Barosu Dergisi, S. 1, 2016, ss.127-184

Zachäus, Carolin/ Müller, Beate/ Meyer, Gereon, *Advanced Microsystems for Automotive Applications 2017,* Springer, Cham, Almanya, 2018

YARGI UYGULAMASINDA YAPAY ZEKÂ KULLANIMI – YAPAY ZEKÂ HÂKİM CÜBBESİNİ GİYEBİLECEK Mİ? *

Using Aİ in Judicial Proceedings – Will Aİ Be Able to Wear the Judge Robe

Oğuz Gökhan YILMAZ**

Özet: Yapay zekâ, daha eski bir geçmişe sahip olsa da özellikle son on yıldaki en popüler konulardan biridir. Bu çalışma, yapay zekânın yargı uygulamasında ne kadar kullanılabileceğini keşfetmek adına yapay zekâ kavramını hukuk perspektifinden ele almaya çalışmaktadır. Bu makale yapay zekânın yargı uygulamasında, hâkime yardımcı yapay zekâ, karar taslaklarını hazırlayan yapay zekâ ve karar veren yapay zekâ olarak üç şekilde kullanılabileceğini öngörmektedir. Yargı uygulamasında kullanılacak yapay zekâ ilk olarak bir etik çerçeveye sahip olmalıdır. Zira adil olma, ayrımcılık yasağı gibi hukuk sisteminin kurucu değerlerine uygun hareket edilmesi mevcut yargı aktörleri için de bir yükümlülüktür. Aslında, henüz başlangıç aşamasında olsalar da hukuki uygulamada kullanılacak yapay zekâ için hem düzenleme hem de etik bir çerçeve oluşturmaya dair çeşitli girişimler bulunmaktadır. Sonuç olarak, yapay zekâ patlaması, her ne kadar hukuk olabildiğince geç etkilenecek sektörlerden biri olsa bile, diğer alanlarda olduğu gibi yargısal uygulamaları da etkilemeye devam edecektir.
Anahtar Kelimeler: Yapay zekâ ve hukuk, yapay zekâ hâkim, yapay zekâ ve kişilik hakkı, yapay zekâ ve hukuki etik.

Abstract: AI is one of the most popular topics in particular in the last decade even if it has an older history. This paper tries to address AI from the law perspective to discover to what extent AI can be used in judicial practice from an assistant to a judge. This paper anticipates that AI can be used in judicial practice by three options as AI assistant to judge, AI drafting decisions and AI deciding cases. Moreover, if AI is used in judicial practice, firstly it should have an ethical frame, as the ordinary legal actors have. Indeed, there are certain attempts for both to regulate AI, in general, and to create an ethical framework for the AI being used in legal practice even if they still remain at the initial stage. All in all, AI boom will continue to affect legal practice as it does in other professions even if the law will be one of those sectors which will be affected less and later.
Keywords: AI and the law, AI judge, legal personhood of AI, legal ethics for AI.

* Bu çalışma yazarın 2019 yılında Kyushu Üniversitesi'nde (Japonya) hazırladığı yüksek lisans tezinin ve Türkiye Adalet Akademisi Law and Justice Review'de yayımlanan makalesinin çevirilerinin kısaltılarak yeniden düzenlenmesiyle hazırlanmıştır.

** Tetkik Hâkimi, Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü, Bilkent Üniversitesi Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Öğrencisi, oggokhan@hotmail.com, ORCID: 0000-0003-3812-9873.

Makale Geliş Tarihi: 26.02.2021, Makale Kabul Tarihi: 12.04.2021

GİRİŞ

Yapay zekâ (YZ) son zamanlarda hem ülke hem de dünya gündemindeki en sıcak konulardan biridir. Yapay zekâ, kavramsal anlamda ilk olarak 1956 yılında Dartmouth Üniversitesindeki bir araştırma projesinde kullanılmıştır.[1] Bu eski sayılabilecek tarihine rağmen YZ bilgisayar ve internet teknolojilerinin gelişmesine bağlı olarak özellikle son on yılda çok popüler olmuştur. Yapay zekâ temel olarak insanların doğuştan sahip olduğu sorun çözme yeteneğine sahip makineler olarak tanımlanabilir. Yapay zekânın erken dönem uygulamalarının fabrikalardaki endüstriyel robotlar olduğunu ve fakat güncel versiyonların ise çok daha fazlası olduğunu da belirtmek gerekir. Yapay zekânın devam eden bu hızlı gelişimi sosyal hayatı ve özellikle iş hayatını önemli ölçüde etkileyecektir. Nitekim 2040 yılına kadar bugün insanların yaptığı işlerin %30-40'ının yapay zekâ ve robotlar tarafından yapılacağı da öngörülmektedir.[2]

Yapay zekânın birçok sektör üzerinde değiştirici bir etkisinin olacağı açıktır. Hukuk da, diğer sektörlere göre daha az ve sonra etkilenecek olsa da YZ patlamasından payına düşeni alacaktır. Hukuki pratik farklı aktörler tarafından yürütüldüğünden YZ'nin yargı uygulamasını etkilemesi farklı derecelerde olacaktır. Örneğin, IBM tarafından avukatlara yönelik olarak geliştirilen ve yaygınlaşarak kullanılmaya başlayan 'Ross' adlı yapay zekâ bazı hukuki konularda da avukatlara yardım etmektedir.[3] Fakat hâkimlere yönelik olarak benzeri bir uygulama henüz tam olarak geliştirilmemiştir. YZ'nin potansiyeli ve avantajları dolayısıyla mahkeme işleyişinde rol alacağı açık olsa da ne kadar rol alabileceğini öngörmek zordur. Bu kapsamda, bu çalışma ile YZ'nin mahkemelerdeki muhtemel kullanımı ele alınmıştır.

Birinci bölümde teknik yanı ağır basan ve net bir tanımı olmayan YZ kavramına ve bazı ilgili kavramlara değinilmiştir. Zira YZ'yi daha iyi kavramak için makine öğrenmesi ve algoritma gibi bazı kavramlara da değinilmesi gerekmektedir. İkinci bölümde YZ hukuki perspektiften ele alınmıştır. Toplumsal hayatı etkileyen yeni gelişmeler biraz daha sonra olsa da hukuku da etkiler. Bir diğer söyleyişle hukuk yeni gelişmeleri zamanla düzenlemeleri içine alır. İşte bu noktada YZ'nin hukuken düzenlenmesi gerekliliğine, ulusal veya uluslar arası ölçekte nasıl düzenlenebileceğine ve bu alandaki öncü adımlara değinilmiştir. Hukuki düzenlemelerde ilk adım ilgili kavramın tanımlanması/konumlanması

---

1 Russel, Stuart/ Norwig, Peter, *Artificial Intelligence A Modern Approach,* Pearson, New Jersey, 2010, 3. Bası, s. 17.

2 Marria, Vishal, *The Future of Artificial Intelligence In The Workplace* (11.01.2019), https://www.forbes.com/sites/vishalmarria/2019/01/11/the-future-of-artificial-intelligence-in-the-workplace/?sh=1934725673d4 (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 25.04.2019).

3 http://www.rossintelligence.com (Çevrimiçi, Erişim Tarihi, 25.04.2019).

olduğundan YZ kavramı bu açıdan da değerlendirilmiştir. Üçüncü bölüm ise bu çalışmanın asıl odağını oluşturmakta olup burada YZ'nin yargı uygulamasında nasıl rol alabileceği irdelenmiştir. Bu çalışma YZ'nin yargı uygulamasında temel olarak üç modelde rol alabileceğini önermektedir. Buna göre, birinci model hâkime yardımcı YZ olarak ifade edilen ve klasik yargılamadaki hâkimi ikincil görevlerde bir hâkim yardımcısı gibi destekleyen modeldir. İkinci aşamada ise karar taslaklarını hazırlayan YZ olarak ifade edilen ve hâkimin bakacağı davaya yönelik ona karar taslakları hazırlayabilen bir YZ öngörülmektedir. Nihai aşama ise kararın tamamen YZ hâkim tarafından verilebileceği aşamadır. Sonuç bölümünde ise çalışma içerisinde değinilen konuların kişisel bakış açısıyla genel değerlendirmesi yapılmıştır.

I) YAPAY ZEKÂ ve İLGİLİ TEMEL KAVRAMLAR

Yapay zekâ (YZ) özellikle son yıllarda tüm dünyada daha da popüler hale gelmektedir. İnternetin yaygınlaşması gibi yapay zekâ tabanlı otonom araçlar, elektronik aletler ya da çeşitli yazılımlar günlük hayatımızda artık daha görünür hale gelmektedir. Yapay zekâ, kavramsal olarak ilk kez 1956 yılında John McCarthy tarafından kullanılmıştır. McCarthy yapay zekâyı, insanların doğal olarak sahip olduğu problem çözme yetisine sahip olan makine olarak tanımlamıştır.[4] Yapay zekânın erken dönem uygulamalarının fabrikalardaki endüstriyel robotlar olduğunu da belirtmek gerekir. Oysaki güncel YZ uygulamaları veya robotlar öncülerinden çok daha ileri seviyededir. Örneğin, 2014 yılında Vital adlı bir robot İngiltere'de bir şirkette yönetim kurulu üyesi olarak atanmıştır ki bu insanlarla aynı pozisyonu paylaşan ilk örnektir.[5] 2016'da ise vatandaşlık verilen ve tüm dünyada en meşhur robot olan Sophia ortaya çıkmıştır. YZ'nin kısa süredeki bu büyük gelişimi bazı hukuki tartışmaları da beraberinde getirmiştir. YZ'nin hukuken tanınabilirliği veya kişiliği, YZ'nin hukuki sorumluluğu ve YZ'nin fikri mülkiyet hakları, diğerlerinin yanında ilk akla gelen hukuki konulardır.

---

[4] https://en.wikipedia.org/wiki/History_of_artificial_intelligence (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 25.06.2019).

McCarthy, John/Minsky, Marvin L./Rochester, Nathaniel/Shannon, Claude E., *A proposal for the Dartmouth Summer Research Project on Artificial Intelligence, August 31, 1955*, AI Magazine, C. 27, S. 4, 2006, s. 14,

https://www.aaai.org/ojs/index.php/aimagazine/issue/view/165 (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 25.04.2019).

[5] Pagallo,Ugo, *Vital, Sophia, and Co.—The Quest for the Legal Personhood of Robots*, Information, S. 9, 2018, s. 233, https://www.mdpi.com/2078-2489/9/9/230/htm (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 25.04.2019).

A) Yapay Zekânın Tanımı

Yapay zekâ ilk olarak John McCarthy tarafından 1956 yılında Dartmouth Üniversitesinde, yapay zekâ hakkında yapılan bir araştırma projesinde kullanılmıştır.[6] Düşünen makineler ya da bazı görevler yapabilen makineler fikri bu zamandan daha önceye dayanmakta olup başka araştırmacıların da bu konuda çalışmalar yaptığı bilinmektedir.[7] YZ'nin matematik, bilgisayar, mühendislik, dilbilim gibi farklı alanlarla ilgili olması ve bu alanlar dâhilinde yoğun olarak çalışılması sebebiyle YZ'yi tanımlamak oldukça zordur.

Oxford sözlüğünde, " Diller arasında tercüme, karar verme, konuşma tanıma, görsel algı gibi normalde insan zekâsı gerektiren işlemleri yapabilen bilgisayar sistemlerinin geliştirilmesi ve teorisi" olarak tanımlanmaktadır.[8] Bir başka tanım ise, "YZ, hali hazırda insanların daha iyi olduğu şeyleri bilgisayara nasıl yaptıracağının çalışmasıdır." şeklindedir.[9] Yine YZ'nin tanımı insanca düşünme, insanca davranma, rasyonel düşünme ve rasyonel davranma olarak dört grupta sınıflanmaktadır. [10] Bu tanımlar ışığında YZ'yi genellikle insanların yerine getirdiği işlemlerin nasıl yapılacağının, insansı robottan otonom araca kadar çeşitli görünüşlerdeki bir makineye öğretilmesine yönelik bir teknolojidir şeklinde tanımlayabiliriz.

Yapay zekâ ve yapay zekânın çalışma yapısı bir bilgisayar yazılımından daha karmaşıktır. Bir diğer söyleyişle YZ'yi daha iyi anlamak için YZ ile birlikte diğerlerinin yanında makine öğrenmesi, algoritma, doğal dil işleme ve robot gibi bazı ilgili kavramlara da değinmek gerekir.

B) Algoritma

Algoritma normalde bir matematik terimi olsa da günümüzde daha çok bilgisayar teknolojilerinde kullanılmaktadır. Algoritmanın genel tanımı; "hesaplama veya diğer problem çözüm adımlarında uygulanacak kurallar bütünü veya sürecidir." şeklindedir.[11]

---

6 Russel/Norwig, 2010, s. 17.

7 Russel/Norwig, 2010 s. 16.

8 https://en.oxforddictionaries.com/definition/artificial_intelligence (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 25.04.2019).

9 Rich, Elaine/Knight, Kevin/Nair, Shivashankar B., *Artificial Intelligence,* Tata McGraw-Hill, Yeni Delhi, 2009, 2. Bası, s. 3.

10 Russel/Norwig, 2010, s. 2.

11 https://en.oxforddictionaries.com/definition/algorithm (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 22.04.2019).

Bir diğer söyleyişle algoritma –hem matematik hem de bilgisayar bakımından- bir işlemi/görevi[12] (evden işe gidip gelmek, iki nokta arasındaki en kısa mesafeyi bulmak gibi) tamamlamak için atılacak adımlar bütünüdür.[13] Temel olarak bu süreci; girdi, hesaplama/işleme ve çıktı olarak üç aşamalı bir süreç olarak ifade edebiliriz. Algoritmanın hesaplama/işleme kısmıyla ilgili olduğu açıktır. Örneğin, artık günlük hayatımızın önemli bir parçası olan navigasyon uygulamaları algoritmanın tipik bir örneğidir.[14] Navigasyon uygulaması şehirdeki iki nokta arasındaki en kısa yol mesafesini hesaplar tıpkı satranç tahtasındaki iki nokta arasındaki en kısa mesafeyi hesaplamak gibi. Algoritma ile sınırlı sayıdaki seçenekler arasından talep edilen/öncelik verilen seçenek bulunur. Örneğimizde şehirdeki iki nokta arasındaki yollar sınırlı sayıdaki seçenekleri ifade ederken, tercih ettiğimiz en kısa/en hızlı yol da talep edilen seçeneğe karşılık gelmektedir. Bir diğer söyleyişle satranç tahtasındaki iki nokta arasında çeşitli fakat sınırlı sayıda rota bulunmaktadır. Bu örnek günlük hayatımızda yer alan algoritma örneklerinden sadece biridir.

C) Makine Öğrenmesi

Makine öğrenmesi, bir bilgisayar programının kullanıcı verilerinden yola çıkarak kendi başına tamamen yeni bir bilgiye varmasını ifade etmektedir. Geleneksel olarak makinelerin bilgisi geliştiricisinin yükledikleri ile sınırlıdır. Yani, yazılım geliştiricisi muhtemel her ihtimal için bir bilgi/açıklama grubu öngörür.[15] Bir diğer söyleyişle, geleneksel yöntemde, bir makineye veya yazılıma sınırlı sayıdaki (bu sayı çok büyük bir sayı da olabilir) soruların cevabı yüklenir. Makine öğrenmesinde ise, makine veriye eriştiği sürece ilk başta yüklenenden daha fazlasını öğrenebilmektedir. Bu süreç daha çok veri daha çok öğrenme şeklinde formüle edilebilir. Makine öğrenmesi, erişilen veri içindeki bilgi kalıplarının otomatik olarak keşfedilmesi olarak da ifade edilmektedir.[16] Bir kere keşfedilen kalıp yeni öngörülerde bulunmak için kullanılabilir.[17] Makine öğrenmesi, ilgili işlemin nasıl yapılacağına dair komut girmeksizin ya da çok az komut girerek

---

12 *What is an algorithm and why should you care?, Khanacademy,* https://www.khanacademy.org/computing/computer-science/algorithms/intro-to-algorithms/v/what-are-algorithms (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 25.04.2019).

13 Schatsky, David/Muraskin, Craig/Gurumurthy, Ragu, *Demystifying Artificial Intelligence,* A Deloitte series on cognitive technologies (04.11.2014), https://www2.deloitte.com/content/dam/insights/us/articles/what-is-cognitive-technology/DUP_1030-Cognitive-Technologies_MASTER.pdf (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 25.04.2019).

14 Age

15 Semmler, Sean/Rose, Zeeve, *Artificial Intelligence: Application Today and Implications Tomorrow*, Duke Law and Technology Review, C. 16, S. 1, 2017, s. 86.

16 Schatsky/Muraskin/Gurumurthy, 2014.

17 Age

programın bu süreci kullanarak uygun çıktılar vermesini sağladığı için çok önemli bir işleve ve potansiyele sahiptir.[18]

D) Doğal Dil İşleme

İnsanlar ve makineler kodlar ve numaralardan oluşan programlama dilleriyle iletişim kurmaktadır. Doğal dil işleme, bu geleneksel yöntemi değiştirerek bilgisayarların insanları daha konuşurken anlayabilmelerini sağlamaktadır.[19] Programlama dillerinin aksine, doğal dil çoğunlukla kelimelerin anlamı ve cümle yapıları sebebiyle açık ve net değildir. Aynı cümle veya kelimenin kullanıldığı şartlar (kim söyledi, kime söyledi, ne için söyledi gibi) dâhilinde tamamen farklı bir anlama da gelmesi mümkündür. Bu kapsamda özellikle bazı Asya dillerinde olduğu gibi vurgu ve tonlamada aynı kelimeyi tamamen farklı bir anlama dönüştürebilmektedir. Doğal dil işleme bilgisayarlara insan dilini anlama ve anlamlandırma olanağı vermektedir.

Bu süreç; otomatik metin özeti, metin madenciliği, makine tercümesi, çağrı merkezlerinde kullanımı yaygınlaşan otomatik soru yanıtlama gibi güncel uygulamalara imkân vermektedir.[20] Metnin bilgisayar yazılımı tarafından otomatik çevrilmesi olan makine tercümesi[21] doğal dil işleme uygulamalarının tipik örneklerinden biridir. Google'un tercüme uygulaması bu kapsamaki en somut ve yaygın örnektir. Doğal dil işleme, insan dilinin anlamlandırılması/tercümesi için makine öğrenmesini temel alan algoritmalar kullanmaktadır. Aksi halde, ortaya çıkacak iş yükü ve zamandan da ayrı olarak kelimelerin ve cümle yapılarının tüm varyasyonlarını programlamak gerekirdi ki bu neredeyse imkânsızdır. Doğal dil işleme ile bir dilde yer alan çok sayıdaki kelime ve kural kümelerinin elle kodlanması yerine bunların makine öğrenmesi yoluyla örneklerin analiz edilerek otomatik olarak öğrenilebilmesi mümkündür.[22]

Bu çalışmanın asıl konusu olan yargı uygulamasında yapay zekânın kullanılması doğal dil işleme ile doğrudan ilgilidir. Doğal dil işleme teknolojisi geliştikçe yargı uygulamalarındaki yapay zekâ kullanımı da artacaktır. Zira adli işlemlerin neredeyse tamamı insanların yazılı veya sözlü beyanlarından oluşmaktadır. Doğal dil işleme

---

18 Russel/Norwig, 2010, s. 87.

19 Becerra, Sergio David, *The Rise of Artificial Intelligence in the Legal Field: Where We Are and Where We Are Going*, The Journal of Business, Entrepreneurship and the Law of the Pepperdine University Caruso School of Law, C. 11, S. 1, 2018, s. 37.

20 Kiser, Matt, *Introduction to Natural Language Processing,* Algorithmia (11.08.2016), http://blog. algorithmia.com/introduction-natural-languageprocessing-nip/ (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 25.04.2019).

21 Russel/Norwig, 2010, s. 907.

22 Kiser, 2016.

teknolojileri gün geçtikçe gelişmekteyse de yukarıda değinildiği gibi dilin esnekliği ve belirsizliği nedeniyle halen insan dilini net ve tam olarak anlamaktan yoksundur. Türkçemizi ele alacak olursak, (^) işaretinin kullanımı ya da yöreden yöreye değişebilen ağız ve anlam farklılıklarının makinelerce benimsenmesinin kolay olmayacağını ifade edebiliriz. Ancak, yapay zekâ alanının tamamında olduğu gibi bu konudaki gelişmelerin ivmesi ve potansiyeli umut vericidir.

E) Robot

Çeşitli robotlar, otomobil imalatı gibi büyük çaplı imalat endüstrileri başta olmak üzere elli yılı aşkın süredir dünya çapında işyerlerinde kullanılmaktadır. Dahası, teknolojinin ve bilgisayarın gelişmesine paralel olarak robotlar bazı ev işlerini yapmaya başlayarak gündelik hayatımızda da karşımıza çıkmaya başladılar. Robot sözlükte şöyle tanımlanır; "Karmaşık bir dizi eylemi otomatik olarak gerçekleştirebilen, özellikle bir bilgisayar tarafından programlanabilen bir makine."[23] Buradaki sözlük tanımına rağmen bilim adamları arasında robotun ne olduğu ve hangi makinelerin robot olarak tanımlanacağına dair ortak bir tanım yoktur. [24]

Bununla birlikte robotlar; manipülatörler, mobil robotlar ve mobil manipülatörler olmak üzere üç ana kategori altında sınıflandırılabilir.[25] Manipülatör, çoğunlukla imalat endüstrilerinde belirli hareketleri gerçekleştirmek için kullanılan, robot kol olarak da adlandırılan sıradan ve en eski robot türüdür.[26] İkincisi olan mobil robotlar, ismini mobil olma özelliğinden, yani tekerlekleri, ayakları veya benzeri aletlerle hareket edebilme özelliğinden alıyor.[27] Son zamanlarda daha sık karşılaştığımız insansız hava araçları mobil robotların en gelişmiş örneklerinden biridir. Son kategori ise, robotların en gelişmiş versiyonu olan manipülasyon ve hareketliliğin bir sentezidir,[28] özellikle bu kategoride bulunanlar YZ ile entegre edilmiştir.

Robotların ortak bir tanımı olmadığı gibi farklı şekilde sınıflanmaları da mümkündür.[29] Yapay zekâlı robotların bazıları, insana

---

23 https://en.oxforddictionaries.com/definition/robot (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 25.04.2019), TDK sözlüğünde ise robot "Belirli bir işi yerine getirmek için manyetizma ile kendisine çeşitli işler yaptırılabilen otomatik araç." şeklinde tanımlanmaktadır. bkz. https://sozluk.gov.tr

24 Wildhaber, Isabelle, *Artificial Intelligence and Robotics, the Workplace and Workplace-related Law, in* W. Barfield, U. Pagallo (eds) Research Hand Book On The Law Of Artificial Intelligence, Edward Elgar, Cheltenham, 2018, s. 579.

25 Russel/Norwig, 2010, s. 971.

26 Age

27 Age

28 Russel/Norwig , 2010 s. 972.

29 Wildhaber, 2018, s. 579.

benzeyecek şekilde gövde, kol ve bacaklara sahip olduğundan insansı robotlar olarak da ifade edilmektedir. Örnek olarak, 2016 yılında ortaya çıkan ve ilk vatandaş robot olarak dünya çapında meşhur olan Sophia'yı gösterebiliriz.[30] Belirtmek gerekir ki robotların fiziksel bir varlığının/görünüşünün bulunması gerekir. Fiziksel varlığı bulunmaksızın ancak robotlar gibi belirli işlevlere sahip olanlara da robotik gözüyle "bot" denilmektedir. Robotik ise bilgisayar, mühendislik gibi disiplinler arası bir alan olup robotun tasarımı, uygulaması, kontrolü gibi tüm süreci bütün olarak ele almaktadır.[31] Yapay zekâ ve robotlar, yukarıda kısaca değinilen özellikleri kapsamında insansı robotların da ortaya çıkmalarına bağlı olarak hukuk için de güncel ve önemli konulardan biri haline gelmiştir. Zira insansı robotlar, endüstriyel robotlardan farklı olarak gündelik hayatın içerisinde yer almaya ve haliyle hukukun konusu olmaya elverişlidirler.

II) YAPAY ZEKÂ ve HUKUK

Hukuk kuralları temel olarak somut olaylardan ilham aldığı için genellikle sosyal hayatı etkileyen gelişmelerin ardından gelir. Başka bir deyişle, hukuk kuralları toplumun ihtiyaçlarına göre şekillendiği için dinamik ve değişken yapıdadır. Aksi halde, statik yapıdaki hukuk kuralları sosyal hayattaki uyuşmazlıkların çözümünde yetersiz kalacaktır. Örneğin, 90'lı yıllarda devletlerin/hukuk sistemlerinin büyük çoğunluğunun internete ilişkin kapsamlı düzenlemeleri bulunmamaktaydı. Ancak bugün neredeyse bütün hukuk sistemlerinde internete ilişkin ayrıntılı düzenlemeler bulunmaktadır. Çünkü zaman içerisinde internetin yaygınlaşması, hukuk kurallarının da interneti düzenlemesini bir ihtiyaçtan öte zorunluluğa dönüştürmüştür.

Yapay zekâ hayatımıza yeni girmiş olmasa da 20 yıl önce ile karşılaştırıldığında artık daha farklı anlamlara gelmektedir. Yapay zekâlı robotlar, yapay zekâlı aletler/yazılımlar, otonom arabalar, otonom akıllı cihazlar YZ'nin farklı alanlardaki uygulamalarından bazılarıdır. YZ artık sadece yüksek teknoloji şirketleri veya devletler için değil toplumun genel kullanımı için de daha yaygın hale gelmektedir. Bu durum internetin yaygınlaşmasına bağlı olarak hukuk kuralları ile düzenlenmeye başlamasına fazlasıyla benzemektedir. Dolayısıyla burada, yapay zekâyı hukuk kuralları ile düzenlemeli miyiz ve eğer düzenleyeceksek nasıl düzenlemeliyiz soruları ile karşılaşmaktayız.

A) Yapay Zekânın Düzenlenme İhtiyacı

Yapay zekâ ilk olarak insanlara karmaşık konularla başa çıkma ya da insanın üstesinden gelemeyeceği büyüklükteki veri kümelerinden

---

[30] Pagallo, 2018, s. 235.

[31] https://en.wikipedia.org/wiki/Robotics (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 25.04.2019).

ihtiyaç duyulan bilgiye erişmeyi sağlama gibi faydalar sağlar. Öte yandan, YZ teknolojileri –şu an için kullanıcılara bağlı olsa da- kötü niyetli olarak kullanılabilmeye de elverişlidir. Hatta robotların kendi başlarına kontrolü ele geçirip insanlara zarar vermelerinin mümkün olup olmadığı da kesin değildir. Her durumda Asimov'un 'Robotların Üç Kanunu'ndan' fazlasına ihtiyacımız olduğu açıktır.[32]

Öncelikle ve en önemlisi YZ'nin düzenlenmeden önce net olarak tanımlanması gerektiğidir. Ancak YZ için böyle tek ve ortak bir tanım yapabilmek konunun uzmanları için bile oldukça zordur.[33] Birinci bölümde, Mccarthy'den ve diğer uzmanların[34] görüşlerinden ilham alarak yaptığımız tanım da bu zorluktan nasibini almaktadır. Hukuk açısından bakıldığında ise ilk adım düzenlenecek kavramın tanımlanmasıdır. Bununla birlikte YZ olağan bilgisayar yazılım sistemlerinden nispeten farklı olan opak yapısı[35] ve arka plan işletim sistemi, kodlar ve algoritmalar sebebiyle de bazı belirsizliklere sahiptir. Bir diğer nokta da YZ'nin tıp, askeriye, pek çok sanayi türü, bilgisayar ve internet teknolojileri vb. gibi farklı alanlara konu olması sebebiyle tüm bu alanlara uygulanabilecek tek tip kuralları oluşturmanın zorluğudur.

B) Yapay Zekâ Nasıl Düzenlenmeli?

Yapay zekânın hukuken düzenlenmesine ilişkin bir diğer nokta da hangi düzeyde düzenleneceği hususudur. Etik kurallar veya rehber ilkeler gibi yumuşak hukuk kurallarıyla mı yoksa ulusal ya da uluslararası anlamda klasik hukuk kurallarıyla mı düzenlenmelidir? Yapay zekâ iki aşamalı olarak düzenlenmelidir. Birinci aşamada tüm YZ

---

[32] Bir bilim kurgu yazarı olan Isaac Asimov'un robotlar için öngördüğü Üç Robot Kanunu şöyledir:

1) Bir robot bir insana zarar veremez ya da hareketsiz kalarak bir insanın zarara uğramasına izin veremez.

2) Bir robot ilk kanunla çelişmediği takdirde insanlar tarafından verilen emirlere uymak zorundadır.

3) Bir robot ilk ve ikinci kanunla çelişmediği sürece kendi varlığını korumak zorundadır. Yazarın daha sonradan bu üçlemeye eklediği 'sıfırıncı kural' olarak nitelediği bir kural daha vardır. O da, "Bir robot insanlığa zarar veremez ya da hareketsiz kalarak insanlığın zarar görmesine olanak tanıyamaz" şeklindedir.

Bkz. https://en.wikipedia.org/wiki/Three_Laws_of_Robotics (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 25.04.2019).

[33] Thomas, Valeria, *Report on Artificial Intelligence: Part I-the existing regulatory landscape*, (14.05.2018) https://www.howtoregulate.org/artificial_intelligence/#sdendnote1sym (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 25.04.2019); Scherer, Matthew U. *Regulating Artificial Intelligence Systems: Risks, Challenges, Competencies, and Strategies*, 29, Harvard Journal Of Law & Technology, C. 29, S. 2, 2016, s. 359.

[34] Mccarthy/Minsky/Rochester/Shannon, 2006, s. 14; Rich/Knight/Nair, 2009, s. 3.

[35] Etzioni, Amitai/Etzioni, Oren, *Should Artificial Intelligence be Regulated*, *Issues in Science and Technology*, C. 33, S. 4, 2017, s. 34, https://issues.org/perspective-should-artificial-intelligence-be-regulated/ (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 25.04.2019).

alanına dair genel kurallar/rehber ilkeler söz konusuyken ikinci aşamada sadece ilgili alana ilişkin münhasır YZ kuralları söz konusudur. Yapay zekânın düzenlenmesine yönelik çeşitli girişimler/görüşler bulunmaktadır. Nitekim YZ üzerinde çalışanların öncelikle işaret ettiği bir risk vardır ki o da YZ'nin kötüye kullanılmaya elverişli olmasıyla bağlantılı olarak ölümcül otomatik silahlardır.[36] Bu bağlamda, bu potansiyel tehlikeyle başa çıkmak için Oren Etzioni YZ'nin düzenlenmesine yönelik olarak ileri sürdüğü 5 ilke içerisinde birinci sırada "yapay zekâ destekli silahlara ve siber silahlara yönelik düzenleme yapılmasını" önermektedir. [37] Yazara gore YZ'ye dair düzenlemelerin ilk kuralı YZ'nin silahlandırılmaması olmalıdır. Bu öneri YZ'nin en büyük riskiyle başa çıkabilmek için harika görünse de uluslararası ilişkiler öğretisinin tarihsel gerçekleriyle örtüşmemektedir. Uluslararası ilişkiler teorilerinden en eskisi olan ve halen de geçerliliğini sürdüren realist teori (uluslararası ilişkilerde egemen olan temel faktörün askeri güç olduğunu esas alır) tek başına yazarın görüşünün mümkün olamayacağını ispata yeterlidir. Zira YZ geleceğin –özellikle de askeri açıdan- gücü olarak da nitelenmektedir.[38]

Birleşmiş Milletler de YZ'nin öneminin ve gelecekte üstleneceği rolün farkına varmıştır. Bu kapsamda BM yapay zekâ ve robotik hakkında bir program başlatılmasına karar vermiştir. Birleşmiş Milletler çatısı altındaki Bölgelerarası Suç ve Adalet Araştırma Enstitüsü (UNICRI) bünyesinde Lahey'de Yapay Zekâ ve Robotik Merkezi kurulmuştur.[39] Merkezin amacı YZ konusundaki gelişmelerin takip edilmesidir. UNICRI içerisindeki bu merkezin belli faaliyetleri olsa da BM'nin YZ ve robotik programı halen YZ'ye yönelik düzenlemelerden uzaktır.[40]

Avrupa Birliği YZ konusunda inovasyon, ekonomi, veri koruma, etik çerçeve gibi esaslar dâhilinde daha kapsamlı düzenlemelere ve faaliyetlere sahiptir. AB üyesi 25 ülke 10 Nisan 2018 tarihinde YZ ile ilgili sosyal, ekonomik ve hukuki meselelerle başa çıkmak ve YZ konusunda işbirliği yapmak üzere bir bildirge imzalamıştır.[41] Bu amaçla YZ

---

36 Petit, Nicolas, *Law and Regulation of Artificial Intelligence and Robots - Conceptual Framework and Normative Implications*, (09.03.2017), s. 2 https://ssrn.com/abstract=2931339 (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 25.04.2019).

37 Etzioni, Oren, *Should AI Technology Be Regulated?: Yes, and Here's How*, Communications of the ACM, C. 61, S. 12, 2018, s. 33, https://cacm.acm.org/magazines/2018 /12/232893-point-should-ai-technology-be-regulated/fulltext (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 25.04.2019).

38 Vladimir Putin stated that "whoever leads in artificial intelligence will rule the world." at 4 September 2017, Bkz. http://fortune.com/2017/09/04/ai-artificial-intelligence-putin-rule-world/ (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 25.04.2019).

39 http://www.unicri.it/in_focus/on/UNICRI_Centre_Artificial_Robotics (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 25.04.2019).

40 Age

41 https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/artificial-intelligence (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 25.04.2019).

konusunda Avrupa stratejisinin uygulanmasını desteklemek üzere YZ Üst Düzey Uzman Grubu (AI HLEG) oluşturulmuştur.[42] Bu bağlamda, bu çalışma grubu tarafından yedi temel ölçütten oluşan "Güvenilir Yapay Zekâ Yönergesi" de hazırlanmıştır. Avrupa Birliği'nin, YZ'nin fayda ve risklerine yönelik olarak kapsamlı bir stratejisi ve dinamik bir yaklaşımı bulunmaktadır.[43]

Devletlerin de YZ alanındaki faaliyetlerini belirlemek ve küresel yarışta geride kalmamak için YZ stratejileri bulunmaktadır. ABD, Çin, Kanada, Birleşik Krallık, Hindistan gibi YZ alanında öncü ülke olmak isteyen bazı ülkeler kendi YZ stratejilerini ilan etmişlerdir.[44] Devletler açısından YZ'nin geliştirilmesi ile hukuken düzenlenmesi bir anlamda iki ucu keskin bir bıçak gibidir. Bir taraftan, devletler YZ teknolojilerinde diğer ülkelerle rekabette öne çıkacak şekilde gelişmeyi amaçlamaktadırlar. Diğer taraftan YZ'ye ilişkin yapılacak kapsamlı hukuki düzenlemeler erken aşamada YZ teknolojilerinin geliştirilmesi için engel teşkil edebilecektir. Genel olarak devletler, YZ'nin en azından fazlaca yaygınlaşmasından önce YZ hakkında kapsamlı hukuki düzenlemeler yapmak yerine strateji belirleyerek öncelikle YZ'nin daha fazla geliştirilmesini öne alan bir konumdadırlar.[45]

C) Yapay Zekâya Dair Hukuki Tartışmalar

Yapay zekâ, devletler arasındaki yaklaşım farklılıklarının yanında hukuk açısından da pek çok tartışmayı beraberinde getirmektedir ki bu husus YZ'nin hukuken düzenlenmesini daha da karmaşık hale getirmektedir. Hukuk perspektifinden bakıldığınıda ilk yapılması gereken YZ'nin hukuken nasıl konumlandırılacağıdır. Bu bağlamda bazı YZ (robot) türlerine kişilik hakkı tanınması da bir çözüm olarak ileri sürülebilmektedir. Ayrıca YZ'nin faaliyetlerinden doğacak zararlardaki hukuki sorumluluk veya YZ'nin insanlara zarar verebilme ihtimali de öncelikli meselelerdendir.

1) Yapay Zekânın (Robot) Kişi Olarak Tanınması

Yapay zekâ ve robotlar gün geçtikçe daha görünür olmakla beraber özellikle hukuk alanında bir takım tartışmaları da beraberinde getirmektedir. Bu açıdan ilk ve en önemli konu YZ'nin hukuken nasıl

---

42 https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/high-level-expert-group-artificial-intelligence (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 25.04.2019).

43 https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/member-states-and-commission-work-together-boost-artificial-intelligence-made-europe (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 25.04.2019).

44 Dutton, Tim, *An Overview of National AI Strategies,* (25.04.2019), https://medium.com/politics-ai/an-overview-of-national-ai-strategies-2a70ec6edfd (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 14.06.2019).

45 Age.

konumlandırılacağıdır. Bu amaçla YZ'nin hukuki konumlandırılması gerekliliğine çözüm olarak belli YZ türlerine şirketler ile de benzerlik kurarak kişilik hakkı tanınabileceği de savunulmaktadır.[46] YZ'ye tüzel kişilik açısından değinmeden önce kişi ve kişilik kavramlarına kısaca değinmek yararlı olacaktır.

Kişi, genel olarak insanı ifade etmekteyse de kelimenin hukuktaki anlamı daha geniştir. Hukuk sözlüklerinde kişi " insan olan gerçek kişi veya insanların belirli haklarına sahip olarak kanunlarla öngörülen kuruluşlardır" şeklinde tanımlanmaktadır.[47] Günümüz hukuk sistemlerinin yaygın uygulamasına göre gerçek kişiler ve tüzel kişiler ayrımının bulunduğunu da ifade etmek gerekir. Gerçek kişi münhasıran insanları ifade etmekteyken tüzel kişi ise şirketler ya da vakıflar gibi insanların çeşitli amaçlarla ortaya çıkardığı kuruluşları ifade etmektedir.

Kişilik ise gerçek veya tüzel kişi olmaya bağlanan hukuki durumdur diyebiliriz. Kişiliği tanımlayan unsurlar geçmişten günümüze hukuk sistemleri arasında farklılıklar göstermektedir. Herhangi bir varlığa kişilik statüsünün verilmesi ilgili hukuk sistemine bağlıdır. Yeni Zelanda'daki Whanganui Nehri veya Hindistan'daki Ganj Nehri ya da başka ülkelerdeki bazı idollere hukuki kişilik tanınması bu durumun örneğidir.[48] Öte yandan, Roma hukukunda kölelerin kişiliği bulunmamaktaydı sadece peculium (kölenin, sahibinin rızası ile sınırlı mülkiyet hakkı) gibi belli haklara sahiptiler. Yine 20. yüzyıl ortalarına kadar pek çok ülkede kadınların kişilikleri vardı ama hakları erkeklere göre oldukça sınırlıydı.

Tüzel kişilik, gerçek kişilere belirli amaçlar doğrultusunda kendi kişiliklerinden ayrı olarak tek bir varlık altında hareket etme ve hukuki işlemlerde bulunma imkânı verir. Tüzel kişilik, seçilen tüzel kişilik türüne göre ilgili yasal prosedürün yerine getirilmesiyle oluşturulur ve belirli hak ve yükümlülükleri bahşeder. Tüzel kişiler ayrı kişiliğe sahipse de gerçek kişilerin ortak iradeleri sonucu oluşurlar. Bir diğer söyleyişle tüzel kişilerin kurulması ve işlem yapabilmesi için gerçek kişilere ihtiyacı vardır. Yine tüzel kişilik perdesinin kaldırılması olarak nitelenen tüzel kişinin (çoğunlukla şirket) arkasındaki kişilerin bazı durumlarda sorumluluğunu sağlayan bir mekanizma da bulunmaktadır.

Yapay zekânın erken dönem uygulamaları, fabrikalarda kullanılan ve kapsamlı hukuki düzenlemelere ihtiyaç duymadığı açık olan endüstriyel robotlardı, oysa son zamanlarda insanlarla eşit konumu paylaşan robotlar bulunmaktadır. Örneğin 2014 yılında İngiltere'de geliştirilen Vital adlı robot bir şirketin yönetim kurulu üyesi olarak

---

46 Solum, Lawrence B., *Legal Personhood for Artificial Intelligences*, North Carolina Law Review, C. 70, S. 4, 1992, s. 1256.

47 Black's Law Dictionary, Thomson West, 2014, 10. Bası.

48 Solaiman, S. M., *Legal Personality Of Robots, Corporations, Idols and Chimpanzees: A Quest For Legitimacy*, Artificial Intelligence and Law Journal, C. 25, S. 2, 2017, s. 177.

atanmıştır ve bu aynı zamanda insanlarla eşit pozisyonu paylaşan ilk robot olmuştur.[49] 2016 yılında Sophia adlı bir başka robot ise dünyanın vatandaşlığa (Suudi Arabistan Sophi'ya vatandaşlık hakkı vermiştir) sahip ilk robotu olarak tarihe geçtmiştir. Sophia'nın bir diğer önemli başarısı da Birleşmiş Milletler tarafından ünvan verilen ilk robot olmasıdır zira Sophia Birleşmiş Milletler Kalkınma Programının ilk İnovasyon Şampiyonu seçilmiştir. Özetle, Sophia olayı hukukçular arasında neden robotların hukuki kişiliği tartışmasının olduğunu ispatlamaya yeterlidir.

Robotların tüzel kişiliği noktasında hukukçuların temelde iki gruba ayrıldığını söyleyebiliriz. Birinci grup, şirketlerden yola çıkarak robotların da tüzel kişiliğinin olabileceğini ifade etmekteyken[50] ikinci grup robotların gerekli şartları taşıyamayacağı dolayısıyla kişiliğin söz konusu olamayacağını ifade etmektedir.[51] Ayrıca robotlar ve eski zamandaki köleler arasında karşılaştırma yapan görüşler de bulunmaktadır.[52] Belirtmek gerekir ki köle kavramının kendisi sahip olduğu negatif çağrışım dolayısıyla dikkate değer değildir. Ayrıca bu konuyu düzenlemeye yönelik kurumsal girişimler de bulunmaktadır. Avrupa Parlamentosu'nun robotlar için elektronik kişilik olarak ayrı bir kategori öngören önergesi de bu hususa örnektir.[53]

Yapay zekâlı varlıkların da şirketler gibi insan hayatında giderek artan şekilde rol alması robotlar için tüzel kişilik savunucularının temel dayanağıdır.[54] Bazı ülkelerde -TCK'nın da kabul ettiği gibi[55]- yalnızca gerçek kişilerin cezai sorumluluğu ilkesi dolayısıyla şirketler cezai olarak sorumlu olmasalar da şirketlerin genel olarak eylem ve işlemlerinden sorumluluğu söz konusudur. Yukarıda değinilen Ganj nehrinin tüzel kişiliğinde olduğu gibi herhangi bir varlığın/kuruluşun tüzel kişi olarak tanınıp tanınmaması tamamen ilgili hukuk sisteminin gereklerine göre yasakoyucunun takdirindedir.

Bu bağlamda, Avrupa Parlamentosu 2017 yılında "kendi kendine öğrenen robotlara" "elektronik kişilik" statüsünün verilebileceğine

---

49 Pagallo, 2018, s. 235.

50 Hallevy, Gabriel, *The Criminal Liability of Artificial Intelligence Entities - from Science Fiction to Legal Social Control*, *Akron Intellectual Property Journal*, C. 4, S. 2, 2010, s. 200.

51 Van Genderen, Robert van den Hoven, *Legal Personhood in the Age of Artificially Intelligent Robots*, *in* W. Barfield, U. Pagallo (eds) Research Hand Book on the Law of Artificial Intelligence, Edward Elgar, Cheltenham, 2018, s. 247.

52 Van Genderen, Robert van den Hoven, *Do We Need New Legal Personhood in the Age of Robots and AI? in* Corrales, M./Fenwick, M./Forgó N. (eds) Robotics, AI and The Future of Law, Springer, Singapur, 2018, s. 44.

53 http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0005_EN.html#title1 (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 25.04.2019).

54 Van Genderen, *Do We Need New Legal Personhood,* 2018, s. 44.

55 Türk Ceza Kanunu'nun m. 20 hükmü gereğince tüzel kişiler hakkında cezai yaptırım kararı verilemez ve fakat kanunda sayılan güvenlik tedbirlerine hükmolunabilir.

yönelik bir teklifi kabul etmiştir.[56] Elektronik kişilik statüsü robotların müstakil olarak sigortalanmasını ve eğer insanlara veya malvarlığına zarar verirlerse bu zarardan sorumlu olmalarını öngörmektedir. AP'nin bu teklifi de açıkça göstermektedir ki yakın gelecekte robotların özellikle de sorumluluk bakımından mutlaka düzenlenmesi gerekecektir. Belirtmek gerekir ki AP'nin bu yaklaşımı robotların tanınmasına ilişkin iki görüş arasında bir orta yol niteliğindedir. Öte yandan, robotların kişiliği ve elektronik kişilik fikri de eleştirilmektedir. Örneğin 14 AB ülkesinden 156 uzman Avrupa Parlamentosu'nun önerisinin hukuki açıdan ve etik açıdan isabetsiz olacağını belirten bir açık mektup kaleme almışlardır.[57]

Robotların tüzel kişilik veya başka bir şekilde de olsa hukuken konumlandırılması gerektiği açıktır. Tüzel kişilik, bir kuruluşa arkasında bulunan gerçek kişilerin adına yasal tanımı ve kapsamı doğrultusunda belli faaliyetlerde bulunmak için hukuki kimlik kazandıran bir kavramdır. Örnek vermek gerekirse şirketler kâr elde etmek için faaliyette bulunurken vakıflar sosyal amaçlarla faaliyette bulunurlar. Şirketler ve robotlar arasındaki benzerlikler robotlara tüzel kişilik tanınması için yeterli değildir. Şu andaki en gelişmiş insansı robot olarak nitelenen Sophia bile halen bilince ve ahlaki değerlere sahip değildir ki bu yetenekleri gelecekte elde edip edemeyeceği de belirsizdir.

Günümüz modern hukuk sistemlerinde gerçek veya tüzel bir kişiye zarar verilmesi halinde bu zararı telafi edici bir sorumluluk bulunmalıdır. ABD'de meydana gelen ilk otonom araç kazasının da gösterdiği gibi robotlar veya yapay zekâ uygulamaları bugün bile zarara sebebiyet verebilmektedirler.[58] YZ ve robotların yaygınlaşma potansiyeli bu tür kaza veya zararların ileride daha sık ortaya çıkacağına da işaret etmektedir. Bu olay, robotların hukuken konumlandırılması gerekliliğini gösteren açık ve somut bir örnek niteliğindedir. Tüm bunların yanında Stephen Hawking ve Elon Musk'ın da belirttiği gibi robotların gelecekte insanlık için çok tehlikeli olabileceğine yönelik görüşler de bulunmaktadır.[59]

Sonuç olarak, yapay zekâ ve robotların sebep olabilecekleri uyuşmazlıklar/zararlar sebebiyle hukuki konumlarını belirlemek için hukuk kurallarıyla düzenlenmeleri gerekmektedir. Ancak robotlara tüzel kişilik tanınması, tüzel kişi ile gerçek kişi arasında doğrudan bağlantı bulunması şartını da sağlamadığı için bu meselenin çözümünde isabetli

---

[56] Delcker, Janosch, *Europe Divided over Robot Personhood*, (04.11.2018) https://www.politico.eu/article/ europe-divided-over-robot-ai-artificial-intelligence-personhood/ (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 25.04.2019).

[57] http://www.robotics-openletter.eu/ (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 25.04.2019).

[58] https://www.theguardian.com/technology/2018/mar/19/uber-self-driving-car-kills-woman-arizona-tempe (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 25.04.2019).

[59] Van Genderen, *Do We Need New Legal Personhood,*2018, s. 16.

bir adım değildir. Bunun yanında, robotların ortaya çıkarabileceği hukuki sorunlar bakımından özellikle hukuki sorumluluk düzenlemelerinin belirlenmesi bir çözüm olabilecektir. Nitekim sorumluluk tüzel kişiliği savunanların da gerekçelerinden biridir.

2) Yapay Zekânın Hukuki Sorumluluğu

Hukuk düzeninin en temel unsurlarından biri kişilerin eylemlerinden hukuki sorumluluğun doğmasıdır. Sorumluluğu hukuk sistemimizdeki temel ayrım doğrultusunda hukuki (özel) sorumluluk ve cezai sorumluluk olarak ikiye ayırabiliriz. Cezai sorumluluk ilgili hukuk sistemine göre suç olarak düzenlenen eylemlerden doğan sorumluluktur. Cezai sorumluluk failin suç işleyerek kamu düzenini bozması sebebiyle cezalandırılmasını esas alır. Özel hukuk sorumluluğunun (kusura dayalı) ise temel olarak haksız fiil sorumluluğu ve sözleşmesel sorumluluktan (akte aykırılık) oluştuğunu söyleyebiliriz. Haksız fiilinse suç olarak düzenlenmeyen ama yine de belli bir haksızlığı barındıran eylemler olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Haksız fiil sorumluluğu zarar görene, uğradığı zararın zarar veren tarafından giderilmesini talep hakkı sağlar. Sözleşmesel sorumluluk ise tarafların akdettikleri sözleşmeye aykırı davranmalarından dolayı ortaya çıkan sorumluluktur.

Hukuktaki geleneksel sorumluluk modeli YZ'nin (yapay zekâlı robotlar, sistemler ya da diğer varlıklar)[60] hukuki veya cezai sorumluluk doğuran eylemleri için yeterli olmayacaktır. Zira geleneksel yaklaşım, eylemler dolaysıyla sorumluluk atfedilebilecek bir kişiye gereksinim duyar.[61] Tam otonom YZ uygulamaları geliştirildiğinde durum daha da karmaşık olacaktır. Bu konuyu özel hukuk ve ceza hukuku bakımından ayrı ele almak daha isabetli olacaktır.

Ceza hukukunda sorumuluğun oluşabilmesi için öncelikle maddi unsur (eylem) ve manevi unsurun (kast, taksir) tam olması gerekir. Maddi unsur bir eylemde bulunma ya da bulunulması gereken bir eylemde bulunmama olarak ortaya çıkabilirken,[62] manevi unsur eylemin sonuçlarını bilme veya bilmesi gerekirken bilememe olarak ortaya çıkabilir.[63] Güncel durumda, YZ tarafından bir suç işlense de cezai sorumluluğu değerlendirirken mevcut kurallar sorumluluk atfedilebilen

---

60 Yapay zekâ ve ilgili kavramlara ilişkin terminoloji yazarlara göre değişebilmektedir. Bu çalışmada yapay zekâ kavramı robotları ve diğer YZ uygulamaların da içerecek şekilde kullanılmıştır.

61 Van Genderen, *Do We Need New Legal Personhood,* 2018, s. 44.

62 Kingston, John, *Artificial Intelligence and Legal Liability,* in Max Bramer and Miltos Petridis (eds) Research And Development in Intelligent Systems XXXIII Incorporating Applications and Innovations in Intelligent Systems XXIV, Springer International, Cham, 2016, s. 271.

63 Age.

bir kişiye ihtiyaç duyacaktır zira YZ uygulamaları halen tam olarak otonom değildirler. Tam otonom YZ'nin geliştirilebileceğini kabul etmemiz halinde temel ve felsefi bir soru ortaya çıkar: YZ'yi cezalandırmak mümkün müdür? Hallevy, robotların cezalandırılabilmesinin mümkün olduğunu ifade etmekle beraber güncel ceza hukuku içeriğinin bunun için yeterli olmadığını ve daha geniş bir ceza hukuku içeriğine ihtiyaç olduğunu belirtmektedir.[64] Robotların cezalandırılmasının toplum açısından bir yararı olacağına ya da makul bir tarafının olduğuna ikna olmamız neredeyse imkânsızdır. Bir diğer nokta da, YZ uygulamalarının bilgisayar ve yazılım dünyasıyla çok yakından ilişkili olmasıdır. Zira bu ilişki YZ'nin başka kullanıcılar tarafından ele geçirilmesi (hacking) riskini de ortaya çıkarmaktadır. Bunun yanında, bilgisayar dünyasından aşina olduğumuz kadarıyla bilgisayar korsanları (hacker) çoğunlukla iz bırakmaz/bulunamaz olduğundan bu varsayım sorumluluk hukuku bakmından özellikle delil ve fail açısından bir tür ikileme sebebiyet verir.

Haksız fiil sorumluluğu ise fiil, zarar ve nedensellik bağı olmak üzere üç unsuru gerektirir. Özen yükümlülüğünün ihlali ve bu sebeple zararın oluşmasına sebebiyet veren kusur, haksız fiil sorumluluğunun esasını oluşturur. Yapay zekâ uygulamalarında özen yükümlülüğünün ya da kusurun üretici, satıcı, kullanıcı gibi ilgili kişiler arasından hangisinin üzerinde olacağı hususu pek net değildir. YZ uygulamalarının aynı zamanda birer ticari ürün olmaları sebebiyle ilgili kişiler bakımından (üretici, satıcı gibi) sözleşmesel sorumluluk da söz konusu olabilecektir.[65] Yukarıda değinildiği gibi YZ'nin öngörülemezlik potansiyeli (kontrol dışına çıkması) özen yükümlülüğünü kararlaştırmayı da etkisiz kılabilecektir. Burada belirtilen ilgili kişilere kusur atfedilebilir mi, eğer atfedilemezse kusurluluktan da bahsedemeyiz. Yine, eğer kusurluluk yoksa ortaya çıkan zarardan hukuken kim hangi gerekçeyle sorumlu tutulabilir? Kusurluluktan sorumlu tespit edilemiyorsa sınırlı hallerde söz konusu olan kusursuz sorumluluk alternatifi akla gelmektedir. Zira kusursuz sorumluluk, özen yükümlülüğünü ihlal eden bir tarafa ve kusurluluğa ihtiyaç duymadan ortaya çıkan zarardan ilgili tarafın sorumlu olmasını düzenler.[66]

Kusursuz sorumluluk enstrümanı ve bir nevi zorunlu sigorta benzeri olarak kurulabilecek bir YZ fonu, YZ varlıklar tarafından verilen zararın tazmin edilmesini sağlamak için yeterli bir çözüme elverişli

---

[64] https://www.washingtonpost.com/news/wonk/wp/2013/03/05/how-to-punish-robots-when-they-inevita bly-turn-against-us/?noredirect=on&utm_term=.93ffb763ecc4 (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 25.04.2019).

[65] Twaig, Omri Rachum, *Whose Robot Is It Anyway?Liability for Artificial Intelligence Based Robots,* University of Illinois Law Review C. 2020, S. 4, s. 1158.

[66] Asaro, Peter M., *The Liability Problem for Autonomous Artificial Agents* (05.03.2016), https://www.aaai.org/ocs/index.php/SSS/SSS16/paper/view/12699/11949 (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 25.04.2019).

gözükmektedir. YZ fonunun bir benzeri gün geçtikçe yaygınlaşmaya başlayan otonom araçlar için de öğretide ileri sürülmüştür.[67] Bu tip bir fonun ihdası sadece otonom araçlar için değil diğer YZ uygulamaları dolayısıyla oluşacak zararlar için de yeterli bir çare oluşturabilecek niteliktedir. Böyle bir fon, dava süreci ile karşılaştırıldığında tüm taraflar için daha hızlı ve az maliyetli bir çözüm oluşturacaktır.[68] YZ fonunun ihdası YZ üreticileri ve geliştiricileri için de önemli bir koruma sağlayarak bu alandaki inovasyonu destekleyecektir. Örneğin, herhangi bir YZ'den zarar gören kişilere, dava açmak yerine hızlı ve güvenilir şekilde zararının tazmin edilmesinin önerilmesi (fon sayesinde), özel hukuk sorumluluğu bağlamında YZ üretici ve geliştiricilerine açılacak davaların sayısını azaltacağı gibi maliyet tasarrufu da sağlayabilecektir.[69]

III. YAPAY ZEKÂNIN YARGI UYGULAMASINDA KULLANILMASI

Yapay zekâ gün geçtikça daha yaygın ve daha da akıllı hale gelmektedir. YZ'nin 'go' oyununda ya da ABD'deki ünlü bilgi-zekâ yarışması 'Riziko'da şampiyonları çoktan yenmiş olması bu anlamda dikkate değerdir.[70] YZ'nin devam eden gelişimi, YZ'nin yargısal işlemlerde de kullanılabileceğine işaret etmektedir ki bu bölümde bu husus üzerinde durulacaktır.

Duruşmalar ve diğer yargısal işlemler temelde; hâkim, davacı ve davalıdan oluşan üçgen bir yapı dâhilinde yürütülmektedir. Her iki taraf davadaki konumlarına göre iddialarını yürürükteki hukuk kuralları ve içithatlara dayanarak ileri sürmekteyken hâkim ise tarafların bu iddiaları hakkında karar vermektedir. Bu işleyiş, hukuk sistemlerinin tüm farklılıklarına rağmen hepsinde baştan beri mevcuttur.

Günümüzde mevcut olan iş ve mesleklerin yaklaşık %30-40'ının önümüzdeki yirmi yıl içinde yapay zekâ ve bağlı teknolojiller tarafından yapılacağı tahmin edilmektedir.[71] Hukuk teknolojiye dayanan alanlardan biri olmasa da pratikte bazı teknolojileri veya araçları içerdiği açıktır. Bu amaçla şimdiden bazı deneysel ön uygulamalar[72] ve tahminler[73] olduğu

---

67 Heaton, Paul/Waggoner,Ivan/Morikawa, Jamie, *Victim Compensation Funds and Tort Litigation Following Incidents of Mass Violence*, Buffalo Law Review C. 63, S. 5, 2015, s. 1266.

68 Pearl, Tracy Hresko, *Compensation at the Crossroads: Autonomous Vehicles and Alternative Victim Compensation Schemes,* 60 William&Mary Law Revıew, C. 60, S. 5, 2018, s. 1853.

69 Heaton/Waggoner/Morikawa, 2015, s. 1266.

70 Barfield, Woodrow, *Towards a Law of Artificial Intelligence*, *in* W. Barfield/U. Pagallo (eds) Research Hand Book on the Law of Artificial Intelligence, Edward Elgar, Cheltenham, 2018, s. 9.

71 Vishal, 2019.

72 Simshaw, Drew, *Ethical Issues in Robo-Lawyering: The Need for Guidance on Developing and Using Artificial Intelligence in the Practice of Law,* Hastings Law Journal, C. 70, S. 4, 2018, s.

gibi YZ'nin yargının işleyişindeki klasik üçgen formunda yer alan aktörlerin yerine geçip geçemeyeceği de akla gelmektedir. Yargı pratiği her aktör için belli etik kurallar dâhilinde şekillenmektedir. Yapay zekâyı da yargısal işlemlerde kullanmadan önce başlangıç adımı olarak etik açısından değerlendirmek gerekir.

A) Yargı Uygulaması ve Etik Çerçeve

Etik felsefi bir kavram olup genel olarak ortak doğru veya yanlışı tanımlamak için kullanıldığını söyleyebiliriz. Bu bağlamda etik; belirli bir meslek, alan, ilişki veya insan hayatının diğer alanlardaki davranış kuralları veya ilkeler olarak tanımlanmaktadır.[74] Hukuki açıdan bakacak olursak etiğin belirli hukuk kurallarının –teknik ve sipesifik nitelikteki kurallardan ziyade genel ve temel kuralların- çekirdek değeri olduğunu söyleyebiliriz. Bu cümle etik kuralların hukuk kurallarına ilham verdiğini ya da bir diğer söyleyişle etik/ahlak kurallarının ontolojik olarak hukuk kurallarına nazaran daha önce ortaya çıktığı ön kabulüne dayanmaktadır.

Yargı uygulaması avukat, savcı ve hâkim olmak üzere temelde üç aktör tarafından yürütülür ve her birinin müstakil mesleki davranış kuralları ve etik ilkeleri bulunmaktadır. Mesleki davranış kuralları ya da etik ilkeler hukuk sistemine, ülkelere ya da kültürlere göre farklılık gösterse de temel olarak ortak değerlere sahiptirler. Belirtmek gerekir ki etik kurallar yumuşak kurallar olarak nitelenmekte olduğundan genellikle aykırılık halinde doğrudan yaptırım içermezler.

1) Yargı Aktörleri Bakımından Etik Çerçeve

Yargı kültürünün ülkelere göre farklılık göstermesine bağlı olarak etik kurallar da farklılık göstermektedir. Yine de yargı aktörleri için ülkesel düzeyi aşan ya da evrensel nitelikte etik kurallar da bulunmaktadır. Bu tip etik kurallara örnek olarak hâkimler için Bangalore Yargı Etiği İlkeleri, savcılar için Etik ve Davranış Biçimlerine İlişkin Avrupa İlkeleri (Budapeşte İlkeleri), avukatlar için de Uluslararası Barolar Birliği kurallarını gösterebiliriz.

Bangalor Yargı Etiği İlkeleri, başlangıçta resmi bir kimliği olmayan ve sonrasında BM tarafından da desteklenen 'Yargı Dürüstlüğünün Güçlendirilmesine Yönelik Yargı Grubu' (bilinen adıyla Yargıda

---

176; Ayrıca bkz. http://www.rossintelligence.com/ (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 25.04.2019).

[73] Nunez, Catherine, *Artificial Intelligence and Legal Ethics: Whether AI Lawyers Can Make Ethical Decisions*, Tulane Journal of Technology&Intellectual Property, C. 20, 2017, s. 204.

[74] https://www.oed.com/view/Entry/355823?rskey=86biC3&result=2#eid ; https://sozluk.gov.tr, (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 25.04.2019).

Dürüstlük Grubu)[75] tarafından kabul edilmiştir. Bu grup dünyanın dört bir yanındaki mahkeme başkanları ve yüksek mahkeme hâkimlerinden oluşmaktaydı. Hâkimler için etik ilkeler oluşturmayı ve yargı ve/veya yasama organlarına yargısal davranış kurallarını düzenlemek için bir çerçeve önermeyi amaçlamaktaydılar. Bu çalışma esnasında ulusal veya BM Yargı Bağımsızlığına İlişkin Temel İlkeler (1986)[76] gibi uluslararası nitelikteki benzer düzenlemelerden de yararlandılar. Yargıda Dürüstlük Grubu bağımsızlık, tarafsızlık, doğruluk, dürüstlük, eşitlik ile ehliyet ve liyakatten oluşan altı temel değer belirledi. Bu altı temel değer aynı zamanda her bir değere ilişkin spesifik kuralları da içerir. Bangalor İlkeleri sadece ülkeler tarafından değil BM ve Avrupa Konseyi gibi uluslararası kuruluşlar tarafından da benimsenmiştir.[77] Bangalore İlkeleri bu haliyle dünya çapında en çok benimsenen yargı etiği ilkeleridir.

Savcılar için Etik ve Davranışlara İlişkin Avrupa İlkeleri (yaygın bilinen adıyla Budapeşte İlkeleri)[78], Avrupa Konseyi tarafından üye devletlerin savcılar için etik ilkeler oluşturmaları için bir çerçeve oluşturmak amacıyla kabul edilmiştir. Budapeşte İlkeleri de etik ilkeler gibi bağlayıcı olmadığından yumuşak kural niteliğindedir. Budapeşte İlkeleri sırasıyla "giriş, temel görevler, genel olarak mesleki davranışlar, ceza yargılaması çerçevesindeki mesleki davranış ve özel davranış" şeklinde beş alt başlık içermektedir. Her ikisi de adil, tarafsız ve bağımsız bir hukuk sistemi ve uygulaması sağlamayı amaçladığından, bazıları Bangalore İlkelerine çok benzeyen bu alt başlıklar altında çeşitli kural ve ilkeler düzenlenmektedir.

Üçüncü aktör olan avukatlar için de ulusal ve uluslararası düzeyde etik kurallar bulunmaktadır. Avukatların mesleki davranış kurallarına örnek olarak; Uluslararası Barolar Birliği'nin (IBA) Hukuk Mesleği için Uluslararası Davranış Kuralları,[79] Amerikan Barolar Birliği'nin Mesleki Davranış Model Kuralları[80] ve BM'nin Avukatların Rolüne dair Temel İlkeleri[81] gösterebiliriz. Avukatlık mesleği hâkim ve savcılarınkine

---

75 https://www.judicialintegritygroup.org/ (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 25.04.2019).

76 https://www.unodc.org/pdf/crime/corruption/judicial_group/Bangalore_principles.pdf (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 25.04.2019).

77 https://www.unodc.org/res/ji/import/international_standards/commentary_on_the_bangalore_ principle s_of_judicial_conduct/bangalore_principles_english.pdf (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 25.04.2019).

78 https://rm.coe.int/conference-of-prosecutors-general-of-europe-6th-session-organised-by-t/1680 7204b5 (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 25.04.2019).

79 https://www.icj.org/wp-content/uploads/2014/10/IBA_International_Principles_on_Conduct_for_the_legal_prof.pdf (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 25.04.2019).

80 https://www.americanbar.org/groups/professional_responsibility/publications/model_rules_of_ professi onal_conduct/model_rules_of_professional_conduct_table_of_contents/ (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 25.04.2019).

81 https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/roleoflawyers.aspx (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 25.04.2019).

kıyasla daha esnektir ve avukatların kişisel tercihlerine göre şekillenir. Bu amaçla avukatların mesleki davranış kuralları etik bir çerçeve yerine daha detaylı hükümler içermektedir zira avukatlık toplum ile yargı arasındaki köprü niteliğindedir. Gizlilik, yetkinlik, gayretli temsil, mesleki muhakeme (çıkar çatışması yasağı) avukatlar için etik kurallardan bazılarıdır.

2) Yargı Uygulamasındaki Yapay Zekâ İçin Etik Çerçeve

Yapay Zekânın etik olarak düzenlenmesine değinecek olursak bazı devletlerin ve uluslararası kuruluşların girişimlerinin olduğunu görmekteyiz. Zira YZ'yi tek başına tüm alanlarını kapsayacak şekilde hukuken düzenlemek oldukça zordur. Avrupa Birliği[82], Ekonomik Kalkınma ve İşbirliği Örgütü (OECD)[83] ve G20[84] YZ için etik ilkeler benimseyen uluslararası kuruluşlardan bazılarıdır. OECD'nin YZ'ye ilişkin olarak 22 Mayıs 2019 da kabul ettiği beş ilke aşağıdaki gibidir:

- Yapay zekâ; kapsayıcı büyüme, sürdürülebilir kalkınma ve refahı teşvik ederek insanlara ve gezegene fayda sağlamalıdır.[85]

- Yapay zekâ sistemleri; hukukun üstünlüğüne, insan haklarına, demokratik değerlere ve farklılıklara saygı duyacak şekilde tasarlanmalı, adil ve dürüst bir topluma erişmek için -gerektiğinde insan müdahalesini mümkün kılan- uygun önlemleri içermelidir.[86]

- İnsanların yapay zekâ tabanlı sonuçları anlaması ve bunlarla başa çıkabilmesi için yapay zekâ sistemlerinin şeffaflığı ve sorumlu açıklamaları sağlanmalıdır.[87]

- Yapay zekâ sistemleri; yaşam döngüleri boyunca sağlam, güvenli ve emniyetli bir şekilde işlemeli ve potansiyel riskler sürekli olarak değerlendirilmeli ve yönetilmelidir.[88]

- Yapay zekâ sistemlerini geliştiren, dağıtan veya çalıştıran kişi ve kuruluşlar, yukarıdaki ilkeler doğrultusunda YZ sistemlerinin düzgün işleyişlerinden sorumlu tutulmalıdır.[89]

---

82 https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/ethics-guidelines-trustworthy-ai (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 25.04.2019).

83 http://www.oecd.org/going-digital/ai/principles/ (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 25.04.2019).

84 https://g20trade-digital.go.jp/dl/Ministerial_Statement_on_Trade_and_Digital_Economy.pdf (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 25.04.2019).

85 http://www.oecd.org/going-digital/ai/principles/ (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 25.04.2019).

86 Age.

87 Age.

88 Age.

Yapay zekâ ile ilgili OECD'nin ve diğer kuruluşların belirlediği etik ilkeler YZ'nin barındırdığı fayda ve riskler arasında dengeleyici bir çerçeve çizmeyi amaçlamaktadır. Etik ilkeler de bir tarafta YZ'nin gelişimini desteklemeyi öngörürken diğer tarafta YZ'nin kötüye kullanım risklerine karşı insan hakları, hukukun üstünlüğü, demokratik değerler gibi temel hukuki değerlerin altını çizerek bu riskleri önlemeyi amaçlamaktadır.

Yapay zekânın geleneksel yargı işleyişinde kullanılması şu an için nispeten yeni ve oldukça erken bir aşamadadır. Etik kurallar meselesi YZ'nin yargıdaki kullanımı açısından da öncelikli konulardan biridir. YZ'nin yargıda kullanımı için etik bakımından ilk olarak sorulması gereken soru mevcut aktörler için varolan etik kurallar YZ için de uygulanabilir nitelik taşımakta mıdır yoksa YZ için yeni bir etik çerçeve mi gereklidir? Her ne kadar şu an için YZ'nin yargıdaki güncel kullanımı sınırlı ve öncü deneysel örneklere dayansa da YZ'nin yargıdaki kullanımına ilişkin nihai bir sınır öngörmek oldukça zordur. Yargı aktörleri için öngörülen mevcut etik kurallar tarafsızlık, önyargı gibi insan temelli zorlukların üstesinden gelmeye yöneliktir. O halde YZ'nin kendiliğinden önyargı geliştirmesi mümkün müdür (bu soru bilinçli olarak önyargı programlamasını hariç tutmaktadır)? Şaşırtıcı şekilde bu sorunun cevabı evet olabilmektedir. YZ'nin çalışma içeriğindeki verilere bağlı olarak ön yargı geliştirebildiği tespit edilmiştir. ABD'de suçluların yeniden suç işlemesini tahmin etmeye yönelik (daha önce suç işleyen kişilerin çeşitli verilerine erişerek çalışan) olarak kullanılan bir risk değerlendirme yazılımının (COMPASS) Afro-Amerikalılara karşı önyargı geliştirdiği anlaşılmıştır.[90] Salt veri gözlüğüyle bakıldığı zaman YZ'nin burada vardığı sonuca varılabilmesi mümkün görülebilir. Ancak insanlığın çok ağır bedeller ödeyerek eriştiği temel hukuki değerlerin bu tip uygulamalarla aşındırılmasına hiçbir şekilde rıza gösterilemeyeceği açıktır. Bu örnek tek başına yargı uygulamasında YZ için etik bir çerçeve ihtiyacının elzem olduğunu göstermektedir.

Avrupa Konseyi bünyesinde faaliyet gösteren Avrupa Adaletin Etkinliği Komisyonu (CEPEJ) Aralık 2018'de Yargı Sistemlerinde Yapay Zekânın Kullanımına Dair Avrupa Etik Şartı'nı (AEŞ) kabul etti.[91] Avrupa Etik Şartı YZ'nin yargıda kullanımına ilişkin temel değerler olarak beş

---

[89] Age.

[90] Buocz, Thomas Julius, *Artificial Intelligence in Court : Legitimacy Problems of AI Assistance in the Judiciary,* Copenhagen Journal of Legal Studies, C. 2, S. 1, 2018, s. 44; Ayrıca bkz. Ehrenfreund, Max, *The machines that could rid courtrooms of racism* (18.08.2016), https://www.washingtonpost.com/news/wonk/wp/2016/08/18/why-a-computer-program-that-judges-rely-on-around-the-country-was-accused-of-racism/?utm_term=.419946f91004 (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 25.04.2019).

[91] https://rm.coe.int/ethical-charter-en-for-publication-4-december-2018/16808f699c (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 25.04.2019).

ilkeyi içermektedir. Bu ilkeler, temel haklara saygı;[92] ayrımcılık yasağı; [93] nitelik ve güvenlik;[94] şeffaflık, tarafsızlık ve adalet;[95] kullanıcı kontrolü altında olmadır.[96] Belirtmek gerekir ki bu ilkeler yukarıda değinilen OECD'nin YZ etik ilkeleriyle büyük oranda paralellik taşımaktadır. Bir diğer söyleyişle bu ilkeler içeriğe odaklanan OECD ilkelerinin hukuki olarak daha iyi ifade edilmiş şeklidir. Bu ilkelere kısaca değinmek yerinde olacaktır.

a) Temel Haklara Saygı

Birinci ilke modern hukuk sistemleri için vazgeçilmez olan temel haklara saygı ilkesini vurgulamaktadır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa Konseyi üyesi ülkeler için temel hakları düzenleyen belgedir. Ayrıca Sözleşme kapsamındaki temel haklar ulusalüstü özel bir mahkeme olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ile de güvenceye alınmıştır. Bu ilke doğrultusunda yargıda yapay zekâ kullanımı AİHS ve doğal olarak AİHM'nin içtihatları ile uyumlu olmalıdır. Avrupa Etik Şartı bu ilkeyi "temel haklara saygı ilkesi, yapay zekâ araçlarının ve hizmetlerinin tasarımının ve uygulamasının temel haklara uyumlu olmasını sağlar." şeklinde ifade etmektedir.[97]

b) Ayrımcılık Yasağı

Ayrımcılık yasağının günümüz hukuk uygulamasındaki en temel değerlerden biri olduğu açıktır. Tüm yargı aktörleri için de bir önşart olan ayrımcılık yasağı aynı şekilde yargı uygulamasında kullanılacak olan YZ sistemleri için de geçerli olacaktır. Yapay zekânın kendi başına önyargılar oluşturabileceği ve bunun da ayrımcı işlemlere sebebiyet verebileceği somut olarak deneyimlenmiştir.[98] Avrupa Etik Şartı bu ilkeyi " bireyler veya birey grupları arasında herhangi bir ayrımcılığın gelişmesini veya pekişmesini özellikle engeller" şeklinde ifade etmektedir.[99] AEŞ, YZ yargıda yaygın olarak kullanılmadan önce YZ'ye bağlı olarak doğabilecek her türlü ayrımcılığı önlemeyi amaçlamaktadır.

---

[92] Age.
[93] Age.
[94] Age.
[95] Age.
[96] Age.
[97] Age.
[98] Age.
[99] Age.

c) Nitelik ve Güvenlik

Yargı uygulamasında YZ kullanımı temel olarak her ikisi de kişisel ve yargısal verileri işleyen makine öğrenmesi ve algoritmalara dayanmaktadır. Mevcut bilgisayar sistemleri için söz konusu olan ele geçirilme (hacking) riski YZ ve ilgili teknolojiler için de söz konusudur. Bu amaçla, kişisel verilerin güvenliğinin sağlanması ve bu verilerin doğru şekilde (değiştirilmeden vs.) işlenmesinin sağlanması bu konudaki önemli adımlardan biridir. AEŞ bu ilkeyi " yargısal kararların ve verilerin doğrulanmış kaynaklarla multi-disipliner bir şekilde tasarlanmış modellerle güvenli bir teknolojik ortamda işlenmesi" olarak tanımlamaktadır.[100] Şart bu ilke ile ele geçirilme (hacking) riskini önlemeyi amaçlamaktadır.

d) Şeffaflık, Tarafsızlık ve Adalet

Makine öğrenmesi süreci, net olmayan çalışma yapısı sebebiyle YZ teknolojilerinin kara kutusu olarak da nitelendirilmektedir.[101] Hukuki açıdan bakıldığında çok büyük miktarda veriyi işleyen bir sistemin bilinmeyenlerinin olması bazı risklere sebebiyet verebilir. Hukuki açıdan hassas olan kişisel ve yargısal verileri işleyen sistemlerin denetlenebilmeleri için şeffaf olması gerekir. AEŞ bu hususu şeffaflık ilkesiyle ele almaktadır. Tarafsızlık ve adalet de temel hukuki değerler olduğundan yargıda kullanılacak YZ sistemleri bu ilkelerle de uyum içesinde olmalıdır. AEŞ bu ilkeyi " şeffaflık, tarafsızlık ve adalet veri işleme sistemlerini erişilebilir ve anlaşılabilir hale getirirek dış denetime elverişli kılmaktadır." şeklinde açıklamaktadır.[102]

e) Kullanıcı Kontrolü Altında Olma

Avrupa Etik Şartı, bu ilkeyi "kullanıcı kontrolü altında olma, sıkı kurallar koyan bir yaklaşımı dışarıda tutan, kullanıcıların bilinçli aktörler olmasını ve seçimlerinin kontrolünü ellerinde tutmasını öngörmektedir." şeklinde açıklamaktadır.[103] Bu ilke YZ'nin yargıda kullanılacağı düzey (YZ kullanımı opsiyonel mi, bağlayıcı mı, başka opsiyonlar mümkün mü, mahkemeye başvuru yine de mümkün mü gibi) doğrultusunda kullanıcıların etraflıca bilgilendirilmesini gerektirmektedir. Kullanıcı kontrolünde olma ilkesinin AİHS m. 6 kapsamında adil yargılanma ile de doğrudan bağlantılı olan bir tür bilgilendirilme hakkı niteliğinde olduğunu söyleyebiliriz. Bu kapsamda, hukuki sürecin öngörülebilirliği ve bu sürece dair tarafların

---

[100] Age.

[101] Etzioni/Etzioni, 2017, s. 34.

[102] https://rm.coe.int/ethical-charter-en-for-publication-4-december-2018/16808f699c (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 25.04.2019).

[103] Age.

bilgilendirilmesi gerekliliğinin temel yargısal değerler arasında olduğunu da ifade etmek gerekir. Ayrıca hukuki yaklaşım dışında da, bazı bilim kurgu filmlerindeki gibi YZ'nin otonom olmaya başlayacağı ve dünyanın kontrolünü ele geçireceği tahminleri için de YZ'nin her zaman kullanıcı kontrolü altında olması gerekmektedir.

Sonuç olarak, YZ'nin yargı uygulamasında da artarak kullanılacağı görülmektedir ki bu husus YZ için etik kurallar meselesini öncelikli hale getirmektedir. Yargısal uygulama aktörler için etik kuralları da içeren katı kurallar çerçevesinde yürütülür. Şu an için YZ'nin yargı uygulamasında ne kadar kullanılabileceği kesin olmasa da YZ'nin potansiyeli ve benzersiz konumu dolayısıyla özellikle yargı uygulaması için etik kurallarla düzenlenmesi gerekmektedir. Bunun yanında yukarıda değinilen çeşitli ulusal ve uluslararası girişimler çerçevesinde YZ genel olarak da kurallarla düzenlenmesi gereken bir niteliğe sahiptir. Avrupa Etik Şartı, YZ'nin gelişimini desteklemek ve risklerini önlemek arasında dengeli bir çerçeve çizmektedir.

B) Yapay Zekâ Yargı Uygulamasında Nasıl Kullanılabilir?

Yargı uygulamasındaki YZ kullanımı şu an için oldukça erken bir dönemdedir ve belki de hâkimin yerini alacak bir YZ'ye hiçbir zaman ulaşılamayacaktır.[104] Ancak, YZ ve bağlı teknolojilerin geliştirilmeye devam edeceği ve yargı uygulamasında da yer alacağı açıktır. Bununla beraber YZ'nin yargı uygulamasında ne ölçüde rol alabileceğini (yardımcı araçlardan YZ hâkime kadar) tam olarak kestirmek zordur. Hâkimlik mesleği araştırma, mantık, muhakeme, güçlü bir analiz ve kavrayış gibi çeşitli entelektüel ve sosyal becerileri gerektirir. Nitekim bu durum en güzel şekilde Mecelle'de ifade edilmişti. Buna göre hâkim; hâkim, fehîm, müstakîm, emîn, metîn, mekîn olmalıdır. Buradaki önemli nokta YZ'nin bu becerilerin hepsine aynı anda sahip olup olamayacağıdır.

Hâkimin yaptığı işleri temelde yazılı evrak işleri ve duruşma yönetimini de içeren diğer işler olarak ikiye ayırabiliriz. Bilgisayarların ve YZ'nin insan zihnine göre daha üstün bir veri işleme/anlama kapasitesine sahip olduğu açıktır. Örnek vermek gerekirse, IBM'in geliştirdiği Watson adlı YZ bir dakika içerisinde bir milyon sayfayı okuyup analiz edebilecek kapasitededir ki bu insanın zihin sınırlarının çok üzerindedir.[105] Ancak yargısal işleyiş genellikle dolaylı içeriğe sahip olan hukuk metinlerinin analizi ve yorumunu gerektirmesi sebebiyle daha fazlasına ihtiyaç duyar. YZ'nin alt alanlarından biri olan ve metin işleme zorluklarının üstesinden gelmeye çalışan doğal dil işleme (NLP)

---

[104] Volokh, Eugene, *Chief Justice Robots*, *Duke Law Journal*, C. 68, S. 6, 2019, s. 1137.

[105] Rouse, Margaret, *IBM Watson Supercomputer* (16.06.2018) https://searchenterpriseai.techtarget.com/definition/IBM-Watson-supercomputer (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 25.04.2019).

teknolojisi halen hukuki metinleri tam olarak anlamaktan uzaktır.[106] Burada hukuki metinlerin yazıldığı dil ile NLP teknolojilerinin geliştirildiği diller arasında fark olacağı da muhakkaktır. Söz gelimi İngilizce hukuk metinlerinde daha başarılı sonuçlar ortaya çıkacakken yaygın olmayan dillerde daha sınırlı sonuçlar ortaya çıkacaktır. Bir diğer nokta da tanıkların dinlenmesi ve beyanların değerlendirilmesi gibi karşılıklı iletişime dayanan süreçlerin de YZ için zorlayıcı olmasıdır. Çünkü bu tür süreçler hâkim tarafından makul olma, adalet, tutarlılık gibi somut olmayan kıstaslarla değerlendirilir.[107] Hâkim bu kıstasları insan olması sebebiyle doğal olarak sahip olduğu ve tecrübesiyle geliştirdiği bilinç ile kullanır.

YZ, yargı uygulamasında basit bir yardımcıdan robot hâkime kadar farklı şekillerde kullanılabilir. YZ temelli bilgi ve belge işleme/analiz sistemlerinin yargı işleyişine katkıda bulunacağı açıktır. Örneğin içtihat araştırma safhası yani yüksek ya da eşdeğer mahkeme kararlarının araştırılması YZ ile daha hızlı yürütülebilir. Yargı uygulamasında YZ kullanımına ilişkin çeşitli öngörü ve tahminler bulunmaktaysa[108] da bu çalışma üç şekilde kullanılabileceğini öngörmektedir. Bunlar; 1. Hâkime yardımcı YZ, 2. Karar taslakları hazırlayabilen YZ ve 3. Karar verebilen YZ'dir.

1) Hâkime Yardımcı Yapay Zekâ

Mahkemelerde, dosyaların muhafazası ve ikincil yazışmalar gibi yargılamayı tamamlayıcı görevlerin yapılması amacıyla her zaman bir yazı işleri bürosu bulunmaktadır. Bazı hukuk sistemlerinde yazı işleri bürosu ile hâkimin arasında olan ve davanın görülmesinde hâkime yardım eden hâkim yardımcıları da bulunmaktadır.[109] Hâkim yardımcılarının önemli görevlerinden birinin dava ile ilgili üst mahkeme içtihatlarının veya öğretinin araştırılması olduğunu söyleyebiliriz. Özellikle teknolojinin günümüzdeki kadar işlevsel olmadığı zamanlarda yüksek mahkeme içtihadının veya öğretinin araştırılması daha çok emek ve zaman gerektimekteydi.[110] Hâkim yardımcısının görevlerinden olan içtihadın veya yeni görüşlerin

---

[106] Semmler/Rose, 2017, s. 86.

[107] Volokh, 2019, s. 1145.

[108] Age.; Heikkinen,Tiia-Helinä, *How Does the Use of Artificial Intelligence Affect the Concept of Fair Trial?* Lund Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yüksek Lisans Tezi, (2019) s. 12, https://lup.lub.lu.se/student-papers/search/publication/8980709 (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 25.04.2019); Buocz, 2018, s. 47.

[109] Belirtmek gerekir ki Türk Yargı sisteminde hâkim yardımcılığı kurumu bulunmasa da Adalet Bakanlığı'nın 2019 tarihli Yargı Reformu Strateji Belgesi'nde hâkim yardımcılığı kurumunun oluşturulması benimsenmiştir. bkz. https://sgb.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/23122019162931YRS_TR.pdf (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 26.05.2019).

[110] Buocz, 2018, s. 50; Heikkinen, 2019, s. 25.

araştırılması artık teknolojinin de yardımıyla hukuki veri tabanları aracılığıyla geçmişe nazaran çok daha kolay şekilde yapılabilmektedir. Yapay zekâ burada hâkim yardımcısının internet aracılığıyla yaptığından farklı olarak ne yapacaktır? İlk olarak YZ, veri işleme kapasitesi dolayısıyla hukuki araştırmaları çok daha kısa sürede ve isabetli olarak yapabilecektir. Örneğin, YZ tüm içtihat içindeki ilgili kısmı cok kısa bir sürede bulabilecekken insan olan hâkim yardımcısının halen - veritabanından bulduğu- bu metinleri okuması gerekecek ve bu eylem oldukça zaman alacaktır. Belirtmek gerekir ki burada değinilen hâkime yardımcı YZ şu an var olan içtihat arama veritabanlarından/programlarından[111] oldukça farklıdır.

Bu modelde, YZ yalnızca hukuki araştırma yapmakla kalmayıp tarafların iddialarına göre davada uygulanacak hükümler gibi davanın temel unsurlarını da gösterebilecek nitelikte olabilecektir. Yine burada YZ ile iletişimin tıpkı bir insanla yapılıyormuş gibi sözel olarak yapılması da mümkün olabilecektir. Belirtmek gerekir ki YZ'nin yukarıda değinilen Sophia gibi insansı ya da başkaca bir robot formunda fiziken de var olabilmesi mümkündür. Hâkime yardımcı YZ hukuki işlerin yanında ikincil görevler için de kullanılabilir. Örneğin, duruşmadaki sözel beyanların doğrudan sesten yazıya dönüştürülmesi(kısa vadedeki en önemli beklentilerden birinin bu olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır), duruşmaların uzaktan yapılabilmesi mahkeme yönetiminde hâkime verimlilik sağlayacaktır. Teknolojinin yargı hizmetlerinde kullanılması artık olağan ise de Çin'de uygulanmakta olan "İnternet mahkemeleri" önde gelen örneklerdendir. Bu mahkemelerde –belirli konulardaki uyuşmazlıklar için- davanın açılmasından kararın verilmesine kadar işlemler yüz tanıma teknolojisi ile kimlikleri doğrulanan taraflar fiziken bir araya gelmeden yapılabilmektedir.[112] Ülkemiz bakımından ise Yargı Reformu Stratejisi'nde de değinilen konulardan biri olan YZ kullanımın artırılması hukuk sistemimizdeki kalitenin yükselmesine özellikle pratiklik ve verimlilik bakımından katkı sağlayacaktır. Pandemi döneminin özel şartlarının da etkisiyle uzaktan duruşma uygulaması mahkemelerimizde uygulanmaya başlanmıştır. Başlangıç aşamasında olsa da bu adımların dönüşüme katkı sağlayacağı açıktır.

Sonuç olarak, bu model YZ'nin yargıda kullanımına ilişkin olarak ilk ulaşacağımız modeldir. Zira henüz çoğunlukla avukatlar tarafından kullanılıyor olsa da 'Ross'[113] gibi YZ hukuk asistanları profesyonel hayata

---

[111] Hukuki içithatlar için ulusal ve uluslar arası anlamda farklı veritabanları bulunmaktadır. Örnek olarak uluslar arası anlamda Heinonline, Westlaw gibi ulusal anlamda Kazancı, Jurix gibi veritabanlarını ifade edebiliriz.

[112] Zhuang, Frank/Tang, Tony, *How Do China's Internet Courts Work,* 22 Jan 2019, https://www.chinalawandpractice.com/2019/01/22/will-chinas-internet-courts-lead-the-future-of-litigation/ (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 25.04.2019).

[113] Ayrıca bkz. http://www.rossintelligence.com/ (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 25.04.2019).

adım atmıştır. Hem hukuki hem de genel olarak mevcut teknolojik araçlarımız bu modelden çok uzak olmadığı için hâkime yardımcı YZ diğerlerine göre nispeten daha az tartışmalı olanıdır. Ayrıca burada dava hala YZ ya da insan olan hâkim yardımcısı tarafından desteklenen gerçek bir hâkim tarafından yürütülmektedir. YZ'nin şeffaflığı veya çalışma yapısı genellikle eleştirilmekte[114] ise de burada yargılama sürecinin tamamı hâkim tarafından yürütülmektedir. İlaveten mevcut kanun yolu (istinaf, temyiz gibi) usülleri halen uygulanabilir olduğundan YZ'nin eleştirilen yönleri bu model için önemli dezavantajlar oluşturmayacaktır. Hâkime yardımcı YZ, yargısal işleyişe olumlu katkıda bulunacak olup özellikle zaman ve verimlilik açısından avantajlar getirdiğinden zamanla yaygınlaşma eğilimi gösterecektir.

2) Karar Taslakları Hazırlayan/Kararları Tahmin Eden Yapay Zekâ

Yapay zekâ mahkemedeki karar aşamasından önce iki şekilde kullanılabilir. Birincisi mahkemeye başvurmadan önce kararı tahmin etmektir ve ikincisi ise mahkeme aşamasında hâkime davaya ilişkin bir karar taslağı/önerisi sunmaktır. Birincisi, tahmine dayalı(öngören) YZ uygulamaları, temel olarak avukatlar veya avukat benzeri pozisyonda olan sigorta şirketleri gibi kişiler için tasarlanacaktır.[115] Zira kararın tahmini buradaki kişilerin gelecekteki iş pozisyonlarının önemli bir parçasıdır. Diğer taraftan, karar taslağı hazırlayan YZ esas olarak hâkimler ve belki kısmen uyuşmazlığı arabulucu, hakem gibi sıfatlarla çözebilen alternatif aktörler için söz konusudur.

Öngören YZ uygulamaları burada hâkimin davaya dair olasılıklar arasından hangisini dikkate alacağını tahmin etmeye çalışır. YZ buradaki işlevini makine öğrenmesi ve doğal dil işleme teknolojilerini kullanarak yerine getirir.[116] Ayrıca, makine öğrenmesine dayanan sistemlerde prensip olarak daha fazla veri daha iyi tahmin sağlar. Yani öngören YZ'nin kullanımı arttıkça daha başarılı sonuçlar elde edilecektir. Öngören YZ sadece mahkeme kararının olasılığını göstermekle kalmaz, aynı zamanda hangi olasılıkta hangi hukuki temele ve gerekçeye dayanılabileceğini de gösterebilir. Bu nedenle, bu tip YZ uygulamaları kullanan avukatlar, mahkeme YZ'nin öngördüğünden farklı bir karar verse bile karara karşı kanun yoluna hangi hukuki temel dâhilinde başvurabileceklerini görmüş olurlar. Bir diğer söyleyişle, öngören YZ, hâkimin YZ'nin öngörüsünden farklı bir karar vermesi halinde, ilgili taraf için adeta kanun yolu başvuru dilekçesini yazmış olacaktır.

---

114 Russel/Norwig, 2010, s. 16; Etzioni/Etzioni, 2017, s. 38; Buocz, 2018, s. 50.

115 Volokh, 2019, s. 1137, Heikkinen, 2019, s 27.

116 Heikkinen, 2019, s. 28.

İkinci seçenek ise davanın mahkemeye taşındığı ve YZ'nin hâkime yönelik bir karar taslağı/önerisi hazırlamak için kullanıldığı durumu ifade eder.[117] Dava konusu olaya ilişkin YZ kendi becerileri ile davaya ilişkin bir taslak karar önerecektir. YZ burada mahkemenin aynı/benzer olaylar için daha önce verdiği kararları esas alarak öneride bulunacaktır. Sonrasında ise hâkim doğal olarak YZ'nin önerisi gibi karar verme, onu revize etme ya da yok sayma seçeneklerine sahiptir. Aslında, burada hâkim, YZ'nin önerisini kabul, ret ya da revize etme seçenekleri dolayısıyla ilk derece hâkimi olsa da adeta üst derece mahkeme hâkimi gibi olmaktadır. Belirtmek gerekir ki burada tarafların usûli haklarına hiç bir şeklide halel gelmez zira olağan kanun yolu seçenekleri halen başvurulabilir durumdadır.

Yapay zekânın bu kullanımı ceza hukuku uyuşmazlıklarından ziyade özel hukuk ve idare hukuku uyuşmazlıklarında daha iyi sonuçlar verecektir. Zira cezai konularda hâkim serbestçe takdir edeceği delillere göre tamamen kendi takdirine göre karar vermelidir. Avrupa Etik Şartı'nda[118] ve AİHS gibi diğer kurucu metinlerde de bahsedildiği üzere, cezai konularda YZ tarafından da olsa hâkim için karar taslağı hazırlanması, hâkimin yaklaşımını dolaylı olarak etkilemeye elverişli olduğundan bu husus temel usuli değerlerin ihlaline sebebiyet verebilecek niteliktedir. Bir başka deyişle, en azından kişisel bakış açısı itibarıyla, hâkim için cezai konularda karar taslağı hazırlamak amacıyla YZ kullanımı makul değildir zira sanığın durumunun olumsuz etkilenebilmesi söz konusudur. Dolayısıyla bu durum silahların eşitliği gibi pek çok ilkeyi benimseyen modern ceza hukukunun özü ile bağdaşmayacaktır.

3) Karar Veren Yapay Zekâ

Üçüncü seçenek ise YZ'nin otonom olarak adeta gerçek bir hâkim gibi davalar hakkında karar vermesini ifade eder. Bu ihtimal, belki de yakın gelecekte gerçekleşmeyecek ve teorik bir tahmin olarak kalacaktır zira halen hâkime yardımcı YZ'ye tam olarak erişmiş değiliz.[119] Burada YZ ilk derece mahkemesi hâkimi olarak görev yapar ve kararları itiraza/temyize tabidir. Bir diğer söyleyişle taraflar uyuşmazlığı önce YZ hâkimin önüne getirirler ve sonrasında gerçek hâkimler önünde itiraz edebilirler.[120] İlgili hukuk siteminin tercihine göre -mevcut uygulamada olduğu gibi- bazı kararların verildiği anda kesin olması da mümkündür.

---

117 Heikkinen, 2019, s. 29.

118 https://rm.coe.int/ethical-charter-en-for-publication-4-december-2018/16808f699c (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 25.04.2019).

119 Volokh, 2019, s. 1138.

120 Heikkinen, 2019, s. 30.

Yapay zekânın insanın bilişsel kapasitesine kıyasen daha üstün olduğuna yukarıda değinmiştik. Ancak YZ şu an için özellikle hukuki metinlerde, anlamsal örtülü içerik nedeniyle sınırlı kapasiteye sahiptir. Burada her bir dilin kendi yapısına göre başkaca farklılıklarının olabileceğine de dikkat çekmek gerekir. Yine de YZ hâkimin çok karmaşık olmayan bazı uyuşmazlıklar hakkında karar verebilmesi mümkündür. Bu nedenle YZ hâkime giden yolda ilk adım internet kaynaklı ve teknik yanı ağır basan konular ya da bazı tüketici uyuşmazlıkları olabilir. Bunun ötesinde bazı konular hakkında mutlaka insan olan hâkimler tarafından karar verilmelidir. Zira uyuşmazlığın doğası uyuşmazlık çözümünün de insan tarafından gerçekleştirilmesini zorunlu kılmaktadır. Söz gelimi çekişmeli boşanma davasının YZ tarafından görülmesi mümkün değildir. Zira davada kimin kusurlu olduğu net olmadığından, hâkim insan olmasından kaynaklanan bilgi ve tecrübeleriyle de olayı değerlendirecektir. Oysa aile veya duygusal durumlar YZ ve robotlar için söz konusu olamayacağından böyle bir değerlendirme yapamayacaklardır. Yine bu bağlamda, ceza davalarının da en azından hukuki uyuşmazlıklarda tutarlı ve başarılı bir uygulamaya erişilene kadar YZ hâkim haricinde bırakılması gerekir. Yine YZ'nin en büyük risklerinden olan opak çalışma sistemi ve işleyişe müdahale edilme (hacking) riski de göz önünde tutulmalıdır.

Yargılama sonunda verilen kararın yanlış olması ya da eksik olması mümkündür. Nitekim bu olağan bir risktir ve kanun yolu incelemesi bu riski bertaraf etmek için kurgulanmıştır. Bir diğer nokta ise, tarafların anayasa veya uluslararası sözleşmelerde yer alan yargılamaya ilişkin temel haklarının ihlal edilmemesi için YZ hâkimin dâhil olacağı adli süreçlerde başlangıçta açık ve kapsamlı olarak bilgilendirilmeleri gerektiğidir. Nitekim bu husus Avrupa Etik Şartı'nda açıkça vurgulanmıştır. Buna göre; YZ tarafından önerilecek çözümün bağlayıcı olup olmayacağı, farklı seçeneklerinin mümkün olup olmadığı, mahkemeye erişim hakkına sahip olduğu noktasında kullanıcı açık ve anlaşılır bir şekilde bilgilendirilmelidir. Ayrıca, YZ tarafından bir dava öncesinde veya sırasında bir işlem yapılıyorsa kişi bilgilendirilmeli ve AİHS m. 6 kapsamında davasının doğrudan bir mahkeme tarafından görülebilmesi için itiraz hakkına sahip olmalıdır.[121]

Sonuç olarak, insan ile aynı veya daha üstün bilişsel kapasiteye sahip süper YZ geliştirilebilirse YZ hâkim, gerçek hâkimler için somut bir alternatif haline gelebilecektir. Ancak yine de ceza hukukunu da içerecek şekilde tüm hukuki alanlarda insana eşdeğer kapasitedeki YZ hâkim bir öngörüden ibaret kalacak gibi görünmektedir. YZ hâkimin bahsettiğimiz seviyeye ulaşarak hâkimlerin bile yerini aldığı zamanda olağan işlerin büyük çoğunluğunun da artık insanlar tarafından

[121] Avrupa Etik Şartı m. 5 bkz. https://rm.coe.int/ethical-charter-en-for-publication-4-december-2018/16808f699c (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 25.04.2019).

yapılmayacağını kabul etmek gerekir. Tam da bu noktada "bütün işleri robotlar yapacaksa insanlar ne yapacak?" gibi cevabı olmayan sorular ortaya çıkabilmektedir.

SONUÇ

Yapay zekâ ve hukuk ilişkisi YZ'nin hukuki açıdan barındırdığı belirsizlikler dolayısıyla gündemde kalmaya devem edecektir. Bu nedenle, bu çalışmanın da sorusu olan "YZ yakın gelecekte kürsüde oturabilir mi?" sorusuna olumlu cevap verebilmek için YZ'nin uzun bir mesafeyi katetmesi gerekmektedir. Bu bağlamda bu çalışmanın sonuç öngörüleri üç başlık altında ifade edilebilir. Bunlar, YZ'nin hukuken düzenlenme ve konumlanma ihtiyacı, hukuki uygulamadaki YZ için etik çerçeve ve yargı uygulamasında YZ kullanımıdır.

YZ her ne kadar daha çok bilgisayar bilimleri gibi teknik alanları ilgilendirse de ilk olarak hukuk kurallarıyla düzenlenmelidir. YZ'nin birçok alanla ilgili olması onun için tüm alanlarına uygulanacak tek tip kurallar öngörülmesini de zorlaştırmaktadır. Bu nedenle, bu zorluğun üstesinden gelmek için YZ iki dereceli olarak düzenlenmelidir. İlk derecede tüm alanlara uygulanacak olan genel kurallar/temel ilkeler; ikinci derecede ise ilgili alt sektörün karakteristiğine göre o alana uygulanacak olan ikincil/spesifik kurallar düzenlenmelidir.

YZ'nin hukuken konumlandırılması ve özellikle de insanlara zarar verilmesi gibi eylemlerinden doğan hukuki sorumluluk da bir diğer önemli meseledir. YZ ve robotların neden olduğu uyuşmazlıklar veya zararlar için hukuki konumlarının belirlenebilmesi amacıyla hukuk kurallarıyla düzenlenmeleri gerekmektedir. Bu kapsamda robotların ortaya çıkardığı hukuki sorunlar bakımından hukuki sorumluluk kurallarının öngörülmesi bir çözüm oluşturabilecek niteliktedir. Örneğin, kusursuz sorumluluğa göre oluşturulacak bir YZ fonu, YZ varlıkların verdiği zararın tazmini için yeterli dayanağı sağlayabilecektir. YZ fonu sadece ilk akla gelebilecek örnek olan otonom araçlar için değil diğer YZ uygulamaları için de yeterli bir çözüm oluşturabilecektir. YZ fonu, zarar dolayısıyla çıkabilecek uyuşmazlıklar bakımından dava sürecine kıyasen tüm taraflar için daha pratik ve daha az maliyetli bir nitelikte olabilecektir.

YZ'nin yargıda kullanımından önce değinilmesi gereken bir diğer nokta da YZ'nin hukuki kullanımında tabi olacağı etik kurallar meselesidir. Zira yargı aktörlerinin her biri görevlerini yürütürken ayrı etik kurallara tabidirler ve temel olarak bu etik kuralların tamamı adil bir yargılamayı amaçlar. Hukuki işlem ve süreçler bilgisayar veya YZ'nin daha üstün performans göstereceği teknik niteliğe sahip değildir. Bu nedenle hukuki pratik, ayrımcılık yasağı, şeffaflık, tarafsızlık, hakkaniyet gibi insana has bazı öz değerler kapsamında yürütülmektedir. Bu yüzden YZ yargısal işleyişte kullanılacaksa, ilk ve yapısal bir adım olarak bu öz değerlerle uyumlu olacak şekilde bir işleyişe sahip olmalıdır. Zira

YZ'nin bu değerleri ihlal edebilen işleyiş geliştirebildiğine yukarıda değinmiştik.

Hukuki uygulamadaki YZ henüz başlangıç aşamasındadır ve belki de hâkimin yerine geçecek YZ hiç mümkün olmayacaktır. Ancak yine de YZ hâkime giden yolda daha önce geçilecek aşamalar vardır. Zira YZ ve ilgili teknolojilerin gelişmeye devam ederek yargısal uygulamaya da sirayet edeceği açıktır. Ancak YZ'nin yargı uygulamasına ne kadar etki edeceği yani YZ hâkime varacak kadar etki edip edemeyeceği belli değildir. Bu çalışma YZ'nin yargı uygulamasında aşamalı olarak üç şekilde kullanılabileceğini öngörmektedir. Bunlar, hâkime yardımcı YZ, karar taslaklarını hazırlayan YZ ve nihai olarak karar veren YZ'dir.

Hâkime yardımcı YZ ilk aşamadır ve güncel gelişmeler ışığında bu aşamaya yakın olduğumuzu söyleyebiliriz. Zira akıllı telefonlardaki dijital asistanlar gibi hâkime yardımcı YZ ile benzer görevleri yerine getirebilen uygulamalar artarak kullanılmaktadır. Bu modelde YZ sadece hukuki araştırma yapmakla kalmaz aynı zamanda tarafların iddiaları ve uygulanacak mevzuat gibi konular hakkında da tespittebulunabilir. Belirtmek gerekir ki bu modelde YZ hukuki perspektif gerektirmeyen davanın hazırlanmasına yönelik ikincil işlerde (davanın takvimi, duruşma günü vs.) de görev alabilir. Bu model yargılamanın tamamı hâkim tarafından yürütüldüğü için klasik uygulamada doğrudan bir fark oluşturmayacağından en az tartışmalı olan modeldir. Bu nedenle YZ'nin barındırdığı eleştirel noktalar burada çok önem arz etmeyecektir. Hâkime yardımcı YZ özellikle zaman ve verimlilik açısından yargı uygulamasına katkıda bulunacaktır.

YZ karar aşamasından önce iki şekilde kullanılabilir. Birincisi mahkeme öncesinde kararın tahmini ki bu daha ziyade taraflar ve avukatlar bakımından elverişlidir. İkincisi ise uyuşmazlığa ilişkin karar taslağının YZ tarafından hazırlanmasıdır. Öngören YZ uygulamaları sadece mahkemenin karar vereceği ihtimali göstermekle kalmaz aynı zamanda uyuşmazlığa ilişkin ihtimallere göre hukuki dayanak ve muhtemel gerekçeyi de gösterir. İkinci seçenekte ise YZ, hâkim için bir karar taslağı hazırlayacaktır. Bunun üzerine hâkim YZ'nin hazırladığı kararı benimseyerek, yok sayarak ya da revize ederek kullanabilir. Böylece ilk derece mahkemesi hâkimi de adeta üst mahkeme niteliğine bürünmüş olur. YZ'nin taslak kararı hazırladığı bu ihtimalde tarafların usuli haklarına herhangi bir şekilde halel gelmez zira klasik anlamdaki kanun yolu seçeneği halen mevcuttur. Son olarak belirtmek gerekir ki bu seçenek ceza hukukundan ziyade özel hukuk uyuşmazlıklarında ve idari uyuşmazlıklarda daha iyi sonuç verecektir. Zira cezai konularda hâkim tamamen kendi vicdani kanaatine göre karar vermelidir. YZ tarafından önerilen taslak dahi olsa hâkime nasıl karar vereceğine dair tavsiyede bulunulamayacağını kabul etmek gerekir.

Karan veren YZ ise bu konudaki nihai aşama olup en tartışmalı seçenektir. Bu seçenekte, YZ gerçek bir hâkim gibi uyuşmazlık hakkında karar verecektir. YZ'nin verdiği karara karşı da kanun yolu incelemesi

mümkün olmalıdır. Ancak temyiz incelemesinin başka bir YZ tarafından yapılacağını kabul etmek güçtür. Zira temyiz incelemesi için ayrı bir YZ tasarlamak yerine karar veren YZ ile temyize bakacak olan YZ'nin bütünleştirilmesi daha pratik olacaktır. Kanun yolu incelemesi söz konusu olan YZ kararlarında bu incelemenin insan olan hâkimler tarafından yapılması isabetli olacaktır. İlk olarak kişilerin adil yargılanma konusundaki algısı burada bir sorundur çünkü YZ hâkim kadim yargılama geleneği için devrimsel bir niteliktedir. YZ hâkim özellikle dijital olmayan dünyayı deneyimleyen insanlar için (özellikle Y kuşağı ve öncesi jenerasyon) sıradışı olacakken dijital çağda doğan daha yeni nesiller için çok da sıradışı olmayacaktır.

Sonuç olarak, YZ hâkime ulaşıp ulaşamayacağımızı bugünden kestirmek oldukça zordur. Teorik olarak, insanlarla eşit ve daha üstün bilişsel kapasiteye sahip YZ geliştirildiğinde YZ hâkim konusu hâkimler için bir alternatif olabilecektir. Ceza hukukunu da kapsayan tüm alanlarda insan eşdeğer bir YZ hâkim öngörü olarak kalmaya daha elverişlidir. İnternetten doğan uyuşmazlıklar, teknik yönü ağır basan ve daha ziyade belli süreçlerle ilgili olan uyuşmazlıklar gibi bazı konularda, insan hâkim önünde itiraza tabi olmak kaydıyla, YZ tarafından karar verilebileceğinin gerçekçi bir öngörü olduğunu söyleyebiliriz. YZ'nin hâkimlerin yerini alabilecek düzeye eriştiğini kabul edecek olursak ki burada birçok işin çoktan YZ'ye/robotlara devredilmiş olacağını da kabul etmek gerekir, insanların dünya üzerinde ne yapacağı gibi cevabı olmayan sorular ortaya çıkabilecektir.

KAYNAKÇA

Kitaplar

Barfield Woodrow and Pagallo Ugo, *Research Handbook on the Law of Artificial Intelligence*, Elgar, Cheltenham, 2018.

Bramer Max and Petridis Miltos, *Research and Development in Intelligent Systems XXXIII Incorporating Applications and Innovations in Intelligent Systems XXIV*, Springer, Cham, 2016.

Corrales Marcelo, Fenwick Mark and Forgo Nikolaus, *Robotics AI and the Future of Law,* Springer, Singapur, 2018.

Rich Elaine, Knight Kevin and Nair Shivashankar B., *Artificial Intelligence*, Tata Mcgraw-Hill, New Delhi, 2009, 3. Bası.

Russel Stuart and Norwig Peter, *Artificial Intelligence A Modern Approach,* Pearson, New Jersey, 2010, 3. Bası.

Makaleler

Barfield Woodrow, Towards a Law of Artificial Intelligence, *in* W. Barfield, U. Pagallo (eds) Research Hand Book on the Law of Artificial Intelligence, 2-39, Elgar, Cheltenham, 2018.

Becerra Sergio David, *The Rise of Artificial Intelligence in the Legal Field: Where We Are and Where We Are Going,* Pepperdine Law School the Journal of Business, Entrepreneurship and the Law, C. 11, 27-52, 2018.

Black's Law Dictionary, 10th ed., Thomson Reuters, 2014.

Buocz Thomas Julius, *Artificial Intelligence in Court : Legitimacy Problems of AI Assistance in the Judiciary*, Copenhagen Journal Of Legal Studies, C. 2 S. 1, 41-59, 2018.

Burrell Jenna, *How the Machine 'Thinks': Understanding Opacity in Machine Learning Algorithms,* Big Data & Society, C. 3 S. 1, 17-29, 2016, https://journals.sagepub. com/doi/full/10.1177/205395171562 2512

Etzioni Amitai and Etzioni Oren, *Should Artificial Intelligence be Regulated*, *Issues in Science and Technology*, C. 33, S. 4, 32-39, 2017, https://issues.org/perspective-should-artificial-intelligence-be-regulated/

Etzioni Oren, *Should AI Technology Be Regulated? Yes, and Here's How,* Communications Of The ACM, C. 61, S. 12, 32-43, 2018, https://cacm.acm.org/magazines/2018/12/232893-point-should-ai-technology-be-regulated/ful ltext

Hallevy Gabriel, *The Criminal Liability of Artificial Intelligence Entities - from Science Fiction to Legal Social Control*, *Akron Intellectual Property Journal*, C. 4 S. 2, 171-204, 2010.

Heaton Paul, Waggoner Ivan&Morikawa Jamie, *Victim Compensation Funds and Tort Litigation Following Incidents of Mass Violence*, Buffalo Law Review C. 63, S. 5 1265-1323, 2015.

Kingston John, *Artificial Intelligence and Legal Liability,* in Max Bramer and Miltos Petridis (eds) Research And Development in Intelligent Systems XXXIII Incorporating Applications and Innovations in Intelligent Systems XXIV, 269-279, Springer, Cham, 2016.

McCarthy John, Minsky Marvin L., Rochester Nathaniel and Shannon Claude E., A *Proposal for the Dartmouth Summer Research Project on Artificial Intelligence, August 31, 1955,* AI Magazine, C. 27, S.4, 12-14, 2006, https://www.aaai.org/ojs/index.php/aima gazine/issue/view/165

Nunez Catherine, *Artificial Intelligence and Legal Ethics: Whether AI Lawyers Can Make Ethical Decisions,* Tulane Journal of Technology and Intellectual Property, C. 20, 189-204, 2017.

Pagallo Ugo, *Vital, Sophia, and Co.—The Quest for the Legal Personhood of Robots,* 9, Information, 9, 230-241, 2018, https://www.mdpi.com/2078-2489/9/9/230

Pearl Tracy Hresko, *Compensation at the Crossroads: Autonomous Vehicles and Alternative Victim Compensation Schemes,* William & Mary Law Review, C. 60, 1827-1875, 2018.

Petit Nicolas, *Law and Regulation of Artificial Intelligence and Robots - Conceptual Framework and Normative Implications*, Social Science Research Network Electronic Journal, 1-31, 2017 https://ssrn.com/abstract=2931339

Scherer Matthew U., *Regulating Artificial Intelligence Systems: Risks, Challenges, Competencies, and Strategies,* Harvard Journal of Law & Technology, C. 29, S. 2, 354-400, 2016,

Semmler Sean and Rose Zeeve, *Artificial Intelligence: Application Today and Implications Tomorrow,* Duke Law&Technology Review, C. 16, S. 1, 85-99, 2017.

Simshaw Drew, *Ethical Issues in Robo-Lawyering: The Need for Guidance on Developing and Using Artificial Intelligence in the Practice of Law*, Hastings Law Journal, C. 70, S. 4, 173-225, 2018.

Solaiman S. M., *Legal Personality Of Robots, Corporations, Idols and Chimpanzees: A Quest For Legitimacy,* Artificial Intelligence and Law Journal, C. 25, S. 2, 155-201, 2017.

Solum Lawrence B., *Legal Personhood for Artificial Intelligences,* North Carolina Law Review, C. 70 S. 4, 1231-1287, 1992.

Twaig Omri Rachum, *Whose Robot Is It Anyway? Liability for Artificial Intelligence Based Robots,* University of Illinois Law Review C. 2020, S. 4, 1141-1176.

Van den Hoven van Genderen Robert, *Do We Need New Legal Personhood in the Age of Robots and AI?* in Corrales M., Fenwick M., Forgó N. (eds) Robotics, AI and the Future of Law, 15-15, Springer, Singapore, 2018.

Van den Hoven van Genderen Robert, *Legal Personhood in the Age of Artificially Intelligent Robots, in* W. Barfield, U. Pagallo (eds) Research Hand Book on the Law of Artificial Intelligence, 213-150, Elgar, Cheltenham, 2018.

Volokh Eugene, *Chief Justice Robots, Duke Law Journal*, C. 68, S. 6, 1135-1192, 2019.

Wildhaber Isabelle, *Artificial Intelligence and Robotics, the Workplace and Workplace-related Law*, *in* W. Barfield, U. Pagallo (eds) Research Hand Book On The Law Of Artificial Intelligence, 577-608, Edward Elgar, Cheltenham, 2018.

Çevrimiçi Makaleler

Asaro Peter M., *The Liability Problem for Autonomous Artificial Agents* (5 March, 2016) https://www.aaai.org/ocs/index.php/SSS/SSS16/paper/view/12699/11 949

Delcker Janosch, Europe Divided over Robot Personhood, (4 Nov, 2018) https://www.politico.eu/article/ europe-divided-over-robot-ai-artificial-intelligence-personhood/

Dutton Tim, *An Overview of National AI Strategies*, 28 June,2018 https://medium.com/politics-ai/an-overview-of-national-ai-strategies-2a70ec6edfd

Ehrenfreund Max, *The Machines That Could Rid Courtrooms of Racism* (Aug 18, 2016), https://www.washingtonpost.com/news/wonk/wp/2016/08/18/why-a-computer-program-that-judges-rely-on-around-the-country-was-accused-of-racism/?utm_ term=.419946f 91004

Heikkinen Tiia-Helinä, *How Does the Use of Artificial Intelligence Affect the Concept of Fair Trial? (12 June 2019)* https://lup.lub.lu.se/student-papers/search/ publication/8980709

Kiser Matt, *Introduction to Natural Language Processing*, Algorithmia (Aug. 11, 2016), http://blog. algorithmia.com/introduction-natural-languageprocessing-nip/

Marria Vishal, *The Future of Artificial Intelligence In The Workplace,* (11 Jan 2019), https://www.forbes.com/sites/vishalmarria/2019/01/11/the-future-of-artificialintelligence-in-the-workplace/#7 851418773d4

Thomas Valerie, *Report on Artificial Intelligence: Part I-the existing regulatory landscape,* (May 14, 2018) https://www.howtoregulate.org/artificial_intelligence/#sdendnote1sym

Rouse Margaret, *IBM Watson Supercomputer* (16 June, 2018) https://searchenterpriseai. techtarget.com/definition/IBM-Watson-supercomputer

Schatsky David, Muraskin Craig and Gurumurthy Ragu, *Demystifying Artificial Intelligence,* A Deloitte series on cognitive technologies (Nov. 04 2014), https://dupress.deloitte.com/dup-us-en/focus/cognitive-technologies/ what-is-cognitive-technology. htrnl#endnote-sup-11

What is an algorithm and why should you care?, Khanacademy, https://www.khanacademy.org/computing/computer-science/algorithms/intro-to-algorithms/v/what-are-algorith ms

Zhuang Frank/Tang Tony, *How Do China's Internet Courts Work,* 22 Jan 2019, https://www.chinalawandpractice.com/2019/01/22/will-chinas-internet-courts-lead-the-future-of-litigation/

Diğer İnternet Siteleri

https://www.americanbar.org/groups/professional_responsibility/publications/model_rules_of_ professional_conduct/model_rules_of_professional_conduct_table_of_contents/

https://www.chinajusticeobserver.com/insights/china-establishes-three-internet-courts-to-try-internet-related-cases-online.html

https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/artificial-intelligence

https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/high-level-expert-group-artificial-intelligence

https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/ethics-guidelines-trustworthy-ai

https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/member-states-and-commission-work-together-boost-artificial-intelligence-made-europe

https://en.oxforddictionaries.com

http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0005_EN.html#title1

http://fortune.com/2017/09/04/ai-artificial-intelligence-putin-rule-world/

https://g20trade-digital.go.jp/dl/Ministerial_Statement_on_Trade_and_Digital_Economy.pdf

https://www.icj.org/wp-content/uploads/2014/10/IBA_International_Principles_on_Conduct_for_the_legal_prof.pdf

https://www.judicialintegritygroup.org/

https://www.oed.com/view/Entry/355823?rskey=86biC3&result=2#eid

http://www.oecd.org/going-digital/ai/principles/

https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/roleoflawyers.aspx

https://rm.coe.int/conference-of-prosecutors-general-of-europe-6th-session-organised-by-t/16807204b5

https://rm.coe.int/ethical-charter-en-for-publication-4-december-2018/16808f699c

https://rm.coe.int/ethical-charter-en-for-publication-4-december-2018/16808f699c

http://www.robotics-openletter.eu/

http://www.rossintelligence.com/

https://sgb.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/23122019162931YRS_TR.pdf

https://sozluk.gov.tr

https://www.theguardian.com/technology/2018/mar/19/uber-self-driving-car-kills-woman-arizona-tempe

http://www.unicri.it/in_focus/on/UNICRI_Centre_Artificial_Robotics

https://www.unodc.org/pdf/crime/corruption/judicial_group/Bangalore_principles.pdf

https://www.unodc.org/res/ji/import/international_standards/commentary_on_the_bangalore_principles_of_judicial_conduct/bangalore_principles_english.pdf

https://www.washingtonpost.com/news/wonk/wp/2013/03/05/how-to-punish-robots-when-they-inevita bly-turn-against-us/?noredirect=on&utm_term=.93ffb763ecc4

https://en.wikipedia.org/

ULUSLARARASI TAŞIMACILIK SÖZLEŞMELERİ AÇISINDAN İNSANSIZ GEMİLERDE DENİZE ELVERİŞLİLİĞE GENEL BİR BAKIŞ

A General Outlook of the Seaworthiness in Unmanned Ships in terms of International Transportation Conventions

Av. Mustafa Burak NALBANT*

Özet: Deniz taşımacılığı dünya ticaretinde çok önemli bir yere sahiptir. İnsansız gemilerin ise gelecekte bu sektörde kritik konumda olacağı öngörülmektedir. Uzun süredir insansız gemilerle ilgili hem özel sektör hem de devletler tarafından çalışmalar yürütülmektedir. Belirtmek gerekir ki insansız gemilerle ilgili teknik çalışmalar yapılırken, hukuki yönlerinin tartışılması ve yapılacak düzenlemeler için öneriler sunulması, sektörün insansız gemilere olan güvenini artıracaktır. Bu çalışmada, hem deniz hukukunun temel taşlarından biri olan hem de onun kadar eski bir tarihe sahip olan denize elverişlilik kavramına insansız gemilerde nasıl yaklaşılacağı ile ilgili değerlerlendirmeler yapılmıştır. Bu değerlendirmeleri ise denizde mal taşınmasını düzenleyen en önemli uluslararası anlaşmalarından olan Lahey-Visby Kuralları, Hamburg Kuralları ve Rotterdam Kuralları'na göre yapmıştır. İnsansız gemilerde denize elverişlilik kavramı ile ilgili genel bir bakış açısı ortaya konulmaya çalışılmış ve gemide mürettebatın bulunmaması ve ekipmanların durumuna ilişkin yorumlar yapılmıştır. Denize elverişliliğin geleneksel gemilerde nasıl ele alındığına değinerek, denize elverişliliğin amacının gemilerin güvenli bir şekilde seyrüsefer etmesi olduğu belirtilerek, insansız

Abstract: Maritime transport has an very important place in world trade. It is predicted that unmanned ships will be in a critical position in this sector in the future. Studies on unmanned ships have been carried out by both the private sector and the governments for a long time. It should be noted that while conducting technical studies on unmanned ships, discussing the legal aspects and offering suggestions for regulations to be made will increase the confidence of the sector in unmanned ships. This study made evaluations on how to approach the concept of seaworthiness, which is one of the cornerstones of the maritime law and has a history as old as it, on unmanned ships. It made these evaluations in accordance with the Hague-Visby Rules, Hamburg Rules and Rotterdam Rules, which are among the most important international conventions regulating the carriage of goods by sea. A general point of view about the concept of seaworthiness in unmanned ships has been tried to be put forward, and comments have been made regarding the absence of crew on the ship and the condition of the equipment. By referring to how seaworthiness is handled in traditional ships, it has been stated that the purpose of seaworthiness is the safe navigation of ships, and it has been

* İstanbul Barosu, mustafanalbnt@gmail.com, ORCID : 0000-0002-1638-5991
Makale Geliş Tarihi: 06.03.2021, Makale Kabul Tarihi: 12.04.2021

gemilerde de bu hususun odak noktası olması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.
Anahtar Kelimeler: Denize elverişlilik, insansız/otonom gemiler, uluslararası taşımacılık sözleşmeleri, yapay zeka , deniz yoluyla mal taşınması

concluded that this issue should be the focal point in unmanned ships.
Keywords: Seaworthiness, unmanned/autonomous ships, international transportation conventions, artificial intelligence , carriage of goods by sea

GİRİŞ

Günümüzde global şirketlerin varlığı ve önemi göz ardı edilemez bir gerçektir. Global ekonominin büyümesi ise doğrudan uluslararası ticaretle ilişkilidir. Uluslararası ticaret 17.yüzyıldan itibaren günden güne hacmini artırmış, ve ülkelerin yarış halinde olduğu, kendi kuralları olan bir ekonomi haline gelmiştir. Taşımacılık sektörü ise uluslararası ticaretin temel taşlarından birisidir. Satılan mallar kara, deniz, hava, demir yolu, ve petrol, doğalgaz ve su taşımacılığı için kullanılan boru hatları aracılığıyla sınır aşırı olarak transfer edilmektedir. Bu çeşitli yöntemler arasından deniz taşımacılığının ortaya çıkması ve gelişmesi dış ticaretin dönüm noktalarından birisi olmuştur. Çünkü ekonomik olarak avantajlı olmasının yanı sıra güvenlik, çok fazla miktarlarda yük taşınması, etkililik ve çevreye daha az zarar vermesi gibi avantajları sayesinde sektörde iş hacmi olarak üstün konumda bulunmaktadır.[1] Her ne kadar, deniz ticaretinin büyüme hızı, ülkeler arası anlaşmazlıklar, belirsiz politikalar, dünyanın iki süper gücünün ekonomik savaşı ve Covid-19 gibi dünyayı etkisi altına alan bir salgın hastalık sonucu 2019 senesi ile karşılaştırıldığında 2020 yılında azalsa bile,[2] halen dünya ticaretinin yaklaşık yüzde 90'lık kısmı gemiler tarafından icra edilmeye devam edilmektedir.[3]

Yazılım sistemlerindeki ve yapay zekadaki gelişmeler sürücüsüz kara ve hava araçlarının yaygınlaşmasına zemin hazırlamıştır. Yapay zeka özellikle son 5 yıldır teknoloji ile ilgili birçok konferansta ve çalışmada kendisine yer edinmiştir. Hatta sürücüsüz arabalar ve kamyonlar daha kolay erişilebilir bir hale gelmiş ve ulaşılması güç bir teknoloji olmaktan çıkmıştır. Sürücüsüz araç üreten Tesla şirketi, otomotiv sektöründe büyük oyuncular arasına girmeyi başarmış ve diğer otomotiv şirketleri bu başarının arkasındaki teknolojiyi kullanmak için birbirleri ile yarışır duruma gelmişlerdir. Her yüzyılın kendine göre dinamikleri ve yapısı mevcuttur fakat 21. yüzyıl tabiri caizse ipin ucunun kaçırılması durumunda telafisi çok zor olan zararların oluşabileceği bir zaman dilimidir. Rekabet çok fazladır ve teknolojiye en hızlı adapte olanlar olumlu geri dönüşleri en kısa zamanda almaktadırlar. Deniz taşımacılığı ise, teknolojik gelişmelere karşı kendisini hiçbir zaman kapatmamış ve hatta teknolojiden yararlanarak verimi en yüksek

---

1 Crowley News and Media, Top Five Advantages of Ocean Freight Shipping (https://blog.crowley.com/advantages-of-ocean-shipping) Mart 2018, Erişim Tarihi: 03.03.2021

2 Birleşmiş Milletler Ticaret ve Kalkınma Konferansı, Review of Maritime Transport 2020 s 1. (https://unctad.org/system/files/official-document/rmt2020_en.pdf) Erişim Tarihi 03.03.2021

3 International Chamber of Shipping, "Shipping and World Trade Overview" (http://www.ics-shipping.org/shipping-facts/shipping-and-world-trade) Erişim Tarihi 03.03.2021

seviyeye çıkarmayı hedeflemiştir. İnsansız gemiler ise denizcilik sektörünün yeni rüyasıdır. Roma'nın bir günde yeniden inşa edilmesinin beklemek gerçekçi bir yaklaşım olmadığı gibi insansız gemilerin tüm sektör oyuncuları tarafından bir anda içselleştirilip kullanılmaya başlamasını ve hayal edildiği şekilde insansız gemilerin tasarlanmasını beklemek çok doğru olmayacaktır. Buharlı trenlerden yüksek hızlı trenlere geçişte olduğu gibi belirli bir süreye ihtiyaç vardır. Fakat insansız ticaret gemilerinin denizcilik sektörünün geleceği olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır ve çok yakın zamanda hatta on yıl içerisinde mavi suların üzerinde görüleceği beklenmektedir.[4]

Denizcilik endüstrisi teknolojiye veya yeniliğe olan ilgisini, her ne kadar havacılık sektörü kadar benimseyemese de elektronik konşimento, akıllı limanlar, yeni tip sensörler, navigasyonlar ve veri analizi gibi konulara eğilim göstererek ortaya koymuştur.[5] Ülkeler, şirketler, denizcilik sektöründe faaliyet gösteren organizasyonlar ve kuruluşlar, insansız gemilerin önemini anlamaya başlamış ve teknik çalışmalar yapılırken bir yandan da uygun bir hukuki ortam hazırlanmaya çalışmaktadırlar. Dezavantaajları ve avantajları, varsayımlar ve çıkarımlarla değerlendirilmeye başlanmıştır. Her yeni fikirde olduğu gibi, endişeler ve hukuki düzenlemeler yapma ihtiyacı ortaya çıkmaktadır. Bu endişeler arasında gemi adamlarının işlerini kaybetmeleri ve nitelikli çalışan bulma sorunu baştadır. Hukuki olarak ise insansız gemilere hangi kuralların nasıl uygulanacağı, uluslararası düzenlemelerin yeniden gözden geçirilme ihtiyacı olup olmadığı gibi soruların üzerinde durulması gerekmektedir.

İşbu çalışmada insansız/otonom gemilerin deniz hukuku açısından mevcut literatüre göre nasıl konumlandırılacağı ve ortaya çıkacak hukuki problemler değerlendirilirlen göz önünde bulundurulacak kriterlere cevap bulunmaya çalışılacaktır. İnsansız gemilerin, gemi statüsünde olup olmadığı ile ilgili tartışmalara çok fazla yer verilmeyecek olup, deniz hukukunun köşetaşlarından ve en eski kavramlarından biri olan denize elverişlilik konusu üzerinde durulacaktır ve genel bir bakış açısı sunulacaktır. Bu makale, mevcut kuralları incelemeyi, bu kuralların insansız gemilere aynı şekilde uygulanması halinde ortaya çıkabilecek sorunları değerlendirmeyi ve ileride yapılacak çalışmalar için önerilerde bulunmayı amaçlamaktadır. Belirtmek gerekir ki, bu çalışmada insansız gemilere ilişkin detaylı teknik bilgilere yer verilmemiş olup, denize elverişlilik konusunda ki hukuki değerlendirmeler ön plana çıkarılmak istenilmiştir.

---

4 Fathom World, "Rolls Royce Remains Bullish on Autonomous Ships Within Decade" Şubat 2017 (https://fathom.world/ten-years-until-autonomous-ships-says-rolls-royce-expert/) Erişim Tarihi 03.03.2021

5 Delgado, Juan Pablo Rodrigez, "The Legal Challenges of Unmanned Ships in the Private Maritime Law: What Laws would you change?", Port, Maritime and Transport Law Between Legacies of the Past and Modernization, Bolonya 201, s. 499.

Denize elverişlilik, çeşitli yasa ve sözleşmelerde ele alınmış ve birçok durumda anlaşmazlıkların başlangıç noktası olmuştur. Bu araştırmanın amacı doğrultusunda, otonom insansız gemilerin denize elverişliliğinin analizi, Lahey - Visby Kuralları, Hamburg Kuralları, Rotterdam Kuralları baz alınarak yapılacaktır. Aksi belirtilmediği takdirde değerlendirmelerin İngiliz hukuku'na göre yapıldığı kabul edilecektir. Her ne kadar makalenin ana konusu Türk hukuku olmasa da, denize elverişlilik başlığı altında Türk Ticaret Kanunu'nun 932. maddesi kısaca değerlendirilecektir. İşbu makalede, geminin mürettebatının denize elverişlilik için vazgeçilmez bir gereklilik olmadığı ve gemi tüm yolculuk boyunca güvenli bir şekilde seyrüsefer edebiliyorsa denize elverişli olarak kabul edileceği sonucuna varılacaktır. İnsansız gemilerde makine ve sistemler gemi adamlarının görevlerini yerine getireceğinden, denize elverişlilik gemideki teçhizat bakımından da değerlendirilecektir.

I. İNSANSIZ GEMİLERE GENEL BİR BAKIŞ

A. İNSANSIZ GEMİLERLE İLGİLİ ÖNEMLİ GELİŞMELER

Genel izlenim, otonom insansız araçların yeni bir teknoloji olduğu yönünde olsa da, ilk insansız deniz aracı "SPURV" 1957 yılında ABD'de üretilmiştir.[6] Bilgisayar teknolojisindeki gelişmeler sonucunda insansız araçların gerçekleştirebilecekleri görevlerin kapsamında önemli gelişmeler olduktan sonra bu alana duyulan ilgi hızla artmıştır. Çok sayıda ülke ve şirket insansız gemilerle ilgili çalışmalar yapmaktadır. Ancak tüm güncel gelişmeler ile ilgili bu makalede detaylı bilgi verilemeyeceği için, birkaç kritik insansız gemi operasyonu hakkında bilgiler ana hatlarıyla verilecektir.

Her ne kadar ticaret gemisi olmasa da çok yeni bir gelişme olması sebebiyle Ares Tersanesi ve Meteksan Savunma tarafından geliştirilen, 28.10.2020 tarihinde tanıtılan silahlı insansız deniz aracı ULAQ'dan bahsetmek gerekir.[7] ULAQ, Türkiye için insansız gemi alanına bir giriş kapısı olarak görülebilir.

Uluslararası Denizcilik Örgütü *(International Maritime Organisation, IMO),* mevcut IMO düzenlemelerinin otonom suüstü gemilerinde *(Maritime Autonomous Surface Ship, MASS)* nasıl uygulanacağı üzerinde çalışmalar yapmaktadır. Denizcilik sektöründe otorite olarak kabul

---

6 Gafurov Salimzhan ve Klochkov Evgeniy, "Autonomous Unmanned Underwater Vehicles Development Tendencies" Procedia Engineering, S.106, 2015, s.106, (https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S187770581500942X), Erişim Tarihi 02.03.2021

7 Yıldırım G, Anadolu Ajansı, Türkiye'nin ilk insansız deniz aracı tanıtıldı, Ekim 2020 (https://www.aa.com.tr/tr/turkiye/turkiyenin-ilk-silahli-insansiz-deniz-araci-tanitildi/2022082) "Erişim Tarihi 03.03.2021"

edilen IMO'nun, Deniz Güvenliği Komitesi aracılığıyla insansız gemilere odaklanması, konunun önemini göstermiş ve bu alana yatırım yapmak isteyen firmalar bir nevi teşvik edilmiştir. IMO, sektördeki tüm gelişmeleri takip ederek genel bir çerçeve çizmek için çalışmalarını sürdürmektedir.[8]

Otonom gemiler arenasındaki bir diğer önemli proje ise, Avrupa Komisyonu tarafından finanse edilen Ağlar Aracılığıyla Denizde İnsansız Seyrüsefer (*Maritime Unmanned Navigation through Intelligence in Networks, MUNIN*) projesidir. MUNIN, otomatik karar sistemleri aracılığıyla kendi kararlarını verebilen, ancak zorlu durumlarda kıyı kontrol merkezindeki operatör tarafından müdahale edilebilen insansız bir gemi geliştirmeyi hedeflemektedir.[9] Japonya da ortaya çıkacak olan bu yeni pazardan payını almak istemektedir. Bu nedenle Mitsui O.S.K Lines ve Nippon Yusen gibi büyük gemi yapım şirketlerinden oluşan bir konsorsiyum kurulmuş ve milyonlarca dolara mal olacak çalışmalar sonucunda 2025 yılında kendi kendine seyreden bir gemi ortaya çıkarmayı hedeflemektedir.[10]

Bir diğer önemli insansız deniz aracı projesi ise, suya indikten sonra dünyanın ilk tam elektrikli konteynır taşıyıcısı olacağı için kendisini denizcilik endüstrisinin oyun değiştirici olarak tanıtan Yara Birkeland'dır. En önemli özelliklerinden bazıları ise sıfır emisyonlu olması ve geminin insan müdahalesine gerek kalmadan yanaşma ve kalkış yapabilecek olmasıdır.[11] Yara Birkeland'ın inşaatına Covid-19 salgını nedeniyle bir süre ara verilmiş olmasına rağmen 2021 yılının sonuna doğru piyasaya çıkarılması beklenmektedir.[12] Yara Birkeland kısa bir yolculuk için kullanılacak olsa da, ilk insansız ticaret gemilerinden olması sebebiyle önemli bir adım olarak değerlendirilecektir.

Rolls-Royce ve Svitzer'de, Yara Birkeland gibi kısa mesafeli seferler için insansız bir gemi tasarlamaktadır. Bu gemi, sektördeki ilk insansız römorkör olacak olup, kıyı kontrol merkezindeki kaptan tarafından yönetilecektir.[13] Otomotiv sektöründe ki başarısı ve gücü

---

8 (http://www.imo.org/en/MediaCentre/HotTopics/Pages/Autonomous-shipping.aspx) "Erişim Tarihi 03.03.2021"

9 (http://www.unmanned-ship.org/munin/) "Erişim Tarihi 02.03.2021"

10 Nıkkei Asian Review, "Japan aims to launch self-piloting ships by 2025" (https://asia.nikkei.com/Tech-Science/Tech/Japan-aims-to-launch-self-piloting-ships-by-2025) "Erişim Tarihi 02.03.2021"

11 Skredderberget A, "The first ever zero emission, autonomous ship" Mart 2018 (https://www.yara.com/knowledge-grows/game-changer-for-the-environment/) "Erişim Tarihi 03.03.2021"

12 (https://splash247.com/yara-birkeland-tipped-to-launch-late-next-year/) Kasım 2020, "Erişim Tarihi 03.03.2021"

13 Rolls Royce , 'Rolls-Royce demonstrates world's first remotely operated commercial vessel' (https://www.rolls-royce.com/media/press-releases/2017/20-06-2017-rr-

herkes tarafından bilinen Rolls-Royce, Finlandiya'daki gemi tasarımcıları, malzeme üreticileri ve üniversitelerin girişimine liderlik etmekte ve insansız gemilerle ilgili çalışmalar yapmak için çok fazla miktarda maddi kaynaklar ayırmaktadır. Kısa ve belirli rotalara uygun gemilerin tasarlanmasının nedeni, insansız gemilerin okyanus boyunca sorunsuz bir şekilde hareket edebilecek seviyeye gelene kadar teknolojinin istikrarlı bir şekilde gelişmesini sağlamaktır.

İnsansız gemi yapım çalışmaları bu projelerle sınırlı değildir. Ayrıca, tartışılmaz bir gerçektir ki, yakın gelecekte mürettebatı olmayan farklı gemi türleri, farklı şirketler tarafından ortaya çıkarılacaktır. Böylece, Jack Stilgoe'nın bir yazısında belirttiği üzere teknolojileri hayatın bir gerçeği haline gelmeden önce erken aşamada araştırmak ve tartışmak önemlidir. Trajedilerin, hataların ve olumsuz sonuçların bir ders olarak alındığı, kuralların geçmişe bakılarak belirlendiği bir ortamda, hukuk teknolojinin arkasından gelecektir. Jack Stilgoe, insansız araçlar için sorduğu "Kim kullanıyor?" sorusu aslında üzerine çokça düşünülmesi gereken bir sorudur.[14] Burada amaç, sorumluluk mekanizmasının nasıl işleyeceğine ilişkin belirsizliği ortadan kaldırmaktadır.

B. UZAKTAN KUMANDA EDİLEN GEMİLER İLE OTONOM GEMİLER ARASINDAKİ FARKLAR

IMO, otonom gemiler için 4 farklı kategori tanımlamıştır.[15] Birinci ve ikinci kategoride, güvertede insan bulunduğu için, insansız gemi olarak değerlendirilemez. Üçüncü kategorideki gemi, karada bulunan bir kontrol merkezinden uzaktan kontrol edilir. Dördüncü kategoride, geminin işletim sistemi kendi kendine karar verebilir ve bu kararı uygulayabilir. Bu makale, üçüncü ve dördüncü kategorideki insansız gemilere odaklanacaktır. Uzaktan yönetilen gemiler kıyı kontrol merkezindeki uzman operatörler tarafından idare edilecektir. Otonom gemiler ise, yolculuğu hiçbir insan müdahalesi olmadan güvenli bir şekilde tamamlamayı hedeflemektedir. Örneğin, kurulacak olan sistemde, gemi otomatik olarak tüm faktörleri göz önünde bulundurarak rotayı veya hızı değiştirebilecek yetkinlikte olacaktır. İki sistemin harmanlanarak dezavantajlarının ortadan kaldırmaya çalışılması daha faydalı sonuçlar verebilecektir. Söz konusu bu çalışmada, otonom ve insansız kelimeleri birbirinin yerine kullanılabilir, ancak her iki durumda da gemide hiç insan olmadığı anlaşılmalıdır.

---

demonstrates-worlds-first-remotely-operated-commercial-vessel.aspx) "Erişim Tarihi 02.03.2021"

14 Stilgoe J, "Who Killed Elaine Herzberg" (onezero.medium.com/who-killed-elaine-herzberg-ea01fb14fc5e) "Erişim Tarihi 03.03.2021"

15 (https://www.marineinsight.com/shipping-news/rolls-royce-opens-autonomous-ship-rd-centre-finland/) "Erişim Tarihi 02.03.2021"

C. İNSANSIZ GEMİLERİN GEMİ OLARAK DEĞERLENDİRİLMESİ

Her şeyden önce, uluslararası sözleşmelerde, geminin ortak bir tanımının olmadığı belirtilmelidir. Bu nedenle insansız geminin gemi olarak kabul edilip edilemeyeceğinin cevabı ilgili metne göre değişiklik gösterebilir. Geleneksel gemiler ile insansız gemiler arasındaki temel fark, gemide mürettebatın olmamasıdır. İnsansız geminin gemi olup olmadığı tartışmasının bu zeminde devam etmesi muhtemeldir. Literatürde, insansız deniz araçlarının büyüklükleri, türleri ve görevleri ne olursa olsun gemi olarak kabul edilmesi gerektiği önemli bir çoğunluk tarafından kabul edilmektedir. 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi'nin (BMDHS) 91. maddesinde, her devletin kendi içerisinde gemilerin tabiiyet koşullarını ve bayrak taşıma hakkını belirleyebileceği belirtilmiştir. BMDHS'nin 94. Maddesinde ise, devletlerin mürettebatın idari, teknik ve sosyal sorunlarına ilişkin düzenlemeleri belirlemeye de yetkili olduğu vurgulanmaktadır. Ancak gemi adamları geminin vazgeçilmez bir unsuru olarak tanımlanmamıştır. Bu maddelere dayanarak, bazı devletlerin otonom bir gemiyi gemi olarak kabul etmeme durumunda anlaşmazlıklar ortaya çıkacaktır. Fakat, sonuç olarak, insansız gemi (BMDHS) konseptine uymaktadır.[16] Ek olarak, Uluslararası Denizcilik Sözleşmelerinde mürettebatın geminin zorunlu bir parçası olduğuna dair herhangi bir ifade yoktur. Bu nedenle, insansız bir gemiyi gemi olarak kabul edilmemesi için hiçbir sağlam gerekçe ileri sürülmemiştir.

D. İNSANSIZ GEMİLERİN AVANTAJLARI VE DEZAVANTAJLARI

Denizcilik sektörü diğer tüm sektörlerde olduğu gibi teknolojiyi kullanarak sorunlarını en aza indirmeyi hedeflemektedir. Aynı zamanda, operasyonel maliyetleri ve navlun ücretlerini daha uygun fiyatlara düşürmeyi amaçlamaktadır. İnsansız gemilerin avantajlarının daha fazla olup olmadığı hususu zaman içerisinde belirginleşecektir. Fakat, insansız gemilerin öngörülen avantajlarından bazıları, yakıt tüketiminin, çevre kirliliğinin, insan hatasından kaynaklanan deniz kazalarının ve işletme maliyetlerini azaltılması ve yeşil ulaşım sağlanmasıdır.

Otonom gemilerin kullanılmaya başlanmasıyla birlikte gemiler ekonomik olarak daha karlı ve çevreye daha az zararlı bir hale gelecektir. Örnek olarak, gemiler, kapasitelerinden daha düşük bir hızda giderse, "slow steam" adı verilir, böylece yakıt tüketimi ve karbon salınımı

[16] Rui Li, 'On the Legal Status of Unmanned Ships' Chia Oceans Law Review, S. 165, 2019, s. 173.

azaltılır.[17] "Slow steam", insansız gemilere özgü bir özellik değildir, ancak otonom gemilerde yolculuk süresi daha uzun olsa bile, gemi adamlarına ekstra bir ödeme yapılmayacağı için çalışan gideri artmayacaktır. Ayrıca, denizci eksikliği nedeniyle daha uzun yolculuk süreleri artık sorun teşkil etmeyecektir.[18] Ekonomik avantajlardan bir diğeri ise, mürettebata ve mürettebatın kullandığı alanlara ihtiyaç duyulmamasıdır. Bu nedenle, maaş, işçi sigortası, fidye, kaza sonrası tazminat, yaşam masrafları veya denizcilerin yolculuk sırasında ihtiyaç duyacakları diğer masraflar, maliyet oluşturmayacaktır. Ayrıca mürettebatla ilgili alanların kullanılmaması sebebiyle yerden tasarruf sağlanacak ve kargo taşımak için daha fazla alan sağlanacaktır. Yine de yeni harcama kalemlerinin ortaya çıkacağı unutulmamalıdır. Örneğin, bir kıyı kontrol merkezinin kurulması gerekecek ve karadaki çalışanlara maaş ödemesi yapılacaktır. Ayrıca gemilerin inşası için gereken ekipman ve Ar-Ge çok daha fazla kaynak ayrılmasını gerektirecektir.

Deniz kazalarının büyük çoğunluğuna insan hatalarının neden olduğu bilinmektedir. Her ne kadar gemi adamları tarafından deniz kazalarının bir kısmı engellesede, deniz kazalarının yüzde 75'i insan kusurundan kaynaklanmaktadır.[19] İnsansız gemilerde, gemi güvertesindeki kişilerin kusurundan kaynaklanan herhangi bir kaza olmayacaktır. Ancak kıyı kontrol merkezinde insan hatalarından kaynaklanan kazaların olup olmayacağı henüz belli değildir. Yinede gemi kaza oranlarının düşeceği tahmin edilmektedir. Kaza riski azaldıkça sigorta primleri orantılı olarak aynı yönde hareket edecektir çünkü risk değerlendirmesi sonucunda primler belirlenmektedir. Sigorta primlerinin düşmesi ile en azından bu kalem için kargo taşıma maliyeti düşecektir. Fakat, siber risklerin sigorta primlerini ne yönde etkileceği ise ortaya çıkacak teknoloijye bağlı olarak değişecektir.

Küreselleşme ve dünya nüfusunun artmaya devam etmesiyle birlikte deniz ticaretine olan ilgi kaçınılmaz olarak daha fazla artacak ve bunun sonucunda gemilere ve denizcilere olan talep ve ihtiyaç artacaktır. Ancak MUNIN'e göre, günümüzde nitelikli gemi adamı bulmakta sorunlar yaşanmaktadır.[20] Bunun nedeni, aile ve sosyal yaşam üzerindeki etkisi nedeniyle genç yaştaki kişilerin gemilerde çalışmayı tercih etmemesidir. İnsansız gemilerin gelmesiyle denizcilere olan talep bir nebze de olsa azalacak ve kıyı kontrol merkezlerinde çalıştırılacak personel olan ihtiyaç artacaktır.

---

17 Notteboom T. ve Cariou P., 'Slow steaming in container liner shipping: is there any impact on fuel surcharge practices?' The International Journal of Logistics Management, S. 24, 2013, s. 73.

18 (http://www.unmanned-ship.org/munin/about/) "Erişim Tarihi 02.03.2021"

19 Frith J., 'Human Errors Accounts For %75 of Marine Liability Losses' (https://www.maritimejournal.com/news101/insurance,-legal-and-finance/human-error-accounts-for-75-of-marine-liability-losses) "Erişim Tercihi 03.03.2021"

20 http://www.unmanned-ship.org/munin/about/ "Erişim Tarihi 05.03.2021"

Öte yandan, insansız gemilerin olumsuz tarafları bulunmaktadır. Bunlardan en önemlisi denizcilerin işsizlik oranlarının artacak olmasıdır. İşten çıkarmaların yaşanması durumunda, doğrudan ve dolaylı olarak binlerce kişi ve aile etkilenecektir. Bu nedenle, uyum süreci tüm tarafları düşünülerek yönetilmeli ve yeniden istihdam öncelik olmalıdır. Diğer bir dezavantaj, otonom gemilerin doğrudan yazılımlara bağlı olması nedeniyle siber saldırıların hedefi olmasıdır. Karşı karşıya kalınacak siber saldırılar nedeniyle gemilerin daha güvenli bilgi ve iletişim teknolojileri ile donatılması gerekecektir. Bu konu, dördüncü bölümde daha ayrıntılı tartışılmaktadır. Ayrıca otonom gemilerin karşılaşacağı sorunlar ilk başta tam olarak belirlenemeyeceği için seyrüsefer sırasında kayalıklara veya diğer gemilere çarpma vb. ortaya çıkabilecek güvenlik problemleri bir soru işareti olarak kalabilir. Sonuç olarak, otonom gemilerin geleneksel gemilere göre daha avantajlı olup olmadığı gelecekte netleşecek, ancak mevcut konjonktüre göre otonom gemilerin sektöre fayda sağlayacağı söylenebilir.

II. DENİZE ELVERİŞLİLİK

Denize elverişlilik, deniz hukukuku için önemli bir konudur çünkü denizcilik endüstrisini bir çok farklı yönden etkilemektedir. Örneğin, gemi inşa sözleşmeleri, deniz sigorta hukuku, malların deniz yoluyla taşınması, deniz kirliliği, gemi kira sözleşmeleri etkilenen alanlardan sadece birkaçıdır.[21] Bu nedenle insansız gemilerde denize elverişlilik konusunu ele almak ve bu değerlendirmeleri uluslararası taşıma sözleşmeleri açısından yapmak, gelecekteki uyuşmazlıkların çözümünde faydalı olacaktır. Ayrıca, belirtilmelidir ki denize elverişliliğin sınırları ve kuralları belirlenmedikçe, gemi sahipleri ve çarterlar tarafından insansız gemilere karşı mesafeli durulması muhtemeldir.

Denize elverişliliği tanımlamadan önce, bir geminin denize elverişli olup olmadığının anlamanın yöntemini ortaya koymak daha mantıklı olacaktır. Deniz hukukunda en çok kabul gören yöntem Carver tarafından tanıtılmıştır,[22] ve yakın tarihli davalarda dahil olmak üzere birçok davada[23] bir geminin denize elverişlilik durumunu belirlemek için kullanılmıştır.[24] Bu yöntemde ki temel soru, "Gemide bir eksiklik veya hata olması durumunda, dikkatli ve ihtiyatlı gemi sahibi veya gemi kircası bu kusurun gemi yola çıkmadan önce düzeltilmesini ister miydi?"

---

[21] Ortiz de Rozas J.M., tez adı: The production of unmanned vessels and its legal implications in the maritime industry Oslo Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Oslo, 2014

[22] Bu yöntem Carver tarafından Carriage of Goods kitabının 18. basısında belirtilmiştir (Aktaran: McFadden v. Blue Star Line, [1905] 1 K.B. 69).

[23] McFadden v. Blue Star Line, ve M.D.C., Ltd. v. N.V. Zeevaart Maatschappij, [1962] 1 Lloyd's Rep. 180

[24] MT 'Cape Bonny' Tankschiffahrts GmbH & Co KG v Ping an Property and Casualty Insurance Co of China Ltd, Beijing Branch [2018] 1 C.L.C. 564.

şeklindedir. Bu sorunun cevabı evet ise gemi denize elverişli olarak kabul edilemez.

Fakat unutulmamalıdır ki, denize elverişlilik geminin mükemmel olması gerektiği anlamına gelmemektedir,[25] ve gemi sahibi sefer için beklenenenin ötesinde bir performans göstermek zorunda değildir.[26] Aksi takdirde denize elverişli bir gemi bulmak neredeyse imkansız olacaktır. Bu nedenle her eksiklikte veya hatada geminin denize elverişli olmadığını iddia etmek durumu çıkmaza sokacaktır. Denize elverişli bir geminin tam olarak nasıl olması gerektiğine ilişkin detaylı bir liste vermek mümkün değildir. Denize elverişlilik için gerekli standartlar, yapılacak yolculuğun koşullarına ve olası risklere göre değişmektedir. *Daniels v Harris* davasında, geminin türü, seyrettiği güzergah, yolculuğun yapılacağı mevsim, geminin doluluk oranı ve taşınan kargonun türü ile sınırlı olmamakla birlikte birçok farklı etkenin söz konusu olabileceği belirtilmiştir.[27] Açıktır ki, bir geminin denize uygun olup olmadığını belirlemek her zaman kolay olmayacaktır.

Hakim Field'in *Kopitoff v Wilson* davasında yapmış olduğu tanıma göre denize elverişlilik, "bir geminin deniz tehlikelerine ve yolculuk sorasında karşı karşıya kalabileceğe diğer tehlikelere karşı koyabilecek yeterlilikte olmasıdır".[28] Bu tanım, denize elverişliliğin amacına uygun olması nedeniyle doğru bir tanım olarak kabul edilebilir. Ancak, denize elverişlilik kriterlerine uygun daha detaylı bir tanım *F.C. Bradley & Sons Ltd v Federal Steam Navigation Co.* davasında yapılmıştır.[29] Birçok kriteri karşılayan bu tanımın İngilizcesi ve Türkçe çevirisi aşağıdaki gibidir;

> *"The ship must have that degree of fitness which an ordinary careful owner would require his vessel to have at the commencement of her voyage having regard to all the probable circumstances of it. Would a prudent owner have required that it be made good before sending his ship to sea, had he known of it?"*
>
> *"Gemi, sıradan dikkatli bir gemi sahibinin, tüm olası koşullarını göz önünde bulundurarak, yolculuğunun başlangıcında gemisinin sahip olmasını isteyeceği uygunluk derecesine sahip olmalıdır. İhtiyatlı bir gemi sahibi, eğer bilseydi, gemisini denize göndermeden önce bunun iyileştirilmesini ister miydi?*

Genel bir tanım olarak, denize elverişlilik, geminin yolculuk sırasındaki seyir kabiliyetidir. Daha ayrıntılı olarak, geminin deniz tehlikelerinden ve sefer sırasında karşılaşabileceği diğer olası risklerden

---

25 M.D.C., Ltd. v. N.V. Zeevaart Maatschappij, [1962] 1 Lloyd's Rep. 180.

26 President of India v West Coast Steamship Company (The Portland Trader) [1963] 2 Lloyd's Rep. 278.

27 Daniels v Harris [1874] 11 WLUK 4.

28 Kopitoff v Wilson (1876) 1 QBD 377, s. 380

29 F.C. Bradley & Sons Ltd v Federal Steam Navigation Co. [1926] 3 WLUK 125.

kaçmaya hazır olmasıdır. Bu nedenle, ihtiyatlı bir gemi sahibi, geminin denize açılmadan önce tamir ettirilmesine karar verirse, gemi denize elverişli olmayacaktır. Ancak geminin deniz tehlikeleri ile başa çıkmak için herhangi bir onarıma ihtiyaç duymayacağına karar verirse, gemi denize elverişli kabul edilir.[30]

Denize elverişlilik değerlendirilirken dikkate alınması gereken bir diğer faktör ilgili zamanda ulaşılabilecek bilgi ve imkanlardır. Sektörün mevcut standartları ve uygulamaları önemli bir faktördür çünkü 50 yıl öncesine ait bir teknolojiye sahip bir gemiyi uzun bir yolculuğa çıkarmak, ihtiyatlı bir gemi sahibinden beklenmeyen bir harekettir. Bu demek değildir ki, her gemi en son teknoloji ile donatılmış olmalıdır. Fakat standartların altında olmaması gerekir.[31] Ayrıca gemi sahibi veya çarter, uygun şekilde test edilmemiş ve yaygın olarak uygulanmayan bir sistemi kullanmamaktan sorumlu tutulamaz.

Yukarıda belirtildiği üzere, denize elverişli bir geminin tam olarak nasıl olması gerektiği belli değildir. Ancak geminin sadece fiziki olarak değil aynı zamanda bulundurulması zorunlu olan evraklar bakımından da yolculuğa hazır olması gerekiyor. Gemide yeterli sayıda denizcinin bulunması, geminin denize elverişli kabul edilmesi açısından önemlidir. Ek olarak, bu personelin işi yapabilecek niteliklere sahip olması gerekir. Çalışanların yeterli sayıda olmaması veya nitelik olarak eksik olması durumunda, gemi sahibi veya taşıyıcı, denize elverişsizlik sonucu zarar oluşursa katlanmak zorundadır. Bu durum, yeterli ekipmanın olmaması durumunda da geçerli olacaktır.

Türk Ticaret Kanunu madde 932'de denize elverişlilik hususu düzenlenmiştir.[32] İşbu madde aynen aşağıdaki şekildedir;

> "(1) Gövde, genel donatım, makine, kazan gibi esas kısımları bakımından, yolculuğun yapılacağı sudan ileri gelen (tamamıyla anormal tehlikeler hariç) tehlikelere karşı koyabilecek bir gemi *"denize elverişli"* sayılır.
>
> (2) Denize elverişli olan gemi, teşkilatı, yükleme durumu, yakıtı, kumanyası, gemi adamlarının yeterliği ve sayısı bakımından, (tamamıyla anormal tehlikeler hariç) yapacağı yolculuğun tehlikelerine karşı koyabilmek için gerekli niteliklere sahip bulunduğu takdirde *"yola elverişli"* sayılır.

---

[30] Kassem H, Tez Adı: The Legal Aspects of Seaworthiness: Current Law and Development (University of Wales Swansea 2007) s. 15.

[31] Demand Shipping Co Ltd v Ministry of Food, Bangladesh (The Lendoudis Evangelos II) [2001] 2 Lloyd's Rep. 304.

[32] 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Madde 932.

(3) Soğutma tesisatı da dâhil olmak üzere, eşya taşımada kullanılan kısımları eşyanın kabulüne, taşınmasına ve muhafazasına elverişli olan bir gemi *"yüke elverişli"* sayılır."

Söz konusu bu maddeye göre taşıyan gemiyi denize, yola ve yüke elverişli halde bulundurmak zorundadır. Aksi takdirde oluşacak zararlardan sorumlu olacaktır. Geminin yola elverişli olması için yeterli sayıda ve yetkinlikte gemi adamı istihdam edilmelidir. Ayrıca, gemi yolculuk için gerekli tüm ekipmanlara sahip olmalı ve bunlar çalışır vaziyette bulunmaldıır. Taşıyan ispatı klas kurumlarının düzenlediği belgelerle veya seferden önce kuruluşlara yaptırdığı denetim sonucu elde ettiği sertifikalarla yapabilir.[33] Bu belgeler taşıyan lehine karine oluşturur fakat bu belgelerin hatalı veya sahte olduğunun ispatı durumunda, taşıyan sorumluluktan kurtulmak için gerekli özeni gösterdiğini fakat eksikliği farketmesinin kendisinden beklenemeyecek kadar güç olduğunu veya eksikliğin sefere çıkıldıktan sonra ortaya çıktığını ispat etmelidir.

A. MALLARIN DENİZ YOLUYLA TAŞINMASINDA DENİZE ELVERİŞLİLİK

Denize elverişliliğin önemi, elverişli olmayan bir geminin yasal sonuçlarla karşı karşıya kalması halinde daha iyi anlaşılır. Öte yandan bu sonuçlar, gemi sahiplerine büyük miktarlarda ekonomik zararlara uğrattığı için öncelikli konulardandır. Bu bölüm, malların deniz yoluyla taşınmasında denize elverişliliğe ilişkin genel bir çerçeve sunmakta ve uluslararası taşımacılıkta kullanılan Lahey – Lahey/Visby, Hamburg ve Rotterdam Kuralları'nı incelemektedir.

1. Lahey – Lahey/Visby Kuralları

Lahey Kuralları, deniz taşımacılığında keyfi muameleleri önlemek için 1924'te yürürlüğe girdi. 1968 yılında Brüksel protokolü ile değiştirilerek Lahey-Visby Kuralları[34] (LVK) olarak anılmaya başlandı. Deniz taşımacılığında faaliyet gösteren birçok ülke tarafından kabul görmesi nedeniyle deniz taşımacılığında önemli bir yere sahiptir. Denize elverişlilik, Lahey-Visby Kurallarının 3. maddesinde[35] düzenlenmiş, ve geminin denize, yola ve yüke elverişli olması gerektiği belirtilmiştir. LVK'na göre, taşıyıcının görevi, gemiyi denize açılmaya elverişli hale getirmek için gerekli özeni göstermektir. Taşıyıcı "*due diligence (durum tespiti)*" yaparken gerekli özeni göstermekle

[33] Kara Hacı, *Deniz Hukuku*, Oniki Levha, İstanbul, Ekim 2020, s. 127.

[34] 1968 tarihli "Konşimentoya Dair Bazı Kaidelerin Birleştirilmesi Hakkında 25.08.1924 tarihli Brüksel Sözleşmesi'nin Tadiline Dair Protokol" (Lahey / Visby Kuralları)

[35] Bakınız; Lahey/Visby Kuralları madde 3.

yükümlüdür, herhangi bir garanti sorumluluğu bulunmamaktadır.[36] Fakat, taşıyıcılar durum tespiti görevini üçüncü bir tarafa devrederek sorumluluktan kurtulamazlar. Ayrıca taşıyıcı, görevi profesyonel ve yetkin bir kişiye devretmesi halinde, üçüncü şahıs "*due diligence*" yaparken başarısız olursa yine sorumlu olacaktır.[37] Fakat, LVK'na göre, zarar ile denize elverişlilik arasında bir nedensellik bağı olmak zorundadır.

LVK geminin, nitelikli gemi adamları ile donatılması gerektiğini belirtmiştir. Bu, mürettabatın gemi için elzem olduğunu göstermektedir. Gemi sahibi hem yeterli sayıda denizci çalıştırmalı, hem de denizciler yapılacak işin özelliklerine göre yeterli ve yetkin olmalıdır.[38] Başka bir deyişle, deniz tehlikelerinin üstesinden gelmek için gemide becerikli denizciler bulunmalıdır.[39] Aksi takdirde, taşıyıcı veya gemi sahibi zararın ortaya çıkması durumunda sorumlu olacaklardır. Bununla birlikte, ihmal ve yetersizlik arasında ince fakat önemli bir çizgi vardır. Denizcinin ihmali durumunda, gemi sahibi haksız bir şekilde sorumlu tutulmamalıdır çünkü LVK madde IV, gemi sahibinini ihmalden sorumlu olmadığını düzenler.[40] Özetle, LVK'na göre geminin denize elverişli kabul edilebilmesi için yetkin kaptan ve yeterli sayıdaki nitelikli mürettebatın gemide bulunması gerekmektedir. Sonuç olarak, gemide hiç kimse yoksa, gemi denize açılmaya elverişli olmayacaktır. LVK madde 3(c)'de, geminin ambarları, buzlukları ve soğutma odaları gibi önemli kısımlarının sağlam ve geminin yolculuğu başarıyla tamamlaması için hazır halde olması gerektiği düzenlenmiştir. Bu durum, gemi sahibinin, geminin tüm fiziksel koşullarının çalışır durumda ve dayanıklı olduğunu kontrol etmesi gerektiği anlamına gelmektedir.

Maxine Footwear Co v Canadian Government Merchant Marine davasında,[41] taşıyıcının görevinin "yolculuk öncesinde ve başında", *"due diligence"* yapmak olduğuna karar verildi. Denize elverişliliğin, geminin yüklenmesinin başlangıcından yolculuğun sonuna kadar olan süre boyunca elverişli bir durumda tutulması olmadığı, eksikliklerin keşfedilmesi ve ortadan kaldırılması için gerekli özeni gösterilmesi olduğu sonucuna varılmıştır. Diğer bir deyişle, garanti sorumluluğu

---

36 Papera Traders Co Ltd and Others v Hyundai Merchant Marine Co. Ltd. And Another (The Eurasian Dream) [2002] 1 Lloyd's Rep 719.

37 Riverside Meat Co Pty Ltd v Lancashire ShippingCo Ltd (The Muncaster Castle) [1961] 1 Lloyd's Rep 57

38 (The Eurasian Dream)

39 Kampantais N, Tez Adı: Seaworthiness in Autonomous Unmanned Cargo Ships", Erasmus University Rotterdam, 2016.

40 Bakınız; Lahey/Visby Kuralları Madde 4.

41 Maxine Footwear Co v Canadian Government Merchant Marine [1959] 3 W.L.R. 232.

bulunmamaktadır.[42] Bu nedenle, gemi sahibinin eksikliklerden veya hatalardan doğabilecek zararlardan sorumlu tutulabilmesi için kusurlu olması gerekir. Taşıyıcı, ilgili zamanda geminin denize elverişli olduğunu kanıtlarsa sorumluluğu ortadan kalkacak ve kendisine sunulan sınırlamalardan yararlanabilecektir.[43] LVK madde 4(2)'de, taşıyıcının zarardan sorumlu olmayacağı durumlar listelenmiştir.[44] Taşıyıcının bu sınırlamalardan yararlanabilmesi için, geminin denize elverişli olmasını sağlamak için yeterli özeni göstererek denetim yaptığını kanıtlaması gerekir. Sonuç olarak, taşıyıcıyı büyük bir maliyetten kurtulmak için denize elverişlilik konusuna dikkat edilmelidir.

2. Hamburg Kuralları

Gelişmekte olan ülkeler, LVK'nın gemi sahipleri ve taşıyıcıları aşırı derecede koruyan bir yapısı olduğunu ileri sürdüler. Bunun ardına, Birleşmiş Milletler, 1978 yılında imzaya açılan Hamburg Kurallarını 1992 yılında yürürlüğe koymuştur.[45] Ancak, denizdeki hakimiyeti güçlü olan ülkelerin birçoğu tarafından imzalanmamıştır,[46] çünkü taşıyıcı ile taşıtan arasında denge kurmaya çalışılırken, tamamen taşıyıcıların aleyhine düzenlemeler yapılmıştır. LVK'nda geniş bir denize elverişlilik tanımı yapılırken, bu durum Hamburg Kuralları'nda terk edilmiştir. Hamburg Kuralları'nda, denize elverişlilik için ayrı bir hüküm bulunmamaktadır. Hamburg Kuralları'nın 5. maddesinin 1. bendinde genel bir düzenleme yapılmış ve denize elverişlilik yorumu mahkemeye bırakılmıştır. Ayrıca geminin sadece yolculuğun öncesinde ve başlangıcında değil, tüm yolculuk boyunca denize elverişli olması gerektiği belirtilmiştir. Bu, Hamburg Kuralları'nı, LVK'dan ayıran en kritik değişikliklerden biridir. Bu değişiklik, Hamburg Kurallarının bir çok ülke tarafından neden kabul edilmediğini açıklamaya yetecek niteliktedir.

Hamburg Kurallarında taşıyıcının sorumlu tutulabilmesi için hasara neden olan olayın, taşıyıcının kontrolünde gerçekleşmesi gerekir. Bu şart sağlandıktan sonra, taşıyıcı kendisi ve çalışanları tarafından, zararı önlemek için alınması beklenebilecek tüm önlemlerin alındığını kanıtlamalıdır. Sonuç olarak, Hamburg Kuralları, denize elverişli bir geminin hangi gereksinimleri karşılaması gerektiğine dair ayrıntılı bir tanım sağlamamaktadır. Gemide mürettebat olması gerektiği özellikle

---

42 Şamlı Yetiş, Kubra, Lahey-Lahey/Visby, Hamburg Ve Rotterdam Kuralları'nda Sefere Elverişlilik, İÜHFM 2013, C. LXXI, S. 2, s. 488.

43 Hamburg Kuralları ile Lahey/Visby kuralları bu noktada birbirlerinden farklıdır.

44 Maxine Footwear Co v Canadian Government Merchant Marine [1959] 3 W.L.R. 232.

45 1978 Tarihli "Birleşmiş Milletler Denizde Eşya Taşıma Sözleşmesi" (Hamburg Kuralları).

46 Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu 'Status' (https://uncitral.un.org/en/texts/transportgoods/conventions/hamburg_rules/status) "Erişim Tarihi 03.03.2021"

belirtilmemiştir. Odak noktası geminin tüm yolculuk boyunca güvenli bir şekilde seyretmesini sağlamaktır.

3. Rotterdam Kuralları

Rotterdam Kuralları'nın "Deniz yolculuğuna uygulanabilecek özel yükümlülükler" başlıklı 14. maddesine göre[47], taşıyanın gemiyi yolculuk öncesinde, yolculuğun başlangıcında ve yolculuk sırasında denize, yola ve yüke uygun bulundurma yükümlülüğü düzenlenmiştir . Bu maddeye göre, taşıyanın sorumlulukları arasında, gemi adamlarının ihtiyaca göre istihdam edilmesi, ambarların ve geminin diğer tüm kısımlarının düzenli bir şekilde tutulması, taşıyıcı tarafından konteyner sağlanması durumunda, yükün kabulüne, taşınmasına ve korunmasına uygun bir halde bulundurulması ve geminin denize elverişli bir şekilde tutulması bulunmaktadır.[48] Bununla birlikte, Rotterdam Kuralları'nda, LVK'dan farklı olarak, gemi, hem sefer sırasında hem de yolculuğun öncesinde ve başlangıcında denize elverişli olmalıdır. Rotterdam kurallarının 17. maddesi, geminin uygun olmayan mürettebat veya ekipmanla donatılmış olması durumunda, hasarı taşıyanın karşılayacağını belirtir. Bu nedenle, taşıyıcı yeterli sayıda kalifiye denizci istihdam etmelidir. Ancak, Rotterdam Kuralları yeterli sayıdaki ülke tarafından imzalanmadığı için henüz yürürlüğe girmemiştir. Bu sebeple, uygulamada çok fazla karşılaşılmamaktadır.

III. İNSANSIZ GEMİLERDE DENİZE ELVERİŞLİLİK

Yukarıda tekrarla vurgulandığı üzere denize elverişlilik, deniz hukukunun temel taşlarındandır. Denize elverişlilik ile ilgili mevcut uluslararası sözleşmeler, kanunlar ve içtihatlar doğrudan otonom gemilere uygulanırsa adaletsiz durumlar ortaya çıkacaktır. Dolayısıyla, katı bir yaklaşım benimsemek ve insansız gemilerin sefere elverişsiz olacağını iddia etmek, endüstrinin teknonolijye sırtını dönmesi anlamına gelecektir. Bu sebeple değerlendirmeler yapılırken iyimser bir bakış açısı sergilemek daha yararlı olacaktır.

A. İNSANSIZ GEMİLERDE İSTİHDAM

İnsansız gemilerin denize elverişliliği konusundaki en büyük sorunlardan birisi güvertede kimsenin olmamasıdır. İlk bakışta, gemi sahibinin veya gemi kiracısının yeteri kadar kalifiye denizciye sahip olmadığı için yükümlülüğü yerine getirmediği ve sözleşmeyi en başından ihlal ettiği iddia edilebilir. Fakat bu durum, insansız gemilerinin gelişmesine set çekmek anlamına gelecektir ki bu mümkün

---

[47] Tamamen veya Kısmen Deniz Yoluyla Uluslararası Eşya Taşıma Sözleşmelerine İlişkin BM Andlaşması (Rotterdam Kuralları)

[48] Rotterdam Kuralları, madde 14.

görünmemektedir. LVK dışında doğrudan belirtilmemesine rağmen, insan faktörü, bir geminin denize elverişli kabul edilmesi için bir gerekliliktir, çünkü mürettebat, geminin denizde güvenli bir şekilde seyretmesi için elzemdir. İnsansız gemiler açısından bakıldığında, uzaktan kumanda edilse veya tamamen otonom olsa bile her durumda kıyı kontrol merkezinde bir ekip olacaktır. Burada akla pek çok soru gelmektedir. Bunlardan bazıları ise; "Kıyı operatörleri (*share-based operators*, "SBO")[49] mürettabat yerine sayılabilir mi?", "Gemi sahibi, kıyı kontrol merkezi için işe alım yapması durumunda yükümlülüğünü yerine getirmiş olacak mı?", "İşe alınan kişilerin iş için nitelikli olup olmadığına nasıl karar verilecek?" şeklindedir.

İlk soruya yanıt olarak, SBO'nun mürettebat olarak sayılmayacağını ve otonom gemilerin denize elverişsiz olduğunu varsaymak mantıklı olmayacaktır. Ayrıca, yukarıda tartılışılan uluslararası taşıma sözleşmelerinin hiçbirinde mürettebatın geminin içerisinde olması gerektiği belirtilmemiştir. Bütüncül bir yaklaşım benimsenirse, kıyı kontrol merkezinde çalışan kişiler mürettebat olarak kabul edilebilir. Bu noktada kıyı operatörlerinin görev,yetki ve sorumlulukları ile ilgili detaylı düzenlemeler gerekeceği unutulmamalıdır. Fakat bu konu, literatürün kapsamlı bir incelemesini gerektirecektir; mevcut makalenin amacı ve kapsamının ötesinde olması sebebiyle detaylara yer verilmemiştir.

İkinci soruya cevap olarak, SBO mürettebat olarak kabul edilirse, doğal olarak gemi sahibi, kıyı kontrol merkezinde istihdam sağlayarak yükümlülüğünü yerine getirmiş olacaktır. Ayrıca, farklı bir açıdan bakıldığında, ultra büyük konteyner gemiler ile daha küçük gemilerin çalışan ihtiyaçları aynı değildir.[50] İnsansız gemilerde, özelliklerinden dolayı gemide mürettebat üyesine ihtiyaç duymayan gemiler olarak kabul edilebilir. Bununla birlikte, geleneksel gemilerde olduğu gibi, insansız gemilerde de mürettebat yeterli ve kabiliyetli olmalıdır. Bu gereklilik, insansız gemilerde değişmeyecetir ve hatta standartları artırılmalıdır. SBO'nun yetersiz kalması durumunda, gemi sahibi geminin sefere elverişsiz olması nedeniyle zararı karşılmakla yükümlü olur ve 1906 tarihli İngiliz Deniz Sigortası Kanuna göre bu zararını sigortacıya rücu edemez. Örnek verilecek olursa, Makedonia[51] davasında, "*due diligence*" yapılmasına rağmen mühendisin yetkinlik eksikliği nedeniyle gemi denize elverişsiz olarak kabul edilmiştir. Bu konuyla ilgili açıklamalar bir önceki bölümde detaylı olarak yapılmıştır.

---

[49] Sharma, A.v.raghav, Tez Adı: Maritime autonomous surface ships: caught between the devil's advocate and the deep blue sea, World Maritime University, 2019.

[50] Chwedczuk Michal, 'Analysis of the Legal Status of Unmanned Commercial Vessels in US Admiralty and Maritime Law' Journal of Maritime Law & Commerce S. 4, 2016, s. 143.

[51] *Owners of Cargo Lately Laden on Board the Makedonia v Owners of the Makedonia (The Makedonia)* [1962] 1 Lloyd's Rep. 316

Üçüncü soruya yanıt olarak, SBO'nun yetkin olup olmadığına nasıl karar verileceği şu an için belirsizdir. Gemi sahipleri yükümlülüklerini yerine getirmek için genellikle denizcilerin sertifikalarına veya lisanslarına bakarlar. Ayrıca, deneyim denizcilik sektörü için çok önemlidir. Ancak, kıyı kontrol merkezlerinde çalışacak kişiler için halihazırda sertifika veya lisans verilmemektedir. Ülkelerin sertifika ve lisans verirken kendi standartlarını oluşturmalarına izin verilmesi durumunda çatışmalar ortaya çıkabilir. Bu nedenle uluslararası standartlar belirlenmelidir. Bu standartları oluştururken, operatörlerin insansız gemilerin kontrolünde aktif rol almadan önce deneyim kazanmasını sağlamak için simülasyonlar kullanılabilir. SBO'yu eğitmek için, her olasılığın test edildiği simülasyonların geliştirilmesi gerekir. Otonom gemiler belirlenecek standartları karşılayanlar tarafından yönetilirse, taşıtanlar navlun sözleşmesini imzalarken kendilerini daha güvende hissedeceklerdir.

Ayrıca kıyı kontrol merkezindeki herkesin mevcut denizcilerden oluşacağı beklenemez çünkü tüm denizciler insansız gemi sistemini kullanabilecek düzeyde olamayacaktır. Bu nedenle, büyük olasılıkla kıyı kontrol merkezi çalışanları daha önce deniz tehlikeleriyle karşılaşmamış kişiler olacaktır. Kıyı kontrol merkezinde belirli bir deneyime sahip kişilerin bulundurulması zorunluluğu sorunu çözmekte ilk adım olabilir. Bu çözümün daha detaylı bir versiyonu ilk yıllarda yeterli olabilecektir. Ancak, insansız gemilerin geleceğimiz olduğu ve uzak gelecekte geleneksel gemilerin yerini tamamen alacağı iddiası gerçekleşirse bir süre sonra deneyimli denizci kalmayacaktır. Fakat yinede gemi sahiplerine böyle bir zorunluluk getirilmesi, en azından insansız gemilerin eksik yönleri keşfedilene kadar ortaya çıkabilecek sorunlara çözüm bulmaya yardımcı olacaktır. Böylelikle kıyı kontrol merkezinde insansız gemiler konusunda teknik bilgiye sahip kişilerin yanı sıra deneyimli kaptan ve mürettebatın birlikte çalışması değerlendirelebilecek bir öneridir.

İşbirliği bir alternatif olsa bile, işe alınan kişilerin yetkin olup olmadığını sorunu halen devam edecektir. Mürettebatın denize elverişlilik şartını karşılayıp karşılamadığı, yine yukarıda bahsedilmiş olan *McFadden v Blue Star Line* davasında kullanılan genel teste bakılarak belirlenebilir. Soruyu biraz değiştirecek olursak "Dikkatli ve ihtiyatlı bir gemi sahibi, gemisinin denizcilik deneyimi olmayan bir operatörün veya insansız gemi sistemini nasıl kullanacağını bilmeyen bir denizcinin kontrolünde seyretmesine izin verir mi?" şeklinde olabilir. Gemi sahibi bu soruya evet cevabını verirse otonom gemi denize elverişli kabul edilecektir. Elbette bu sorunun cevabı otonom gemilerin yazılım, sistem, siber risk güvenliği ve diğer tüm özelliklerine bağlı olacaktır çünkü sistem geliştikçe otonom gemilere olan güven artacak ve gemide insana olan ihtiyaç azalacaktır. Bu nedenle denize elverişliliğin tek başına mürettebat baz alınarak belirlenmesi doğru olmayacaktır.

Görüldüğü üzere, mahkeme kararları ve uluslararası taşımacılık sözleşmeleri mürettebatın denize elverişlilik için yeterli ve kalifiye olmasını istemektedir. Ancak denize elverişliliğin amacı, geminin denizde güvenli bir şekilde seyahat etmesini sağlamaktır. Bu nedenle, standartlar belirlenmeli ve tüm taraflar için deniz ticaretinde güven tesis edilmeye çalışılmalıdır. Otonom gemiler, mürettebat bulunmamasına, ilgili düzenlemeler henüz yapılmamış ve ilk bakışta mevcut düzenlemelere uygun görünmüyor olmasına rağmen, güvenli bir yolculuk sağlayabiliyorsa denize elverişli kabul edilmelidir. Dolayısıyla, gemi yetersiz sayıdaki mürettabat nedeniyle denize elverişsiz olarak kabul edilmeyecek olup, denize elverişlilik kuralının amacı göz önünde bulundurulması gerekecektir.

Otonom gemilerde denize elverişlilik TTK açısından değerlendirilecek olunursa, mürettebatsız bir gemi yola elverişsiz olarak kabul edilecektir çünkü TTK madde 932/2'ye göre geminin yakıtsız yola çıkması ile yetersiz sayıda yolculuğa başlaması eş değer kabul edilir. Geminin ana mekanizmaları bakımından (tamamıyla anormal tehlikeler hariç) tehlikelere karşı koyabilecek konumda olması denize elverişlilik olarak değerlendirilirken, mürettebatının yeterli olması yola elverişlilik (roadworthiness) olarak değerlendirilmektedir. Fakat yine belitilmelidir ki TTK'da da gemi adamlarının geminin içerisinde bulunması gerektiği belirtilmemiştir. Ayrıca yine gemi adamlarının sayısı ve niteliği geminin türüne ve büyüklüğüne göre değişiklik göstereceği için insansız gemiler hiçbir mürettabata ihtiyaç duymayan gemiler olarak nitelendirilebilir. Taşıyan, insansız gemilerde TTK bakımından kıyı kontrol merkezinde yeterli ve yetkin operatör bulundurarak sorumluluktan kurtulabilir.

B. İNSANSIZ GEMİLERİN DONATIMI

Yer verildiği üzere, kıyı kontrol merkezi tarafından yönetilen insansız gemiler, sensörler aracılığıyla alınan bilgilerle hareket ettirilir. Bu bilgi ediniminde bir kopukluk veya başarısızlık olursa ne olur? Geminin zayıf bir bağlantı nedeniyle kaza geçirmesi, denize elverişsizlik olarak kabul edilebilir mi? Bu durum teçhizat eksikliğinden kaynaklanan bir gemi kazası ile aynı şekilde değerlendirilebilir. Tüm bu ekipman eksikliklerinden taşıtana karşı gemi sahibi sorumlu olacaktır. Ancak gemi sahibi, bunun bir altyapı sorunu olmadığını, geçici bir sorun olduğunu iddia edebilir. Bu sebeple gemi sahibi yolculuktan önce ve yolculuğun başlangıcında her şeyin doğru ve eksiksiz çalıştığını kontrol ettirmesi ve kayıt alması gerekmektedir. Aksi takdirde ispatlanması kolay olmayacaktır.

Üreticinin ve yazılım geliştiricinin sorumluluğu da göz önünde bulundurulmalıdır. Gemi sahibi, sorumluluğu paylaşmak için gemi inşa şirketi ve yazılımı geliştiren şirket ile bir sözleşme imzalayabilir. Bununla birlikte, daha önce belirtildiği gibi, gemi sahibi denetim görevini profosyonel üçüncü bir kişiye devretmesi halinde geminin denize elverişli olarak kabul edilmesi için yeterli olmayacaktır. Ancak

gemi sahipleri sistem ve yazılıma dayanan otonom gemilerdeki güncellemeleri ve yeni teknolojileri takip edemeyeceği için bu durumun değişmesi tartışılabilir. Burada üretici ve hizmet sağlayıcılardan garanti talep etmek taraflara daha fazla güven verebilir. Ancak sorumluluk devri ile geminin denize elverişli olacağını varsaymak, taşıtanın, üçüncü kişinin ne kadar yetkin olduğunu ve gerekli özeni gösterip göstermediğini kontrol etme şansı olmayacağı için temkinli davranmasına neden olacaktır.

İnsansız gemilerde, insan unsuru olmadığı için tüm gözler sistemlerdedir. Burada sistemden kasıt yazılımdır. Yazılım, kıyı ile gemi arasında veri aktarmada sorun yaşıyorsa ve bu durum baştan itibaren böyleyse, gemi denize elverişli olmayacaktır. Ayrıca, gemi sahibinin gerekli tüm ekipmanı hazır halde bulundurması yeterli olmayıp, sorunsuz bir şekilde çalıştıklarından emin olması gerekmektedir. *Portland Trader*[52] davasında yargıç, gemide ilgili radarın bulunması halinde kazanın önlenebileceğine kanaat getirdiği içim geminin sefere elverişsiz olduğuna karar vermiştir. İnsansız gemilerde bu durum değişmeyecek, çünkü insan yerine sisteme dayalı bir gemi olacak ve hakimler, gemi sahiplerini sistem veya yazılımla ilgili önlenebilir her durumdan sorumlu tutabilecektir.

Denize elverişliliğin mutlak bir mükemmellik olmadığı belirtilmişti. Ancak gemi, ilgili zamanın bilgi ve teknolojik standartlarına uymak zorundadır.[53] Bu, denize elverişliliğin zamana ve koşullara bağlı olarak değiştiği anlamına gelir. Örneğin daha önceki dönemlerde böyle bir beklenti olmamakla birlikte 2019 tarihli *Alize 1954* davasında gemi, hatalı sefer planı nedeniyle denize açılmaya elverişsiz sayılmıştır: Gemi yapımındaki bilgi ve teknolojinin gelişmesiyle denize elverişlilik standartları yükselebilir.[54] Otonom gemiler geleneksel gemilere göre daha üstün teknolojiyle donatılacağı için bu standartların yükseleceğini iddia etmek yanlış olmayacaktır. *Burges v Wickham*[55] davasında yargıç Blackburn, denize elverişlilik standartlarının bir adım daha ileri götürülebileceğini ve bunun gemi yapımı ve seyrüsefer bilgilerindeki artışla mümkün olacağını belirtmiştir. Ayrıca, bu davada, "denize elverişlilik standartlarının düzenli olarak son otuz yıldır yükseldiği" ifadesine yer verilmiştir. Bu bakımdan, insansız gemi sahipleri sürekli olarak teknolojiyi ve yeni gelişmeleri takip etmeli ve bunları bir an önce uygulamaya geçirmeye çalışmalıdır. Ayrıca otonom gemiler kendine

---

[52] President of India v West Coast Steamship Company (The Portland Trader) [1963] 2 Lloyd's Rep. 278

[53] *Alize 1954 v Allianz Elementar Versicherungs AGCMA CGM* Libra [2019] 1 Lloyd's Rep. 595

[54] Foxton David ve diğerleri, *"Scrutton on Charterparties and Bills of Lading"*, Sweet Maxwell & Thomson Reuters, Londra, 2020, s. 7-025.

[55] *Burges and Another v Wickham and Another* [1863] 2 WLUK 88

özgü yapısı nedeniyle denize elverişlilik standartlarını değiştirecek ve yeni kuralların oluşumunda öncü rol oynayacaktır.

Otonom gemilerin amaçlarından biri insan hatasından kaynaklanan kazaları azaltmaktır. Ancak otonom gemilerin sisteme olan bağımlılıkları nedeni ile hatalı veya eksik ürün nedeniyle kazalar meydana gelmeye devam edecektir. Kazalardan ise kimin sorumlu olacağı henüz belli değildir. Burada sürücüsüz otomobildeki gelişmeler takip edilebilir. ABD'de bir kişinin Uber'in sürücüsüz aracının çarpması sonucu ölümüne ilişkin devam eden bir tartışma bulunmaktadır. Ancak bu çalışmanın konusu sorumluluk olmadığı için, konunun denize elverişlilik açısından incelenmesi gerekecektir. Burada verilecek cevap, sistemin veya ürünün en baştan itibaren hatalı olup olmamasına göre değişiklik gösterecektir. Fakat, Rotterdam kuralları geçerliyse sistemin sadece baştan değil tüm yolculuk süresi boyunca yeterli ve çalışır vaziyette olması aranacaktır.

IV. SİBER RİSKLER

Bilişim teknolojisinin gelişmesiyle birlikte siber saldırılar günlük haberlerde daha sık duyulmaya başlanmıştır. Siber güvenlik uzmanı Naval Dome'a göre, Şubat 2020'den bu yana siber saldırılarda yüzde 400 artış olmuştur.[56] Siber riskler, teknolojinin bir dezavantajı olarak görülmektedir. Devletler bile zaman zaman sistemlerine yapılan siber saldırıları engelleyememektedir. Otonom gemiler tamamen yazılım ve bilgisayarlara bağlı olacağından, siber saldırıların geleneksel gemilere nazaran daha fazla yaşanacağını öngörülebilir. İnsansız gemilerin doğası gereği, internet üzerinden gelebilecek tüm saldırıların önlenmesi ve güvenli seferler için üst düzey siber güvenlik sistemleri elzemdir.[57] Ayrıca, siber saldırılar, lokasyondan bağımsız olarak bilgisayarın ve internetin olduğu herhangi bir yerden gerçekleştirilebilir. Ancak Clyde & Co tarafından yayınlanan raporda, ankete katılanların kişilerin yüzde 55'inin siber risklerin üstesinden gelinebileceğini düşündüğü belirtilmiştir.[58] Tamamen önlenmesi mümkün olmasa bile üzerine çalışılarak risk azaltılabilir.

Siber saldırılar, insanların bilgilerini ele geçirip, kullanmayı amaçlıyorsa, bunların denize elverişlilik değil, kişisel verilerin

---

[56] Ovcina Jasmina, "Naval Dome: 400% increase in attempted hacks since February 2020" (Offshore Energy, 5 Haziran 2020) (https://www.offshore-energy.biz/naval-dome-400-increase-in-attempted-hacks-since-february-2020/) "Erişim Tarihi 03.03.2021"

[57] Ghaderi Hadi, 'Autonomous technologies in short sea shipping: trends, feasibility and implications' Transport Reviews, S. 39(1). 2019

[58] Clyde & Co ve IMarEst, "The impact of technological change on the shipping industry" (Teknoloji ve Denizcilik Raporu, Kasım 2017).

korunması açısından değerlendirilmesi gerekir.[59]Ancak siber saldırı sonucunda geminin ele geçirilmesi, yolculuk süresinin uzaması, ürünlerin hasar görmesi veya kaybolması durumunda denize elverişlilik açısından değerlendirme yapılması gerekir. Gemi sahibi, siber saldırılara karşı korunmak için gerekli tüm önlemleri almalıdır. Ancak hızla değişen teknoloji nedeniyle en güncel yazılımı benimsemek mümkün olmayabilir.[60] Bununla birlikte, gemi sahibi bilmeme savunmasını yapamaz ve "*blind eye*" olarak tanımlanan görmezden gelerek hareket edemez. Bu nedenle gemi sahibinin denize elverişlilik konusunda herhangi bir şüphesi varsa ve bunu kontrol etmezse, yükümlülüğünü yerine getirmiş olmaz.[61]

Gemi sahibinin, LVK açısından gerekli özeni gösterdiğinin nasıl kanıtlanacağı açık değildir. Uzmanlar tarafından hazırlanan raporlar etkili olacaktır. Ayrıca, sistemde hata ve eksik olduğunda baz alınacak sözleşme kritik konumdadır. Örneğin, LVK'na göre geminin seferden önce ve başlangıcında denize elverişli olması yeterli olduğu için sefer sırasındaki eksiklik denize elverişliliği etkilemeyecektir. Ancak bu, Rotterdam Kuralları için geçerli olmayacaktır. Siber güvenlik, denize elverişliliğin yanı sıra sigorta primlerini ve navlun ücretlerini de etkileyecektir. Risk artarsa, prim daha yüksek olacaktır. Bu nedenle, otonom gemilerin denize elverişliliği konusundaki tartışmaların siber güvenliğe odaklanması ve hem deniz yoluyla mal taşımacılığı hem de sigorta hukuku için düzenlemeler yapılması gerekmektedir. Başarısız siber risk yönetimi sonucunda gemi denize elverişsiz olacağı için sigortacı zararı ödemekle yükümlü olmayacak ve taşıyıcı yük sahibine karşı sorumlu olacaktır.

SONUÇ

İnsansız gemilerin uzak ya da yakın gelecekte hayatımızın bir parçası olacağı aşikardır. İnsansız gemiler, deniz taşımacılığında insana olan bağımlılığı azaltmak ve sektörü hem ekonomik hem de çevresel açıdan ileriye taşımak için geliştirilmektedir. Belirtildiği gibi, geleneksel gemiler ile insansız gemiler arasındaki temel fark, gemide mürettebatın bulunmamasıdır. Öte yandan denize elverişlilik, yüzyıllardır deniz hukukunun temel konularından biri olmuştur. Bu nedenle insansız gemilerde denize elverişliliğin değerlendirilmesi önemlidir. Görüldüğü üzere mevcut denize elverişlilik kuralları doğrudan insansız gemilere uygulanamaz. Bu nedenle ilgili düzenlemelerin bir an önce yapılması

---

59 Kirchner Anders, Tez Adı: Rise of the Machines – A Legal analysis of Seaworthiness in the context of autonomous shipping, Lund University, 1 Eylül 2019.

60 Wang F, 'The warranty of seaworthiness and cyber risk of unmanned ships', Journal of Business Law, S. 4, 2020, s. 311-325.

61 *Compania Maritima San Basilio SA v Oceanus Mutual Underwriting Association (Bermuda) Ltd* [1976] 2 Lloyd's Rep. 171

gerekmektedir. Aksi takdirde, mürettebatsız gemilerin teknik özellikleri geliştirilirken, hukuki açıdan eksik kalacaktır. Üstelik bu düzenlemelere duyulan ihtiyaç sadece denize elverişlilik için geçerli değildir. İnsansız gemilerle ilgili kurallar, deniz hukukunun tüm yönleri ele alınarak ayrıntılı bir şekilde düzenlenmelidir.

Denize elverişlilik standartları zamanla değişmiştir. Denize elverişliliğin yine zamanın bilgi ve teknolojisine göre değişeceği açıktır. Geleneksel gemilerin denize elverişliliği yüzyıllardır tartışılmasına rağmen hukuki uyuşmazlıklar ortaya çıkmaya devam etmektedir. İnsansız gemilerle ilgili sorunlar, devam eden projeler geliştirildikçe gün yüzüne çıkacaktır. Bu nedenle, otonom gemilerin süreç içinde kendi denize elverişlilik standartlarını belirlemesi mümkündür. Yasal düzenlemeler yapıldıktan sonra kıyı kontrol merkezinde çalışanlar mürettebat olarak sayılma durumu söz konusudur. Yine de, operatörlerin yeterliliklerinin değerlendirilebileceği standartların ve eğitim prosedürlerinin tanımlanması gerekmektedir. Bu nedenle mahkemelerin, ister teamül hukuku, ister uluslararası taşımacılık sözleşmeleri açısından insansız gemilerin denize elverişliliğini değerlendirirken endüstri standartlarını göz önünde bulundurması gerekecektir. Gemi sahiplerinin mükemmel durumda bir gemi sağlamaları beklenemez. Aksi takdirde insansız gemi sahipleri, siber risklerle ilgili her zaman karşı karşıya kalabileceği için, savunmasız bir halde bulunacaklardır. Denize elverişliliğin birincil amacı, gemilerin denizde güvenli bir şekilde seyredebilmesini sağlamaktır. İnsansız gemilerde denize elverişlilik değerlendirirken bu amaç değişmeyecektir. Kanun koyucular ve denizcilik sektörü, otonom insansız gemilerin en az konvansiyonel gemiler kadar güvenli operasyon ve seyrüsefer kabiliyetine sahip olduğuna ikna olursa, mürettebat şartı ortadan kaldırılabilecektir. Son olarak belirtilmelidir ki denize elverişlilik, ortaya çıkardığı sonuçlar nedeniyle insansız gemiler açısından daha fazla incelenmeli ve mevcut yönetmelikler ve içtihatlarla karşılaştırılarak değerlendirilmelidir.

KAYNAKÇA

6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu

1968 tarihli "Konşimentoya Dair Bazı Kaidelerin Birleştirilmesi Hakkında 25.08.1924 tarihli Brüksel Sözleşmesi'nin Tadiline Dair Protokol" (Lahey / Visby Kuralları)

1978 Tarihli "Birleşmiş Milletler Denizde Eşya Taşıma Sözleşmesi" (Hamburg Kuralları)

'About MUNIN' (http://www.unmanned-ship.org/munin/about/) "Erişim Tarihi 03.03.2021"

Alize 1954 v Allianz Elementar Versicherungs AGCMA CGM Libra [2019] 1 Lloyd's Rep. 595

Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu 'Status' (https://uncitral.un.org/en/texts/transportgoods/conventions/hamburg_rules/status) "Erişim Tarihi 03.03.2021"

Burges and Another v Wickham and Another [1863] 2 WLUK 88

Chwedczuk Michal, 'Analysis of the Legal Status of Unmanned Commercial Vessels in US Admiralty and Maritime Law' Journal of Maritime Law & Commerce S. 4, 2016, s. 143

Clyde & Co ve IMarEst, "The impact of technological change on the shipping industry" (Teknoloji ve Denizcilik Raporu, Kasım 2017)

Compania Maritima San Basilio SA v Oceanus Mutual Underwriting Association (Bermuda) Ltd [1976] 2 Lloyd's Rep. 171

Crowley, Top Five Advantages of Ocean Freight Shipping (https://blog.crowley.com/advantages-of-ocean-shipping) "Erişim Tarihi 03.03.2021"

Daniels v Harris [1874] 11 WLUK 4

Delgado Rodrigez, "The Legal Challenges of Unmanned Ships in the Private Maritime Law: What Laws would you change?" M Musi (ed), Port, Maritime and Transport Law Between Legacies of the Past and Modernization, 2018 s 499. ss. 493-524

Demand Shipping Co Ltd v Ministry of Food, Bangladesh (The Lendoudis Evangelos II) [2001] 2 Lloyd's Rep. 304

Fathom World, "Rolls Royce Remains Bullish on Autonomous Ships Within Decade" 2017 (https://fathom.world/ten-years-until-autonomous-ships-says-rolls-royce-expert/) "Erişim Tarihi 03.03.2021"

F.C. Bradley & Sons Ltd v Federal Steam Navigation Co. [1926] 3 WLUK 125

Frith Jake, 'Human Errors Accounts For %75 of Marine Liability Losses' (https://www.maritimejournal.com/news101/insurance,-legal-and-finance/human-error-accounts-for-75-of-marine-liability-losses) "Erişim Tercihi 03.03.2021"

Foxton David ve diğerleri, "Scrutton on Charterparties and Bills of Lading", Sweet Maxwell & Thomson Reuters, Londra, 2020, s. 7-025.

Gafurov Salimzhan and Klochkov Evgeniy, "Autonomous Unmanned Underwater Vehicles Development Tendencies" ProcediaEngineering, S.106, 2015, s.106, ss. 141-148 (https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S187770581500942X) "Erişim Tarihi 03.03.2021"

Ghaderi Hadi, 'Autonomous technologies in short sea shipping: trends, feasibility and implications' Transport Reviews, S. 39(1). 2019

International Chamber of Shipping, "Shipping and World Trade Overview" (http://www.ics-shipping.org/shipping-facts/shipping-and-world-trade) "Erişim Tarihi 03.03.2021"

IMO,"Autonomous Shipping" (http://www.imo.org/en/MediaCentre/HotTopics/Pages/Autonomous-shipping.aspx) "Erişim Tarihi 03.03.2021"

Jiang Jason "Yara Birkeland tipped to launch late next year" (https://splash247.com/yara-birkeland-tipped-to-launch-late-next-year/) "Erişim Tarihi 03.03.2021"

Kampantais Nıkolaos, Tez Adı: Seaworthiness in autonomous unmanned cargo ships, Erasmus University Rotterdam, 2016

Kara Hacı, *Deniz Hukuku*, Oniki Levha, İstanbul, Ekim 2020.

Kassem Ahmad Hussam, The Legal Aspects of Seaworthiness: Current Law and Development (University of Wales Swansea 2007) s. 15

Kirchner Anders, Tez Adı: Rise of the Machines – A Legal analysis of Seaworthiness in the context of autonomous shipping, Lund University, 1 Eylül 2019

Marine insight, 'Rolls-Royce Opens Autonomous Ship R&D Centre in Finland' (https://www.marineinsight.com/shipping-news/rolls-royce-opens-autonomous-ship-rd-centre-finland/) "Erişim Tarihi 01.03.2021"

Maritime Unmanned Navigation Through Intelligence in Networks, "Welcome to the MUNIN Project" (http://www.unmanned-ship.org/munin/) "Erişim Tarihi 03.03.2021"

Maxine Footwear Co v Canadian Government Merchant Marine [1959] 3 W.L.R. 232

McFadden v. Blue Star Line, ve M.D.C., Ltd. v. N.V. Zeevaart Maatschappij, [1962] 1 Lloyd's Rep. 180

M.D.C., Ltd. v. N.V. Zeevaart Maatschappij, [1962] 1 Lloyd's Rep. 180

MT 'Cape Bonny' Tankschiffahrts GmbH & Co KG v Ping an Property and Casualty Insurance Co of China Ltd, Beijing Branch [2018] 1 C.L.C. 564

Nıkkei Asian Review, "Japan aims to launch self-piloting ships by 2025" (https://asia.nikkei.com/Tech-Science/Tech/Japan-aims-to-launch-self-piloting-ships-by-2025) "Erişim Tarihi 03.03.2021"

Notteboom Theo ve Cariou Pierre, 'Slow steaming in container liner shipping: is there any impact on fuel surcharge practices?' The International Journal of Logistics Management, S. 24, 2013. s. 73-86

Ortiz de Rozas J.M., tez adı: The production of unmanned vessels and its legal implications in the maritime industry Oslo Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Oslo, 2014

Ovcina Jasmina, "Naval Dome: 400% increase in attempted hacks since February 2020" (Offshore Energy, 5 Haziran 2020) (https://www.offshore-energy.biz/naval-dome-400-increase-in-attempted-hacks-since-february-2020/) "Erişim Tarihi 03.03.2021"

Owners of Cargo Lately Laden on Board the Makedonia v Owners of the Makedonia (The Makedonia) [1962] 1 Lloyd's Rep. 316

Papera Traders Co Ltd and Others v Hyundai Merchant Marine Co. Ltd. And Another (The Eurasian Dream) [2002] 1 Lloyd's Rep 719

President of India v West Coast Steamship Company (The Portland Trader) [1963] 2 Lloyd's Rep. 278

Riverside Meat Co Pty Ltd v Lancashire ShippingCo Ltd (The Muncaster Castle) [1961] 1 Lloyd's Rep 57

Rolls Royce , 'Rolls-Royce demonstrates world's first remotely operated commercial vessel' (https://www.rolls-royce.com/media/press-releases/2017/20-06-2017-rr-demonstrates-worlds-first-remotely-operated-commercial-vessel.aspx) "Erişim Tarihi 02.03.2021"

Rui Li, 'On the Legal Status of Unmanned Ships' China Oceans Law Review, S. 165, 2019

Sharma, A.v.raghav, Tez Adı: Maritime autonomous surface ships: caught between the devil's advocate and the deep blue sea, World Maritime University, 2019

Tamamen veya Kısmen Deniz Yoluyla Uluslararası Eşya Taşıma Sözleşmelerine İlişkin BM Andlaşması (Rotterdam Kuralları)

UNCTAD, Review of Maritime Transport 2020 s 1. (https://unctad.org/system/files/official-document/rmt2020_en.pdf) "Erişim Tarihi 03.03.2021"

Skredderberget A, "The first ever zero emission, autonomous ship" Mart 2018 (https://www.yara.com/knowledge-grows/game-changer-for-the-environment/) Erişim Tarihi 03.03.2021

Stilgoe Jack “Who Killed Elaine Herzberg” (onezero.medium.com/who-killed-elaine-herzberg-ea01fb14fc5e) “Erişim Tarihi 03.03.2021”

Şamlı Yetiş, Kubra, Lahey-Lahey/Visby, Hamburg Ve Rotterdam Kuralları’nda Sefere Elverişlilik, İÜHFM 2013, C. LXXI, S. 2, s. 479-496.

Yıldırım G, Anadolu Ajansı, Türkiye’nin ilk insansız deniz aracı tanıtıldı, Ekim 2020 (https://www.aa.com.tr/tr/turkiye/turkiyenin-ilk-silahli-insansiz-deniz-araci-tanitildi/2022082) “Erişim Tarihi 03.03.2021”

Wang Feng, 'The warranty of seaworthiness and cyber risk of unmanned ships', Journal of Business Law, S. 4, 2020, s. 311-325

YAPAY ZEKA ILE ILGILI GÜNCEL DÜZENLEMELER: AVRUPA BIRLIĞI VE AMERIKA BIRLEŞIK DEVLETLERINDE ALINAN AKSIYONLAR IŞIĞINDA BIR DEĞERLENDIRME

Current Developments on Artificial Intelligence: An Analysis In The Ligh Of Actions Taken in the European Union and the United States

Av. İlay YILMAZ*
Av. Can SÖZER**
Av. Ecem ELVER***

Özet: Yapay zeka 1950'li yıllardan bugüne kadar süregelen gelişmelerle birlikte dijital ekonominin en önemli unsurlarından biri haline gelmiştir. Birçok ülke, yapay zekanın verimlilik, ulusal güvenlik, toplumsal ve çevresel faydaları gibi kritik etkilerinin farkına varılmasıyla birlikte, yapay zeka alanında küresel bir inovasyon avantajı elde etmek için yarışmaya başlamıştır. Bununla birlikte, yapay zeka uygulamaları insan hakları, demokrasi ve hukukun üstünlüğü açısından endişelere yol açmaktadır. Bu endişeler, yapay zekanın etikliği tartışmasının ortaya çıkmasında etkili olmuştur. Söz konusu risklerin ele alındığı bir yasal düzenleme ihtiyacı, uluslararası rekabette aktif ülkelerin de gündeminde yer almaktadır. Ülkelerin yapay zekanın taşıdığı risklere karşı geliştirdiği ulusal stratejiler arasında önemli farklılıklar görülmektedir. Avrupa Birliği, oluşturulacak düzenlemelerin çerçevesinin belirlenmesinde referans teşkil eden yapay zekanın etik ilkeleri üzerinde önemli çalışmalar gerçekleştirmektedir. Amerika Birleşik Devletleri ise, yapay zekanın etik sorunlarını tanımakla birlikte,

Abstract: Artificial intelligence (AI) has become one of the most important elements of the digital economy with developments taken place since the 1950s. Many nations became aware of the critical impact of AI such as effectiveness, national security, societal and environmental well-being, leading to a race to achieve a global innovation advantage in AI. Nevertheless, AI systems raise serious concerns in terms of human rights, democracy, and the rule of law. These concerns lead to the debate on the ethics of artificial intelligence. The need for a legal regulation addressing these risks related to AI is also on the agenda of countries that are active players in international competition. There are significant differences between the national strategies adopted by countries against the risks related to AI. The European Union carries out important studies on the ethical principles of artificial intelligence, which constitute reference points in determining the future regulatory framework. The United States, on the other hand, recognizes the ethical issues of artificial intelligence and takes a precautionary

* İstanbul Barosu, ilay.yilmaz@esin.av.tr, ORCİD: 0000-0001-9800-201X
** İstanbul Barosu, can.sozer@esin.av.tr, ORCİD: 0000-0003-1191-3043
*** İstanbul Barosu,ecemelver@esin.av.tr, ORCİD: 0000-0002-8185-7086
Makale Geliş Tarihi: 05.03.2021, Makale Kabul Tarihi: 12.04.2021

oluşturulacak yasal düzenlemelerin, teknolojik gelişmelerin önünde bir engel olabileceği düşüncesiyle, yasal düzenlemelerin sıkılığına karşı ihtiyatlı bir yaklaşım ortaya koymaktadır. Yapay zekaya ilişkin düzenlemelerin riskleri kontrol altına almak ve teknolojik gelişmeleri teşvik etmek arasında nihai dengeyi sağlaması gerekmektedir. Bu anlamda yapay zeka için yeni düzenleyici çerçevenin teknolojik gelişmeyi engellemeyecek nitelikte aşırı derecede kuralcı olmaması ve aynı zamanda riskleri kontrol etmede etkili olması gerekmektedir. Düzenlemelerin bu eksende oluşturulmasında esas alınacak ilkelerin belirlenmesi önem teşkil etmektedir.
Anahtar Kelimeler: Yapay Zeka, Bilişim Hukuku, Avrupa Birliği, Avrupa Komisyonu, Etik

approach to legal regulations for AI with the assumption that heavy legal conditions might militate against technological progress. Achieving a balance between risk control and encouraging technological developments is necessary for creating a legal framework of AI. The new regulatory framework for AI should be effective to control the risks while not being excessively prescriptive so that it would not hinder the technological development. In this regard, it is important to establish the principles that will be taken as basis in forming the regulations.
Keywords: Artificial Intelligence, Information Technology Law, European Union, European Commission, Ethics

GİRİŞ

Yapay zeka, bilgisayar bilim dalı altında yer alan ve makinelerin insanın bilişsel yetenekleri taklit etme yeteneğini inceleyen bir disiplindir. Karmaşık ve belirsiz yapısıyla bugün bilgisayar biliminin en zorlu konularından biri haline gelmiştir. Makinenin gerçekten düşünebilme kabiliyetine sahip olup olmadığı sorusu ilk defa 1950 yılında Alan Turning tarafından kaleme alınan bir makalede tartışılmıştır.[1] Yapay zeka kavramı ise ilk olarak John McCarthy tarafından 1956 yılında düzenlenen bir akademik konferansta ortaya atılmıştır.[2] Yapay zekanın bugün 70'li yaşlarında dünyanın en genç teknolojilerinden biri olduğu söylenebilecektir. Yapay zekanın çok sayıda türü olmakla birlikte, tepki veren yapay zeka, sınırlı hafıza kapasitesine sahip yapay zeka, yapay zeka zihin teorisi ve farkındalığı olan yapay zeka olarak dört farklı genişletilmiş kategori altında değerlendirilmektedir.[3] Bunlar, mevcut çalışmalar sonucunda kabul edilen temel kategorileri ifade etmektedir. Öte yandan, yapay zeka çalışmaları bugün aktif şekilde devam etmektedir ve yeni kategorilerin ortaya çıkması muhtemeldir.

Yapay zekanın verimlilik, güvenlik, refahın artırılması ve diğer ekonomik ve sosyal hedeflerin gerçekleştirilmesi için vaat ettiği potansiyel bugün dijital ekonominin en önemli unsurlarından biri haline gelmiştir. 2021 yılı itibariyle yapay zeka; üretim, sağlık, taşımacılık, finans, hukuk, reklam, eğitim ve daha pek çok sektörde etkisini göstermeye başlamıştır. 1995 yılından bu yana yapay zekanın potansiyeline ilişkin gerçekçilikten uzak pek çok öngörülerde bulunulmuştur. Bugün gelinen noktada bu öngörülerin bir kısmının gerçekleştiği görülmektedir. Gelişen algoritmalar ve büyük veri analizleri aracılığıyla işlenen verilerin artan hacmi ve çeşitliliğinin yapay zekanın gelişimindeki temel iki bileşen olduğu söylenebilecektir. Yapay zeka artan kullanım alanlarıyla günlük hayatın bir parçası haline gelmeye başlamıştır.

Ticaret ve kamu faaliyetlerinde giderek artan şekilde yapay zekaya dayalı değerlendirme ve karar mekanizmalarından yararlanılmaktadır. Yapay zekanın araç olarak kullanıldığı alanlardan birisi de hukuktur. Amerika Birleşik Devletleri'nde, avukatlar tarafından gerçekleştirilen görevlerde kullanılmak üzere çok sayıda yazılım geliştirmiştir. Bu

---

1 Turing, Alan., "Computing Machinery and Intelligence", Mind, C. LIX, S.236, 1950, ss. 433-460

2 Moor, James, "The Dartmouth College Artificial Intelligence Conference: The Next Fifty Years", AI Magazine, C.27, S.87, 2006, ss.87-91

3 Bak, Başak, "Medeni Hukuk Açısından Yapay Zekânın Hukuki Statüsü ve Yapay Zekâ Kullanımından Doğan Hukuki Sorumluluk", TAAD, Y.9, S.35, ss.211-232 (https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/980798 Çevrimiçi, e.t. 16.04.2021)

yazılımlara örnek olarak, yapay zeka donanımlarıyla geliştirilmiş olan sanal avukat yazılımı *ROSS Intelligence*,[4] girilen verilerin analizini gerçekleştiren bir hukuk analitiği platformu olan *Lex-Machina*,[5] sözleşme analizleri gerçekleştiren *KIRA Systems*[6] ve yine benzer şekilde sözleşmeleri analiz ederek hukuki sorunları tespit eden *LawGeex*[7] yazılımları örnek verilebilecektir.

Yapay zekanın bu denli gelişimi hiç kuşkusuz dijital ekonomide yeni dengeler oluşmasına yol açabilecektir. Çok sayıda ülke yapay zeka alanında küresel rekabette yapay zeka gücünden kaynaklanan bu inovasyon avantajını elde etmek için yarışmaya başlamıştır. Yapay zeka ülkelerin rekabet gücünü artırabilecek farklı verimlilik, üretkenlik, ulusal güvelik mekanizmaları sunmaktadır. Bu anlamda, yapay zekanın ekonomik kalkınma için önemli bir itici güç teşkil etmesi beklenmektedir. Uluslararası ticarette önemli aktörler olan Amerika Birleşik Devletleri, Çin ve Avrupa Birliği arasında bir küresel yapay zeka rekabeti söz konusudur. Güncel verilere[8] bakıldığında Amerika Birleşik Devletleri lider konumunu sürdürmektedir ancak Çin hızla bu açığı kapatarak 2030 yılına kadar liderliği hedeflemektedir. Avrupa Birliği'nin bu rekabette yapay zeka çalışmaları kapsamında bu iki devletten önemli derecede geri kaldığı görülmektedir. Yapay zeka alanında devletler arasındaki bu rekabet, ulusal yapay zeka stratejileri kapsamında teknolojinin daha aktif kullanımını, geliştirilmesini ve gerektiğinde kontrolünü sağlayabilecek hazırlık çalışmalarına da yansımaktadır.

Yapay zeka, tüm bu pozitif dönüştürücü etkisinin yanı sıra, kontrolsüz uygulamaları sonucunda ortaya çıkması muhtemel risklere karşı ciddi endişelere yol açmıştır. Yapay zekanın beraberinde getirdiği riskler arasında insan hakları, demokrasi ve hukukun üstünlüğüne müdahale gibi önemli toplum yapı taşları bulunmaktadır.[9] Söz konusu endişeler aynı zamanda toplumların yapay zeka uygulamalarına karşı ihtiyatlı bir yaklaşım sergilemesine sebep olabilecek niteliktedir. Zira yapay zekanın uygulama alanının yaygınlaşmasıyla, bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin korunma alanını tehdit eden yeni kavramlar ortaya çıkmaktadır. Bu tehdit yapay zekanın etikliği tartışmalarının doğmasına sebep olmuştur. Ayrıca, özerk karar alabilme yeteneği sergileyebilen bu

---

4 Bakınız, Ross Intelligence (https://www.rossintelligence.com/about-us Çevrimiçi, e.t. 16.04.2021)

5 Bakınız, Lex Machina (https://lexmachina.com/ Çevrimiçi, e.t. 16.04.2021)

6 Bakınız, Kira Systems (https://kirasystems.com/ Çevrimiçi, e.t. 16.04.2021)

7 Bakınız, Law Geex (https://www.lawgeex.com/ Çevrimiçi, e.t. 16.04.2021)

8 Castro, Daniel/ McLaughlin, Michael, "Who Is Winning the AI Race: China, the EU, or the United States? — 2021 Update", ITIF, 2021 (https://itif.org/publications/2021/01/25/who-winning-ai-race-china-eu-or-united-states-2021-update Çevrimiçi, e.t. 16.04.2021)

9 *Feasibility Study*, Ad Hoc Committee on Artificial Intelligence (CAHAI), by., 2020

teknolojinin hukuki statüsü ve buna bağlı olarak yapay zeka kaynaklı zararlardan doğan sorumluluk gibi pek çok hukuki sorun gündeme gelmektedir. Tüm bu tartışmalar ve çözüm beklentileri, yapay zekanın belirli bir hukuki düzenleme ile çerçeve içine alınması gerekliliğini gündeme getirmektedir.

Tüm bu riskler ve hukuki sorunlar, yapay zekanın getirdiği inovasyon avantajından yararlanmak isteyen ülkelerin de temel odağı haline gelmiştir. Çok sayıda ülke, yapay zekanın beraberinde getirdiği risklerin kontrol altına alınması ve daha sorumlu bir dönüşüm için ulusal stratejiler belirleme yoluna gitmiştir. Yapay zeka düzenlemelerine karşı benimsenen ulusal yaklaşımlar önemli farklılıklar göstermektedir. Çalışmamızın ilk bölümünde yapay zekanın etikliği meselesi ve düzenleme ihtiyacı üzerinde durulacaktır. Akabinde, Avrupa Birliği, Amerika Birleşik Devletleri ve Türkiye'de yapay zekaya ilişkin alınan aksiyonlar incelenecektir.

I.YAPAY ZEKA VE ETİK SORUNLAR

Yapay zekanın gelişimi beraberinde pek çok hukuki sorunu getirse de, yapay zeka hukuki boyutunun yanında etik problemler bağlamında tartışmalara konu olmaktadır. Bir yandan yapay zekanın pozitif dönüştürücü etkisi yaygın şekilde kabul görürken, diğer yandan doğabilecek etik problemlere ilişkin endişeler artmaktadır. Yapay zekanın özerk eylem kapasitesi ve kullanım esnekliği sebebiyle toplumların dönüşümünde diğer herhangi bir teknolojiye kıyasla çok daha hızlı ve geniş kapsamlı bir potansiyeli bulunmaktadır.[10] Dolayısıyla, yapay zekanın toplumlar, ticari yapılar ve devletler için heyecan verici potansiyeli kuşkusuzdur. Ancak bu dönüşüm, teknolojinin nasıl tasarlandığı geliştirildiği ve uygulandığına bağlı olarak insan hakları, demokrasi ve hukukun üstünlüğüne müdahale gibi etik sorunları beraberinde getirmektedir. Söz konusu etik sorunlar; önyargılar ve ayrımcılık, veri gizliliği ve gizliliğin ihlali, şeffaflık ve hesap verilebilirlik sorunları şeklinde üç temel kategoride ele alınabilecektir.

A.ÖNYARGILAR VE AYRIMCILIK

Öncelikli olarak önyargılar ve ayrımcılık sorunu incelenmelidir. Yapay zeka donanımlı veri analizlerinin insan unsurunun doğasında bulunan önyargılarla mücadele için kullanılması mümkündür. Öte yandan, yapay zeka, önyargılara dayanan veriler üzerinde eğitildiği takdirde geliştiricilerinin önyargılarını taşıma riskini ortaya çıkarmaktadır. Algoritmaların en temel etik sorunu yaratıcısının önyargılarını güçlendirilmiş şekilde taşıma potansiyelidir. Yapay zeka, algoritmalardan kaynaklı mevcut risklere ek olarak büyük veri

[10] Ad Hoc Committee on Artificial Intelligence (CAHAI), by., 2020

analizleriyle birlikte çok daha hacimli ve çeşitli verileri işleyerek bu verilerden öğrenme kabiliyetine sahiptir. Bu şekilde, bireylere karşı önyargılara dayanan farklı uygulamalara yol açabilecektir. Yapay zeka algoritmalarına dayanan otomatik kararların, özellikle ırk, cinsiyet veya sosyal statü gibi hassas verilerin kullanılması suretiyle gerçekleşmesi halinde, bireylerin barınma, istihdam veya diğer temel hizmetler için uygunluğunun değerlendirilmesinde önyargıların etkili olabileceğine ilişkin endişeler artmaktadır.[11] Söz konusu durumun çarpıcı bir örneği, Amerika Birleşik Devletleri'nde ceza davalarında sanıkların gelecekteki davranışlarını tahmin etmek, diğer bir deyişle gelecekte tekrar suç işleme ihtimalini değerlendirmek için kullanılan *COMPAS* yazılımıdır.[12] Yazılımın Afro-Amerikan sanıklara karşı ayrımcılık yaptığı görülmüştür.[13] Bugün otomatik algoritmalara dayanan uygulamaların hızla arttığı düşünüldüğünde, algoritmik ayrımcılık toplumlar için önemli bir insan hakları riski teşkil etmektedir.

B. VERİ GİZLİLİĞİ VE GİZLİLİK İHLALLERİ

Bu kapsamda ele alınması gereken bir başka konu ise veri gizliliği ve gizlilik ihlalleridir. Zira teknolojinin gelişmesiyle birlikte bilgiye erişim arttıkça, mahremiyet ve veri gizliliğine ilişkin sorunları beraberinde getirmektedir. Kişilerin internet üzerindeki hareketleri detaylı bir şekilde izlenirken, günümüzde kamusal alanlardaki kameralar ve cep telefonlarının yaydığı sinyaller üzerinden kişilerin yedi gün yirmi dört saat izlenmesi mümkündür. Bu anlamda yapay zeka gizlilik ve verilerin korunması anlamında ciddi riskler barındırmaktadır. Bu riskler, aydınlatılmış rıza, izlenme (*surveillance*) ile kişisel verilere erişim hakkı, verilerin işlenmesini önleme hakkı, otomatik işlemeye dayalı bir karara tabi olmama hakkı gibi kişisel verilerin korunması kapsamında kişilere sağlanan haklar açısından ortaya çıkmaktadır.[14] Tüm bunların ötesinde, yapay zeka uygulamaları, bireylere, kişisel verilerini nasıl kullandığı hakkında çok sınırlı bir kontrol ve gözetim imkanı

---

[11] *Unfairness by Algorithm Distilling the Harms of Automated Decision Making*, Future of Privacy Forum, by., 2017, (https://fpf.org/blog/unfairness-by-algorithm-distilling-the-harms-of-automated-decision-making/ Çevrimiçi, e.t. 16.04.2021)

[12] Hacker, Philip, "Teaching Fairness to Artificial Intelligence: Existing and Novel Strategies against Algorithmic Discrimination under EU Law", *55* Common Market Law Review, 2018, s.3, ss.1143-1186 (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3164973 Çevrimiçi, e.t. 16.04.2021)

[13] Hacker, 2018, ss.1143-1186

[14] Rodrigues, Rowena, "Legal and human rights issues of AI: Gaps, challenges and vulnerabilities", Journal of Responsible Technology, C.4, 2020 (https://doi.org/10.1016/j.jrt.2020.100005 Çevrimiçi, e.t. 16.04.2021)

tanımaktadır.[15] Kişisel verilere ilişkin söz konusu olabilecek bir başka risk ise yapay zekanın bir türü olan makine öğrenme ile anonimleştirilmiş verilerin veya dağınık verilerin yeniden tanımlanmak amacıyla kullanılmasıdır.[16] Yapay zeka sistemleri kullanılarak toplanan, işlenen ve muhafaza edilen verilerin bireylerin ifade özgürlüğü, mahremiyeti ve siyasi haklarının doğrudan etkilenmesine yol açabilecek şekilde kullanılması ve kişilerin manipüle edilmesi gibi risklerin de bu kapsamda göz önünde bulundurulması gerekmektedir. 2016 yılında Amerika Birleşik Devletleri'nde yapılan başkanlık seçiminde, veri bilişim şirketi *Cambridge Analytica* bir sosyal medya platformu üzerinden elli milyondan fazla kullanıcının verisine ulaşmış, kişileri psikolojik profilleme yöntemiyle gruplara ayırmış ve bu kişilerin oy kullanma kararlarını manipüle edecek şekilde hedefe yönelik tanıtımlar (*targeted advertising*) yapmıştır.[17]

C.ŞEFFAFLIK VE HESAP VERİLEBİLİRLİK

Yapay zekanın beraberinde getirdiği bir başka etik tartışma ise şeffaflık ve hesap verilebilirlik sorunlarıdır. Yapay zeka, kişilerin hayatı ile ilgili önemli kararların alınmasında sıkça kullanılmakla birlikte, doğası gereği şeffaflıktan uzaktır. Zira yapay zeka sisteminin karmaşıklığı ve belirsizliği, işleyişinin ve gerçekleştirilen işlemin sonucunun anlaşılmasını zorlaştırmaktadır. Bireysel açıdan değerlendirildiğinde, hayatlarını ilgilendiren kararların yapay zeka tarafından veriliyor olması, özellikle yapay zekanın neden bu yönde bir karar verdiği anlaşılamıyorsa ve hatta anlaşılması imkansızsa, kişinin haysiyetini ve bireyselliğini zedeleyebilecektir.[18] Dolayısıyla yapay zekanın şeffaf, öngörülebilir ve doğru bir şekilde çalışması beklenmektedir. Bununla birlikte, yapay zeka uygulamalarının karar verme süreçlerinde şeffaflığın sağlanamaması, alınan kararın bir önyargıya dayalı olup olmadığının veya herhangi bir hukuksuzluk içerip içermediğinin tespit edilememesine yol açabilecektir. Bu durum aynı

---

15 Wachter, Sandra/ Mittelstadt, Brent, "A Right to Reasonable Inferences: Re-Thinking Data Protection Law in the Age of Big Data and AI", Columbia Business Law Review, 2018, s.2 (https://ssrn.com/abstract=3248829 Çevrimiçi, e.t. 16.04.2021)

16 Brogan, Caroline, "Anonymising personal data 'not enough to protect privacy', shows new study", Imperial Collage London, 2019 (https://www.imperial.ac.uk/news/192112/anonymising-personal-data-enough-protect-privacy/ Çevrimiçi, e.t. 16.04.2021)

17 *The Ethics of Artificial Intelligence: Issues and Initiatives*, European Parliamentary Research Service, by., 2020 (https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/634452/EPRS_STU(2020)634452_EN.pdf Çevrimiçi, e.t. 16.04.2021)

18 Gordon, John-Stewart/ Nyholm, Sven, "Ethics of Artificial Intelligence", The Internet Encyclopedia of Philosophy, ty. (https://iep.utm.edu/ethic-ai/#SH2d Çevrimiçi, e.t. 16.04.2021)

zamanda bireylerin haklarında alınan otomatik kararlara karşı itiraz edebilmesine ve denetim mekanizmaların işletilebilmesine engel teşkil etmektedir.[19] Örneğin karar alma süreçlerinde kullanılmak üzere üretilen bir yazılım teknik açıdan doğru çalışıyor ve herhangi bir hukuki ihlale sebebiyet vermiyor olabilir. Ancak bu durum yazılımın, örneğin ayrımcılık sorununa sebep olmayacağı anlamına gelmemektedir.[20]

Yukarıda açıklandığı üzere, yapay zekanın çok sayıda alanda dönüştürücü etkisinin olması beklenmektedir. Söz konusu dönüşümün önemli pozitif etkileri olabileceği gibi ciddi etik sorunları da beraberinde getirmektedir. Bu doğrultuda söz konusu risklerin kontrol altına alınarak, temel hakların korunmasını sağlayacak sorumlu bir dönüşüm önceliklendirilmelidir. Ancak yapay zeka henüz gelişim aşamasındadır ve gerçek potansiyeline ulaşmamıştır. Gelişen teknolojilerin erken aşamalarında sistematik ve kapsayıcı düzenlemelere tabi tutulmasının gelişimin engellemesi sonucunu doğurabileceği bilinmektedir. Bu doğrultuda genel bir eğilim olarak sistematik regülasyonlardan ziyade, ulusal stratejiler oluşturarak ortaya çıkabilecek etik sorunların üstesinden gelinmesi hedeflenmektedir. Hızlı gelişen teknolojiler karşısında etik prensiplerin belirlenmesi önemli olmakla birlikte, ülkelerin etik konusuna yaklaşımı farklılık göstermektedir. Almanya, İngiltere, Hindistan, Singapur ve Meksika gibi ülkeler yapay zeka etik komisyonları oluşturmaya başlamıştır. Birleşik Arap Emirlikleri ulusal stratejilerinde etik konusunu ön plana çıkarmıştır. Bununla birlikte Japonya, Güney Kore ve Tayvan gibi ülkelerin henüz etik konusunu ele almadığı görülmektedir.[21]

II.AVRUPA BİRLİĞİ'NDE GÜNCEL GELİŞMELER

Avrupa Komisyonu (*Komisyon*) yapay zeka konusuna hassasiyetle yaklaşmakta ve bu konuda çok sayıda çalışma gerçekleştirmektedir. Komisyon tarafından esas alınan temel politika yapay zeka gelişmeleri için gerekli destekleyici atmosferin sağlanarak teknolojinin Avrupa tek pazarında aktif kullanıma sunulmasıdır. Öte yandan Komisyon, yapay zeka teknolojisiyle birlikte ortaya çıkabilecek tehlikeleri ve riskleri hassasiyetle ele almaktadır. Bu anlamda, yapay zekanın etik unsurlarının belirlenmesi amacıyla yol gösterici nitelikte çalışmalar gerçekleştirilmiştir. Komisyon tarafından yapay zekaya ilişkin ilk strateji

---

19 Ad Hoc Committee on Artificial Intelligence (CAHAI), by., 2020

20 Desai, Deven R./ Kroll, Joshua A., "Trust But Verify: A Guide to Algorithms and the Law", Harvard Journal of Law & Technology, 2017, s.8, (https://ssrn.com/abstract=2959472 Çevrimiçi, e.t. 16.04.2021)

21 *The Ethics Of Artificial Intelligence: Issues And Initiatives*, European Parliamentary Research Service, 2020, (https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/634452/EPRS_STU(2020)634452_EN.pdf Çevrimiçi, e.t. 16.04.2021)

belgesi 2018 yılı Nisan ayında yayınlanmıştır. [22] Bu çalışmayı takiben Avrupa Yapay Zeka İttifakı (*The European AI Alliance*) oluşturulmuştur.[23] Avrupa Yapay Zeka İttifakı, şirketler, tüketici kuruluşları, sektör temsilcileri gibi farklı paydaşları bir araya getirerek yapay zeka stratejilerinin tartışılmasını ve geleceğe yönelik tavsiyelerin değerlendirilmesini amaçlayan bir forumdur.

2019 yılı Nisan ayında, Güvenilir Yapay Zeka için Etik İlkeler Kılavuzu (*Ethics Guidelines for Trustworthy AI*) yayınlanmıştır[24]. Komisyon, bu çalışmayla birlikte yapay zeka sistemlerinin karşılaması gereken yedi temel ilkeyi ortaya koymuştur. Söz konusu temel ilkeler; (1) insan unsuru ve denetim, (2) teknik sağlamlık ve güvenlik, (3) gizlilik ve verilerin korunması, (4) şeffaflık, (5) çeşitlilik, ayrımcılık yapılmaması ve adalet, (6) toplumsal ve çevresel fayda, (7) hesap verebilirliktir. Komisyon'un ortaya koyduğu bu temel ilkeler, yukarıda açıklanan yapay zeka ve etik sorunlarını kapsamlı şekilde tanımlamaktadır. Bunun yanında Komisyon, 2020 yılı Şubat ayında yapay zekaya ilişkin güvenlik ve sorumluluk esasları hakkında bir rapor yayımlamıştır (*Report on the Safety and Liability Implications of Artificial Intelligence, the Internet of Things and Robotics*).[25] Rapor, Avrupa Birliği'nde yapay zekanın önemi ve potansiyelinin altı çizmekle beraber olası güvenlik sorunlarını ve sorumluluk esaslarını ele alan öngörülebilir bir çerçeve düzenlemenin gerekliliğini ortaya koymuştur. Son olarak, Komisyon, tanımlanan etik sorunların nasıl ele alınacağına ilişkin detaylı yönlendirmeler içeren Yapay Zeka Üzerine - Mükemmellik ve Güvene Dayalı Avrupa Yaklaşımı başlıklı Komisyon Raporu'nu (*White Paper on Artificial Intelligence - a European Approach to Excellence and Trust*) 2020 yılı Şubat ayında kamu görüşüne sunmuştur.[26] Yapay Zeka Üzerine - Mükemmellik ve Güvene Dayalı Avrupa Yaklaşımı başlıklı Komisyon Raporu (*Rapor*), çalışmamızın bu bölümünde detaylı şekilde ele alınacaktır.

---

22 *Artificial Intelligence for Europe*, European Comission, by., 2018 (https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2018/EN/COM-2018-237-F1-EN-MAIN-PART-1.PDF Çevrimiçi, e.t. 16.04.2021)

23 Bakınız, The European AI Alliance (https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/european-ai-alliance Çevrimiçi, e.t. 16.04.2021)

24 *Ethics Guidelines for Trustworthy AI*, European Comission, by., 2019 (https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/ethics-guidelines-trustworthy-ai Çevrimiçi, e.t. 16.04.2021)

25 *Report on the safety and liability implications of Artificial Intelligence, the Internet of Things and robotics,* European Comission, by., 2020 (https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/report-safety-liability-artificial-intelligence-feb2020_en_1.pdf Çevrimiçi, e.t. 16.04.2021)

26 *White Paper on Artificial Intelligence: Public consultation towards a European approach for excellence and trust*, European Comission, by., 2020 (https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/white-paper-artificial-intelligence-public-consultation-towards-european-approach-excellence Çevrimiçi, e.t. 16.04.2021)

A.YAPAY ZEKA ÜZERİNE - MÜKEMMELLİK VE GÜVENE DAYALI AVRUPA YAKLAŞIMI

Rapor, yapay zekanın geliştirilmesine katkı sağlayabilecek yaklaşımları tanımlamakla birlikte, yapay zeka ilişkili riskleri ele alarak izlenmesi gereken düzenleyici politikaları ortaya koymaktadır. Rapor'da dikkat çeken ilk husus dijital teknolojilerin güvenilebilir olması gerekliliğinin ön koşul olarak belirlenmesidir. Komisyon, Avrupa Birliği'nin veri ekonomisinde küresel anlamda güvenli ve dinamik ortamı sağlayan bir inovasyon lideri olma yolunda kararlılığını da açık şekilde ifade etmektedir. Bu durum, gelişen teknolojilere ilişkin belirlenen dengeli politikaların ülkeler için önemli bir rekabet avantajı kazanımı anlamına geldiğini teyit etmektedir. Yapay zeka açısından ülkeler arasındaki rekabetin çekiciliğini artırdığı kuşkusuzdur. Uluslararası Veri Kurumu (*International Data Corporation*) tarafından yapılan araştırmaya göre, dünya genelinde yapay zeka endüstrisinin 2024 yılında üç yüz trilyon Amerikan Doları geçmesi beklenmektedir.[27] Dengeli bir düzenleyici politikanın, belirsizlikleri giderirken teknolojik gelişmelerin duraksamasına yol açmaması gerektiği görüşü ışığında Komisyon, *mükemmel ekosistem* ve *güvenilebilir ekosistem* şeklinde ikili bir ayrımı esas almaktadır.

Rapor'un *Mükemmel Ekosistem* başlıklı bölümlünde Avrupa Birliği genelinde yapay zekanın gelişimini destekleyebilecek mükemmel ekosistemin sunulması için esas alınması gereken stratejileri belirlemektedir. Bu kapsamda, tüm üye devletler ile birlikte ortak yaklaşımların esas alınmasının önemi vurgulanmaktadır. Bunun yanı sıra, teknolojinin gelişimi ve teknolojik yatırımların Avrupa Birliği'ne çekilebilmesi için geliştirilmesi gereken eğitim alanları, yatırım planları, kamu-özel ortaklıkları ve sektör bazlı iletişimin önemi üzerinde durulmaktadır.

Rapor'un *Güvenilebilir Ekosistem - Yapay Zeka İçin Düzenleyici Çerçeve* başlıklı bölümünde yapay zekaya ilişkin sorunları ve riskleri ele alarak düzenleyici çerçevenin çizilmesi hedeflenmektedir. Düzenleyici çerçevenin nasıl ele alınması gerektiği geçmişte tartışmalara konu olmuştur. Geçmişte eski teknolojilerle ilgili çalışmalar, mevcut yasal düzenlemeler kapsamında teknolojiler etrafında ortaya çıkan sorunları çözmek yerine, teknolojiye odaklanmanın getireceği problemleri ele almıştır.[28] Rapor ise günümüzde sorun ve riskleri ele alan düzenleyici

---

[27] "The race to the top among the world's leaders in artificial intelligence", Nature, 2020 (https://www.nature.com/articles/d41586-020-03409-8 Çevrimiçi, e.t. 16.04.2021)

[28] C Buiten, Miriam, "Towards Intelligent Regulation of Artificial Intelligence", European Journal of Risk Regulation, C.10, S.1, 2019 , ss. 41 - 59 (https://www.cambridge.org/core/journals/european-journal-of-risk-regulation/article/towards-intelligent-regulation-of-artificial-intelligence/AF1AD1940B70DB88D2B24202EE933F1B#article Çevrimiçi, e.t. 16.04.2021)

çerçevenin gerekliliğini savunmaktadır. Rapor'a göre, düzenleyici çerçeve tüketiciler ve işletmeler arasında yapay zeka konusunda güven oluşturarak teknolojinin hayata dahil edilmesi süreçlerini hızlandıracaktır. Öte yandan, oluşturulan çerçevenin mevcut düzenlemelerle uyum içerisinde olmasının önemi vurgulanmaktadır. Yapay zeka uygulamaları; verilerin korunması, tüketici korunması, ürün güvenliği gibi mevcut düzenlemelere tabii olmakla birlikte bu düzenlemelerin yapay zekanın beraberinde getirdiği özgün sorunlarda yetersiz kaldığı değerlendirilmektedir. Komisyon, oluşturulacak düzenleyici çerçevenin devamlı olarak gelişmekte olan teknolojinin gelişimi için alan bırakabilecek şekilde oluşturulmasının önemini vurgulamaktadır. Avrupa Birliği özelinde dikkate alınması gereken bir başka konu ise Avrupa tek marketinde farklılaşmaya yol açmayacak şekilde genel bir yaklaşımın benimsenmesi ihtiyacıdır. Zira mevcut durumda üye devletler arasında farklılaşan uygulamalar görülmeye başlanmıştır. Örneğin, Almanya beş aşamalı risk temelli bir yaklaşım belirlemiştir. Bu doğrultuda en yüksek risk teşkil eden alanlarda yapay zeka sistemlerinin kullanılması tümüyle yasaklanmıştır. Tüm bunlar göz önüne alındığında, Rapor, Avrupa tek pazarında gerçekleşebilecek kırılmaların önlenmesi adına Avrupa Birliği genelinde uygulanabilecek yaklaşımların belirlenmesi gerektiğini belirtmektedir.

1.Sorunların Tanımlanması

Komisyon bu doğrultuda öncelikli olarak yapay zekaya ilişkin sorunları tespit etmektedir. Tespit edilen sorunlar, kişisel veriler ve gizliliğin korunması ve ayrımcılık yapılmaması gibi temel haklara ilişkin riskler ve sorumluluk rejiminin etkili işleyişine ilişkin riskler olmak üzere ikili bir ayrım üzerinden incelenmektedir.

Komisyon, temel haklara ilişkin riskleri değerlendirirken yalnızca yapay zeka teknolojilerinin tasarımındaki kusurlara bağlı olmayan aynı zamanda kullanılan verilerde yer alan olası önyargıları düzeltilmemesi sonucunda ortaya çıkması muhtemel risklerin altı çizmektedir. Bu kapsamda, yapay zekanın özellikle ifade özgürlüğü, toplanma özgürlüğü, insan onuru, cinsiyet, ırk veya etnik köken, din, engellilik yaş veya cinsel yönelime dayalı ayrımcılık yapılmaması gibi temel hakların ihlaline sebebiyet verebileceği değerlendirilmektedir. Bu değerlendirmeyle birlikte, yapay zeka sistemlerinin karmaşıklığı ve belirsizliği sebebiyle şeffaflıktan uzak yapısı ve kısmen özerk davranış kabiliyeti gibi özelliklerinin, temel hakların korunmasına ilişkin mevcut Avrupa Birliğini düzenlemelerinin etkili bir şekilde uygulanmasına engel teşkil edebileceği belirtilmektedir. Bunların yanı sıra, yapay zeka sistemlerine dayalı olarak verilen otomatik kararların ilgili kurallara uygun şekilde verilip verilmediğine ilişkin teyit mekanizmalarının zayıf kaldığı teyit edilmektedir. Bu durum kuşkusuz kişilerin temel hak ve özgürlüklerini olumsuz etkileyecek niteliktedir. Zira bir algoritma yeterli ve sağlıklı bir şekilde oluşturulmadıysa, yargılama sürecinde kullanılan bir

algoritmanın sonucu, doğruluğundan şüphe duysa dahi hakimin aksi yönde karar vermesini engelleyici psikolojik bir güce sahiptir. [29] Nitekim Komisyon, bireylerin veya kurumların söz konusu kararlardan olumsuz etkilenmesi halinde adalete erişmekte zorluklar yaşanabileceğini değerlendirmektedir.

Güvenlik ve sorumluluk rejiminin etkili işleyişine ilişkin yapılan değerlendirmede, yapay zeka teknolojisinin kullanıldığı ürün ve hizmetlerin olası güvenlik riskleri ele alınmaktadır. Yapay zeka teknolojisi kullanılan ürünlere ilişkin özel düzenlemelerin eksikliğinin bireyler için yarattığı risklerin yanı sıra bu ürünlerin ticari faaliyetini gerçekleştiren işletmeler için de hukuki belirsizliğe yol açtığı değerlendirilmiştir. Bu anlamda, gerekli yasal düzenlemelerin eksikliğinin Avrupa şirketleri için öngörülen güvenlik seviyelerinin ve rekabetçi konumun olumsuz etkiler doğurabileceği değerlendirilmektedir. Söz konusu eksikliğin, bir güvenlik riskinin gerçekleşmesi halinde olumsuz sonuçtan sorumlu olan yapay zeka ilişkili kararların tespit edilebilmesi açısından önemli güçlüklere yol açtığı belirtilmektedir. Dolayısıyla, zarar gören bireylerin mevcut düzenlemeler kapsamında tazminat talep edebilmesinin de güç hale geldiği ifade edilmektedir.

2.Avrupa Birliği Yol Haritası

Risklerin tespitine ilişkin yapılan değerlendirmelerin ardından, ilgili sorunların çözümüne ilişkin yedi aşamalı bir yol haritası hazırlanmıştır. Komisyon, mevcut düzenlemelerin tespit edilen risklerin kontrol altına alınması için yetersiz kalabileceğini göz önüne alarak ilk olarak öncelikli değişiklik yapılmasını gerektiren temel hususları tespit etmektedir.

Komisyon mevcut düzenlemelerde yapılabilecek değişikliklere ilişkin tespitinin ardından yapay zekaya ilişkin yeni bir mevzuata ihtiyaç duyulabileceğini belirtmektedir. Bu kapsamda, çerçeve düzenlemenin kapsamının belirlenmesi gerektiği değerlendirilmiştir. Yeni düzenleme için üstünde durulan temel husus yapay zekanın tanımıdır. Komisyon, yapılacak bu tanımın hukuki öngörülebilirliği sağlayabilecek nitelikte kesin olması ve aynı zamanda yeni teknolojik gelişmeleri de kapsayacak nitelikte esneklik sağlaması ihtiyacının üzerinde durmaktadır.

Yeni çerçeve düzenlemenin bu hedefleri gerçekleştirirken bu alanda faaliyet gösteren işletmeler için orantısız bir yük oluşturabilecek

---

[29] Gerards, Janneke, "The Fundamental Rights Challenges Of Algorithms", Netherlands Quarterly of Human Rights, C. 37(3), 2019, ss. 205-209 (https://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/0924051919861773 Çevrimiçi, e.t. 16.04.2021)

nitelikte normatif olmaması adına riske dayalı bir yaklaşım izlenmesi gerektiği belirtilmektedir. Komisyon'un bu tür bir yaklaşım benimsemesi yerindedir. Zira riske dayalı yaklaşımlar bugün gelişen teknolojilere ilişkin düzenlemelerde temel referans noktaları olarak kabul edilmektedir. Riske dayalı yaklaşımlar, yüksek risk teşkil etmeyen uygulamaların gereksiz hukuki külfet altına girmelerini engellemektedir. Aksi halde oluşturulacak düzenlemelerin teknolojik gelişmelere engel teşkil etmesi, duraksatması veya daha serbest yaklaşımlar benimseyen ülkelere doğru bir eğilimin ortaya çıkması anlamına gelebilecektir. Yukarıda da açıklandığı üzere, teknoloji bugün devletlerin küresel rekabette en önemli strateji noktalarından birisidir. Bu doğrultuda Avrupa Birliği, yapay zekanın teşkil edebileceği riskleri göz önünde bulundururken dengeli bir politika belirlenmesine büyük önem atfetmektedir. Komisyon, riske dayalı yaklaşım çerçevesinde yapay zeka uygulamaları arasında *yüksek risk* ayrımının yapılabilmesi için net kriterlerin belirlenmesinin gerektiği görüşündedir. Bu kriterlerin aynı zamanda ilgili tüm taraflar için açık ve kolay anlaşılabilir nitelikte olması gerekmektedir. Bu doğrultuda, yapay zeka uygulamasının kullanıldığı sektör ve filli kullanım (*actual use case*) şeklinde iki kümülatif kriter belirlemektedir. Sağlık hizmetleri, ulaşım, enerji ve bazı kamu sektörleri yüksek riskli sektörler olarak belirtilmektedir ve bu listenin dönemsel olarak tekrar gözden geçirilerek güncellenmesi gerektiği vurgulanmaktadır. Her ne kadar söz konusu sektörler gelinen noktada *yüksek risk* grubunda kabul edilse de, Avrupa Birliği'nin geçmişte yapay zekanın büyük miktarda veriyi anında işleyebilmesinin, sağlık, enerji, tarım, eğitim ve çevre koruma gibi birçok alanda verimliliği önemli ölçüde artırma potansiyeline sahip olduğunu savunduğunu unutmamak gerekmektedir.[30] Bu durum düzenleyici otoritelerin hızla gelişen teknolojiler karşısındaki değişken tutumlarına örnek olarak gösterilebilecektir.

Gelecekteki düzenleyici çerçeve kapsamında uygulanması zorunlu yasal yükümlülüklerin belirlenmesi önem arz etmektedir. Rapor, yüksek riskli yapay zeka uygulamaları için yasal yükümlülüklerin çerçevesini çizmekte ve esas alınması gelen temel özellikleri ortaya koymaktadır. Sonrasında yüksek riskli yapay zeka uygulamaları için öngörülen yasal yükümlülüklerin muhataplarına ilişkin olarak esas alınması gereken iki temel konuyu belirlemektedir. Burada Komisyon'un üzerinde durduğu ilk husus, geliştirici, üretici, distribütör, ithalatçı, hizmet sağlayıcı veya yapay zeka donanımlı ürünü veya hizmeti kullanan kişi gibi yapay zekanın yaşam döngüsünde yer alan farklı aktörler arasında bu yükümlülüklerin hangi esasa dayalı olarak paylaştırılacağıdır. Komisyon,

---

[30] Yılmaz, Gizem, "Yapay Zekânın Yargı Sistemlerinde Kullanılmasına İlişkin Avrupa Etik Şartı", Marmara Avrupa Araştırmaları Dergisi, C.28, S.1, 2020, s. 27 (https://avrupa.marmara.edu.tr/dosya/avrupa/mjes%20arsiv/vol%2028_1/2_Gizem_Yilmaz.pdf Çevrimiçi, e.t. 16.04.2021)

her bir yükümlülüğün muhatabının ilgili olası riskleri kontrol etmek için en iyi konumdaki aktör veya aktörler olması gerektiği görüşündedir. Burada kast edilen, risklerin kontrol edilmesinde farklı aşamada farklı aktörlerin aktif rol alabileceğidir. Kuşkusuz yapay zeka geliştiricilerinin kullanım aşamasına ilişkin riskleri kontrol etmekte yapay zeka donanımlı ürünü veya hizmeti kullanan kişiden daha sınırlı bir kabiliyeti söz konusu olacaktır. Komisyon, yükümlülüklerin paylaştırılmasına ilişkin esasın sorumluluk esasından bağımsız olduğunun altını çizmektedir. Yükümlülüklerin paylaştırılmasına ilişkin bir diğer husus ise yasal müdahalenin coğrafi kapsamıdır. Bu kapsamda Komisyon, eşit şartların sağlanmasını önceliklendirmektedir ve yükümlülüklerin Avrupa Birliği'nde yapay zeka donanımlı ürün veya hizmet sunan tüm işletmecilere uygulanması gerektiğini belirtmektedir.

Yapay zekanın güvenliği kuşkusuz en tartışmalı konulardan biridir. Yapay zekanın esnek, saldırılara dayanıklı ve güvenli olması önem arz etmektedir. Aynı zamanda yapay zeka sonuçlarının tekrarlanabilir olması ve sistemlerin dışarıdan gelebilecek saldırılara karşı güvenlik açığı vermemesi gerekmektedir.[31] Güvenlik konusunda Komisyon, yüksek riskli yapay zeka sistemleri için öngörülen hukuki yükümlülüklerin yerine getirilmesi amacıyla objektif bir ön uygunluk değerlendirme sürecinin işletilmesini öngörmektedir. Söz konusu ön uygunluk değerlendirme süreci, yapay zekanın geliştirilmesi aşamasında kullanılan algoritmaların ve veri setlerinin test, inceleme ve sertifikasyon süreçlerini içerebilecektir. Yüksek risk kapsamında değerlendirilen yapay zeka uygulamalarının dışında kalan uygulamalar için ise mevcut düzenlemelere ek olarak gönüllü bir etiketleme (*labelling*) planı oluşturulması önerilmektedir. Program kapsamında, zorunlu hukuki yükümlülüklere tabi olmayan operatörler, gönüllülük esasına göre, bu program için belirlenen bir takım yükümlülüklere tabi olmayı seçebilecektir. Bu seçimin yapılmasıyla birlikte program için belirlenen yükümlülüklere uyulması zorunlu hale gelecektir. Bu programa katılan operatörlere özel bir kalite etiketi verilecektir. Uygulamanın temel amacının kullanıcı ve operatör arasında güven ortamının sağlanması olduğu anlaşılmaktadır.

Komisyon son olarak yapay zekaya ilişkin Avrupa Birliği genelinde esas alınacak yönetim modelini belirlemektedir. Bu kapsamda, yapay zekanın denetimi ve yapay zeka donanımlı ürünlerin sertifikalandırılması süreçlerinde farklılıklar oluşmaması için yetkili makamların işbirliği içerisinde olması gerektiği vurgulanmaktadır. Avrupa yönetim modelinin düzenli bilgi alışverişinin sağlandığı bir forum olarak yeni gelişen eğilimlerin tespit edilmesi, standardizasyon faaliyetlerin gerçekleştirilmesi ve sertifikasyon faaliyetlerine ilişkin

[31] Yılmaz, 2020, s. 27 (https://avrupa.marmara.edu.tr/dosya/avrupa/mjes%20arsiv/vol%2028_1/2_Gizem_Yilmaz.pdf Çevrimiçi, e.t. 16.04.2021)

önerilerin sunulması gibi çeşitli görevlerinin olabileceği belirtilmektedir. Yönetim modelinin, düzenleyici çerçevenin uygulanması ve geliştirilmesi konusunda tüketici kuruluşları, işletmeler, araştırmacılar ve sivil toplum örgütleri gibi tüm ilgililerin mümkün olduğunca katılımını sağlaması gerektiğinin üzerinde durulmaktadır.

Tüm bu değerlendirmeler sonucunda Avrupa Birliği'nin kullanıcıların yapay zekaya güvenini arttırmak amacıyla kurallar ve yükümlülükler oluşturmaya dayanan insan merkezli bir yaklaşım benimsediği söylenebilecektir. Yapay zekanın beraberinde getirdiği riskler göz önüne alınarak, mevcut düzenlemelerde değişiklik yapılması, yeni düzenleme çerçevelerinin oluşturulması ve gönüllü programlar başlatılması gibi hedefler belirlemiştir. Zorunlu yükümlülüklerin yalnızca *yüksek risk* kapsamına giren yapay zeka uygulamalarına uygulanması, teknolojinin üzerinde orantısız düzenleyici baskı oluşmasının önüne geçmeyi hedeflemektedir. Avrupa Birliği'nin hedeflediği küresel etki, büyük ölçüde temel hakların korunması ve teknolojik gelişimin desteklenmesi arasındaki nihai dengenin nerede kurulacağına bağlı olacaktır.

Avrupa Birliği'nin yol haritası kapsamında aldığı aksiyonlardan biri yeni bir yasal düzenleme üzerinde çalışmak olmuştur. Bu doğrultuda Komisyon'un hazırladığı yeni düzenleme taslağı (*Regulation on a European Approach for Artificial Intelligence*) 2021 yılının Nisan ayında sızmıştır.[32] Taslak henüz resmi bir şekilde yayımlanmamış olmakla birlikte,[33] içeriği oldukça ses getirmiştir. Taslağa göre *yüksek risk* taşıdığına kanaat getirilen algoritmaların kullanımı yasaklanabilecek, gerekli nitelikleri taşımadığına kanaat getirilen algoritmaların Avrupa Birliği'ne girmesi engellenebilecektir. Taslak ayrıca düzenlemelere aykırı davranan şirketler aleyhine global cirolarının yüzde dördü veya yirmi milyon Avro'ya kadar tutarda para cezası öngörmektedir.[34]

III.AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ'NDE GÜNCEL GELİŞMELER

Yukarıda da açıklandığı üzere, Amerika Birleşik Devletleri'nin yapay zeka yarışında küresel lider konumunda olduğu görülmektedir.[35] Amerika Birleşik Devletleri, 2016 yılı Ekim ayında açıkladığı Yapay Zekanın Geleceğine Hazırlık başlıklı strateji planıyla birlikte, kapsamlı

---

[32] "EU to Consider Ban on Using A.I. For Mass Surveillance and Social Credit Scores", CNBC, 2021 (https://www.cnbc.com/2021/04/15/eu-considers-ban-on-ai-for-mass-surveillance-social-credit-scores.html Çevrimiçi, e.t. 16.04.2021)

[33] 16 Nisan 2021 tarihi itibariyle taslak düzenleme resmi olarak yayımlanmamıştır.

[34] "Europe Eyes Strict Rules for Artificial Intelligence", Politico, 2021 (https://www.politico.eu/article/europe-strict-rules-artificial-intelligence/ Çevrimiçi, e.t. 16.04.2021)

[35] Castro/ McLaughlin, 2021

bir yapay zeka stratejisi belirleyen ilk ülkelerden biri olmuştur. [36] Söz konusu strateji planı, federal olarak finanse edilen yapay zeka araştırmalarına ilişkin hedefleri ortaya koymaktadır. Bununla birlikte, yapay zekanın teşkil ettiği riskler Amerika Birleşik Devletleri'nde de sistematik düzenleme ihtiyacı tartışmalarına konu olmuştur. Bu doğrultuda ABD Senatosu ve Temsilciler Meclisi tarafından çok sayıda düzenleme çalışmaları yürütülmüştür.

Yapay zekanın etiklik meselesini ele alan ilk bağlayıcı belge 2019 yılı Şubat ayında 13859 sayılı Başkanlık Emri (*Executive Order 13859*) ile ortaya konulmuştur. 13859 sayılı Başkanlık Emri'nin ardından, Meclis Temsilcileri tarafından hazırlanan Yapay Zekanın Etik Gelişimine İlişkin Kılavuz 2019 yılı Şubat ayında yayımlanmıştır.[37] Yapay Zekanın Etik Gelişimine İlişkin Kılavuz, yapay zekanın gelişiminin desteklenmesi ile güvenli, sorumlu ve demokratik gelişimi arasında dengenin sağlanması ihtiyacının altını çizmektedir. Son olarak, ABD Federal Hükümeti tarafından Kasım 2020 tarihinde Yapay Zeka Uygulamaların Düzenlenmesine İlişkin Bildiri (*Bildiri*) yayınlanmıştır.[38] Çalışmamızın bu bölümünde ilk olarak Amerika Birleşik Devletleri'nde yapay zekaya ilişkin hazırlanan kanun teklifleri ele alınacaktır. Kanun tekliflerinin değerlendirilmesinin ardından, 13859 sayılı Başkanlık Emri doğrultusunda hazırlanan Bildiri ışığında Amerika Birleşik Devletleri'nin yapay zekanın düzenlenmesine ilişkin yaklaşımları değerlendirilecektir.

A.DÜZENLEME ÇALIŞMALARI

Algoritmik Hesap Verilebilirlik Kanun Tasarısı (*Algorithmic Accountability Act*), şirketlerin araçlarını doğruluk, adalet, önyargı ve ayrımcılık açısından düzenli olarak değerlendirmelerini sağlamak amacıyla 2019 yılı Nisan ayında hazırlanmıştır.[39] Tasarının yasalaşması halinde, "yüksek riskli" yapay zeka uygulamalarında yapay zeka sistemlerinin tasarım ve geliştirme sürecindeki kullanılan verilerin doğruluk, adalet, önyargı, ayrımcılık, gizlilik ve güvelik açısından kontrolünü içeren bir etki değerlendirmesi öngörülmektedir. Söz konusu etki değerlendirmelerinin makul olduğu ölçüde bağımsız denetçiler ve teknoloji uzmanları dahil olmak üzere üçüncü taraflarca yapılması gerekmektedir. Etki değerlendirmeleri sonucunda tespit

---

36 *Preparing for the future of Artificial Intelligence,* Executive Office of the President National Science and Technology Council Committee on Technology, Washington D.C., 2016 (https://obamawhitehouse.archives.gov/sites/default/files/whitehouse_files/microsites/ostp/NSTC/preparing_for_the_future_of_ai.pdf Çevrimiçi, e.t. 16.04.2021)

37 Bakınız, House of Resolution 153 (https://www.congress.gov/bill/116th-congress/house-resolution/153/text, Çevrimiçi, e.t. 16.04.2021)

38 Bakınız, Execuvite. Order No. 13859 (https://www.whitehouse.gov/wp-content/uploads/2020/11/M-21-06.pdf Çevrimiçi, e.t. 16.04.2021)

39 Bakınız, Algorithmic Accountability Act (https://www.congress.gov/bill/116th-congress/house-bill/2231/all-info Çevrimiçi, e.t. 16.04.2021)

edilen sorunların işletmeler tarafından zamanında ve makul bir şekilde ele alınması yükümlülüğü getirilmektedir. Tasarının ilerleyen günlerde yürürlüğe girip girmeyeceği belirsiz olmakla birlikte yapay zekanın düzenlenmesine yönelik ilk federal yasama çalışması niteliği taşımaktadır. Algoritmik Hesap Verilebilirlik Kanun Tasarısının ardından eyaletler tarafından da bu yönde kanun düzenleme çalışmaları yapılmaya başlanmıştır. Örneğin, 2019 yılı Mayıs ayında New Jersey Algoritmik Hesap Verilebilirlik Kanun Tasarısı (*New Jersey Algorithmic Accountability Act*) yayınlanmıştır.[40] Federal kanun tasarısında olduğu gibi, New Jersey eyaletinde oluşturulan bu kanun tasarısı da işletmeler için yüksek risk teşkil eden otomatik karar ve bilgi sistemlerinde etki değerlendirmesi yükümlülüğü getirmektedir.

Yapay zekaya ilişkin düzenleme çalışmalarının yapıldığı bir başka alan ise yüz tanıma teknolojisidir. Ticari Yüz Tanıma Gizlilik Kanun Tasarısı (*The Commercial Facial Recognition Privacy Act*), 14 Mart 2019 yılı Mart ayında Kongre'ye sunulmuştur.[41] Tasarının temel hedefi tüketici korumasını güçlendirmek ve yapay zeka uygulamalarında şeffaflığın arttırılmasını sağlamaktır. Tasarı uyarınca yüz tanıma verilerini toplayan, saklayan veya işleyen kuruluşların bu faaliyetleri gerçekleştirmeden önce kullanıcılara bildirim yapmaları ve rızaları almaları gerekmektedir. Ayrıca, yüz tanıma teknolojisinin tüketicilere karşı ayrımcılık amaçlarıyla kullanmasının yasak olduğu belirtilmektedir. Tasarının, AB Genel Veri Koruma Regülasyonu'nda (*GDPR*) yer alan temel ilkelerle paralel düzenlemeler getirdiği anlaşılmaktadır. Yüz tanıma teknolojilerinin bireylerin gizliliğini ihlal etme riski bulunan kullanımlarının önüne geçilmesi amacıyla federal ve eyalet boyutunda çok sayıda düzenleme çalışması yapılmıştır. Söz konusu çalışmalar, biyometrik verilerin yapay zeka teknolojileriyle birlikte kontrolsüz kullanımına karşı artan endişeyi açık şekilde ortaya koymaktadır. Tüm bunlarla birlikte, bahsedilen kanun tasarıları henüz kanunlaşmamıştır. Çalışmamızda çok kez belirtildiği üzere, yapay zekaya ilişkin düzenlemelerin oluşturulması, yapay zeka alanında inovasyonun yavaşlaması, engellenmesi veya daha avantajlı ülkelere taşınması gibi devletler arasındaki yapay zeka rekabetini olumsuz etkileyebilecektir. Bu doğrultuda, yeni düzenlemelere karşı ihtiyatlı yaklaşımlar sergilendiği görülmektedir.

---

40 Bakınız, New Jersey Algorithmic Accountability Act (https://www.billtrack50.com/BillDetail/1127840 Çevrimiçi, e.t. 16.04.2021)

41 Bakınız, Commercial Facial Recognition Privacy Act (https://www.congress.gov/bill/116th-congress/senate-bill/847 Çevrimiçi, e.t. 16.04.2021)

B.YAPAY ZEKA DÜZENLEMELERİNE İLİŞKİN FEDERAL HÜKÜMET YAKLAŞIMI

Yapay zekanın global politikalarda ve güç dengelerinde belirleyici güç olduğu kuşkusuzdur. Amerika Birleşik Devletleri merkezli şirketler bu konunun önemini vurgulayan açıklamalar yapmaktan çekinmemektedir. Google'ın eski CEO'su Eric Schmidt'e göre yapay zekanın önemi, Soğuk Savaş dönemindeki uzay teknolojilerinin stratejik gücüne eşdeğerdir. Tesla ve SpaceX'in kurucusu Elon Musk ise yapay zeka teknolojisinde gereken büyümeyi gösterememek üçüncü dünya savaşını teşvik edebilecek niteliktedir.[42] Paralel şekilde Bildiri, yapay zekanın verimlilik, etkinlik, güvenlik, adalet, refah ve diğer ekonomik ve sosyal hedefler açısından Amerika Birleşik Devletleri'nin küresel lider statüsünün devamı, ekonomik gücünün ve ulusal güvenliğinin korunmasının önemini vurgulamaktadır. Çalışmamızın bu bölümünde Kasım 2020 tarihli Bildiri ışığında yapay zeka düzenlemelerine ilişkin Federal Hükümetin yaklaşımları ele alınacaktır.

Bildiri, düzenleyici ve düzenleyici olmayan faaliyetlerle yapay zeka alanında gelişmeyi ve büyümeyi hızlandırırken aynı zamanda yapay zekaya karşı güven ortamının sağlanmasının gerekliliğini teyit etmektedir. Amerika Birleşik Devletleri tarafından esas alınan temel yaklaşım, yapay zeka gelişmesini ve büyümesini engelleyebilecek düzenleyici veya düzenleyici olmayan faaliyetlerden mümkün olduğu ölçüde kaçınılmasıdır. Bu noktada, yüksek standartlarda düzenleyici yaklaşımların Amerikan şirketlerinin küresel rekabet gücünü zayıflatabileceği üzerinde durulmaktadır. Ayrıca, yapay zekanın risk teşkil ettiği hallerde, yapay zekanın faydalarının ve özellikle yapay zekanın kullanımıyla birlikte maliyet tasarruflarının dikkate alınması gerektiği belirtilmektedir. Yanı sıra, yapay zekanın çoğu durumda özel bir uygulamayı gerektirecek özgün sorunlara yol açmadığı ifade edilmektedir. Tüm bunlarla birlikte, yapay zeka alanında inovasyon ve büyümenin teşvik edilmesi amacına hizmet eden yeni düzenlemelerin oluşturulmasının gerekli olabileceği belirtilmektedir. Bu doğrultuda, Federal Hükümet, yeni bir düzenlemenin ancak belirli şartların gerçekleşmesi halinde düşünülmesi gerektiğini ifade etmektedir.

Bu amaç doğrultusunda Bildiri'de ilk olarak, yapay zekaya ilişkin bir düzenlemenin gerekli olup olmadığı belirlenirken dikkate alınması gereken on ilkeye yer verilmektedir. Bildiri'nin ikinci bölümünde ise federal kurumların gerçekleştirebilecekleri düzenleyici olmayan nitelikteki faaliyetler tanımlanmaktadır. Son olarak, yapay zekanın

[42] Horowitz, Michael C., "Artificial Intelligence, International Competition and the Balance of Power", Texas National Security Review, C.1, S.3, 2018, s.38 (https://repositories.lib.utexas.edu/bitstream/handle/2152/65638/TNSR-Vol-1-Iss-3_Horowitz.pdf?sequence=2&isAllowed=y Çevrimiçi, e.t. 16.04.2021)

geliştirilmesinin ve kullanımının önündeki engellerin azaltılması için esas alınması gereken stratejiler belirlenmektedir.

Düzenleyici yaklaşımların gerekliliğinin değerlendirilmesinde esas alınmasına gereken on ilke şu şekilde sayılmıştır: kamu güveni; endüstri dahil olmak üzere kamu katılımı; bilimsel bütünlük ve bilgi kalitesi; fayda ve maliyet; adalet ve ayrımcılık yapılmaması; açıklama ve şeffaflık, emniyet ve güven; kurumlar arası koordinasyon. Sayılanlar arasında özellikle bu çalışmanın da konusunu oluşturan yapay zekanın meydana getirdiği riskleri ele alan bölümler yapay zekaya ilişkin kamu güveni, adalet ve ayrımcılık ve emniyet ve güvendir.

Kamu güveni başlığı altında yapay zeka uygulamalarının gizlilik, temel haklar, bireysel tercihler, özgürlükler, kamu sağlığı ve güvenlik açısında riskler oluşturabileceği belirtilmektedir. Bu şekilde risklerin oluşabileceği durumlarda, düzenleyici veya düzenleyici olmayan yaklaşımlarla kamu güveninin sağlanmasına katkıda bulunması gerektiği belirtilmektedir. Özellikle gizlilikle ilişkili makul beklentilerin korunması için düzenleyici yaklaşımlara ihtiyaç duyulabileceği üzerinde durulmaktadır. Gizliliğe veya diğer benzer risklere yönelik uygun düzenleyici veya düzenleyici olmayan yaklaşımların riskin niteliğine göre belirlenmesi gerektiği belirtilmektedir.

Adalet ve ayrımcılık yapılmaması ilkesi kapsamında yapay zeka uygulamalarının neden olabileceği ayrımcılığa ilişkin etkilerin şeffaf bir şekilde değerlendirilmesi gerektiği belirtilmektedir. Yapay zekanın insan ögesinden kaynaklanan ayrımcılığa karşı mücadelede etkili olabileceği gibi bazı durumlarda ayrımcı sonuçlara yol açabileceği teyit edilmektedir. Bildiri, adalet ve ayrımcılığa karşı esas alınacak düzenleyici veya düzenleyici olmayan yaklaşımlarda öncelikle yapay zeka uygulamalarının mevcut duruma kıyasla ayrımcılığın azaltılmasına hizmet edip etmediğinin değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir.

Açıklama ve şeffaflık ilkesi altında, kural koyma sürecinin yanı sıra, yapay zeka uygulamasının nasıl çalıştığının teknik uzmanlar ve uzman olmayan bireyler tarafından anlaşılabilir olmasının yapay zeka uygulamalarına kamu güvenini artırılabileceği belirtilmektedir. Bu tür bir açıklama sürecinin öngörülmesindeki temel amaç kullanıcıların yapay zeka kullanımına ilişkin bilinçli kararlar alabilmesinin sağlanmasıdır. Öte yandan Bildiri, açıklama ve şeffaflık için ek önlemler alınmadan önce mevcut düzenlemelerin yeterliliğinin dikkatlice değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir. Bu noktada yapay zeka uygulamasının potansiyel faydaları ve meydana gelmesi potansiyel zararın büyüklüğünün değerlendirmede esas alınacak unsurlar olduğu ifade edilmektedir.

Güvenlik ilkesi altında ise yapay zekanın tasarım, geliştirme, dağıtım ve işletim süreçleri boyunca güvenlik hususlarının dikkatle ele alınması gerektiği belirtilmektedir. Yapay zeka sistemleri tarafından işlenen, muhafaza edilen veya aktarılan bilgilerin gizliliği, bütünlüğü ve

kullanılabilirliğinin sağlanması için mevcut kontrollere özellikle dikkat edilmesinin önemi vurgulanmaktadır. Bunların yanı sıra, kötü amaçlı yapay zeka uygulamaları hakkında dikkatli olunması gerektiğinin altını çizerek gerekli ulusal güvenlik korumalarının alınmasının önemine işaret edilmektedir.

Tüm bu hususlar göz önüne alındığında, adalet ve ayrımcılık, açıklama ve şeffaflık ilkeleri kapsamında bazı düzenlemelerin gerekli olabileceğinin zımni şekilde de olsa kabul edildiği söylenebilecektir. Kamu güveni ilkesi altında yapılan açıklamalar doğrultusunda da riskin boyutlarına bağlı olarak düzenlemelerin yapılabileceğinin sinyalleri verilmiştir. Öte yandan, yapay zekanın temel haklara ilişkin teşkil ettiği risklerin tanımlanmasında Federal Hükümetin iyimser yaklaşımı dikkat çekmektedir. Federal Hükümetin yapay zekaya ilişkin düzenleyici olmayan yaklaşımları esas aldığı açık şekilde görülmektedir. Yapay zekanın gelişimini engelleme riskini artırabilecek düzenleyici faaliyetlerin en aza indirilmesi Bildiri'nin ana temasını oluşturmaktadır. Bildiri, yapay zekanın oluşturduğu risklerin yalnızca belirli bir bölümünü tanımlarken söz konusu riskleri ele alınması için mümkün olduğunca düzenleyici olmayan yaklaşımların benimsenmesinin önemini vurgulamaktadır. Bu kapsamda, sektör özelinde politika kılavuzlarının veya çerçevelerinin oluşturulması, pilot uygulama programların gerçekleştirilmesi, gönüllülük esasına dayalı mutabakat standartların ve çerçevelerin oluşturulması önerilmektedir. Sonuç olarak, Federal Hükümetin yasal düzenlemelerin yapay zeka gelişimine engel oluşturulmaması konusunda ısrarlı bir tutum sergilediği anlaşılmaktadır.

IV.TÜRKİYE'DE YAPAY ZEKA

Türk hukukunda yapay zekanın hukuki statüsünü ve sorumluluğunu düzenleyen özel düzenlemeler bulunmamaktadır.[43] Bununla birlikte Türk Borçlar Kanunu'na yer alan kusursuz sorumluluk hallerine robotlarla ilgili hüküm eklenmesi,[44] Türk Ceza Kanunu'nda yer alan hayvanın tehlike yaratabilecek şekilde serbest bırakılması suçunun yapay zekayı elinde bulunduranlar açısından genişletilmesi yönünde öneriler ortaya atılmaktadır[45]. Bu tartışmaların yanında Türkiye'de

---

[43] Güner, Cemil, "Yapay Zekânın Verdiği Zarardan Doğan Sözleşme Dışı Sorumluluğa Uygulanacak Hukuk", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, S.15, 2020, ss.229-272 (https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1166580 Çevrimiçi, e.t. 16.04.2021)

[44] Sivrikaya, Erkut Ziya, "Sophia Kişi midir?", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.25, S.2, 2019, ss.1253-1263 (https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/902758 Çevrimiçi, e.t. 16.04.2021)

[45] Taşdemir, Özgür/ Özbay, Ümit Vefa/ Kireçtepe, Burhettin Onur, "Robotların Hukuki ve Cezai Sorumluluğu Üzerine Bir Deneme", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.69, S.2, 2020, ss. : 793-833 (https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1474114 Çevrimiçi, e.t. 16.04.2021)

yapay zekanın geliştirilmesi ve riskleri doğrultusunda düzenlenmesine ilişkin çalışmalar halihazırda devam etmektedir. Mevcut durumda yapay zekaya ilişkin stratejilerin ortaya konulduğu bir strateji belgesi henüz oluşturulmamış olmakla birlikte, Türkiye'de yeni gelişen teknolojilerin yakından takip edilebilmesi ve gelişen teknolojilerden kaynaklanması mümkün risklerin kontrol altına alınabilmesi için önemli çalışmalar yürütülmektedir. 2018 yılı Temmuz ayında Cumhurbaşkanlığı tarafından Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı ile birlikte Cumhurbaşkanlığı Dijital Dönüşüm Ofisi kurulmuştur. Cumhurbaşkanlığı Dijital Dönüşüm Ofisi'nin amaçları arasında gelişen teknolojiler, toplumsal talepler ve kamu sektöründeki reform eğilimleri doğrultusunda, kamunun dijital dönüşümüne öncülük etmek, farklı kurumlar tarafından yürütülen e-Devlet hizmetlerinin tek çatı altında toplanmasını sağlamak, siber güvenlik, milli teknolojiler, büyük veri ve yapay zekâ ile ilgili çalışmaların yürütülmesi yer almaktadır.[46] Bu kapsamda, Cumhurbaşkanlığı Dijital Dönüşüm Ofisi bünyesinde Büyük Veri ve Yapay Zeka Uygulamaları Dairesi Başkanlığı kurulmuştur.

Cumhurbaşkanlığı Dijital Dönüşüm Ofisi, kamu kurumları ve kritik altyapı hizmeti veren işletmelerin uyması gereken Bilgi ve İletişim Güvenliği tedbirlerini içeren Bilgi ve İletişim Güvenliği Rehberini (*Rehber*) 24 Temmuz 2020 tarihinde yayınlanmıştır. Rehber ile birlikte ilgili kamu kurumları tarafından kritik altyapı faaliyetleri gerçekleştiren işletmelerin alması gereken aksiyonlar ilgili işletmelere bildirilmiştir.

Cumhurbaşkanlığı Strateji ve Bütçe Başkanlığı tarafından yayımlanan On Birinci Kalkınma Planında (2019 - 2023) (*Plan*) bir çok farklı alanda yapay zeka çalışmalarının artırılacağı belirtilmektedir. Plan'a göre; Türkiye'de Milli Teknoloji Hamlesinin gerçekleştirilmesine yönelik olarak yapay zeka, nesnelerin interneti, artırılmış gerçeklik, büyük veri, siber güvenlik, enerji depolama, ileri malzeme, robotik, mikro/nano/opto-elektronik, biyoteknoloji, kuantum, sensör teknolojileri ve katmanlı imalat teknolojilerine ilişkin gelişim yol haritalarının hazırlanması, gerekli altyapının tesis edilmesi, ihtiyaç duyulan nitelikli insan kaynağının yetiştirilmesi ve toplumsal yönelimin bu alanlara odaklanması sağlanacaktır.[47] Buna göre tarımdan ve kamu hizmetlerin iyileştirilmesine kadar farklı alanlarda yapay zekadan faydalanmaya yönelik hedeflerden bahsedilmektedir.

Plan'da belirtildiği üzere Türkiye, yapay zeka teknolojilerinin üretilmesi ve kullanımının yaygınlaştırılmasına yönelik ulusal bir

---

[46] Bakınız, Cumhurbaşkanlığı Dijital Dönüşüm Ofisi, (https://cbddo.gov.tr/hizmet-birimlerimiz/ Çevrimiçi, e.t. 16.04.2021)

[47] *On Birinci Kalkınma Planı (2019 - 2023)*, Cumhurbaşkanlığı Strateji ve Bütçe Başkanlığı, Ankara, 2019 (https://www.sbb.gov.tr/wp-content/uploads/2019/07/OnbirinciKalkinmaPlani.pdf Çevrimiçi, e.t. 16.04.2021)

politika belirlemeyi hedefleri arasında koymuştur. Söz konusu uygulamalar Türkiye'de teknolojik gelişmelerin hassasiyetle takip edildiğini ve gerekli çalışmaların başlatıldığını ortaya koymaktadır.

SONUÇ

Yapay zekanın hayatın her alanında görülen hızlı yükselişi ve geniş kapsamlı etkileri, toplumların dönüşümünde ve yeni hayat modellerinin oluşmasında yapay zekanın önemli rol oynayacağına işaret etmektedir. Bu dönüşümün beraberinde getirdiği risklerin ise göz ardı edilmemesi gerekmektedir. Zira yaygınlaşan yapay zeka uygulamalarının bireyler üzerinde daha yaygın ve ciddi etkiler doğurması söz konusu olabilecektir. Söz konusu riskler aynı zamanda önemli hukuki sorunlar şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Bu durum yapay zekanın etik kurallar çerçevesinde düzenleyici faaliyetler ile kontrol altına alınması gerektiğini gözler önüne sermektedir. Ancak muhafazakar düzenleyici uygulamaların, yapay zekanın pozitif dönüştürücü etkilerinden mahrum kalmaya veya yeni gelişmelerin duraksamasına yol açabileceğinin unutulmaması gerekmektedir. Bu doğrultuda teknolojik gelişmelerin desteklenmesi ve risklerin makul düzeyde kontrol altına alınmasını sağlayacak nihai dengenin sağlanması büyük önem arz etmektedir. Avrupa Birliği'nin çok kapsamlı çalışmalar yürüterek yeni teknoloji için gerekli olan etik ilkelerin şekillenmesinde öncülük ettiğini söylemek mümkündür. Amerika Birleşik Devletleri ise yapay zeka teknolojisinde dünyada ilk sırada olmakla birlikte, yapay zeka teknolojilerinin gelişmesini ve büyümesini engelleyebilecek bir yasal zeminden mümkün olduğu ölçüde kaçınmakta, yapay zekanın beraberinde getirdiği risklerin en aza indirilmesi için düzenleme çalışmaları yapmaktadır. Ancak söz konusu taslaklar henüz kanunlaşmamıştır. Bunun yanı sıra, Amerika Birleşik Devletleri'nin Kasım 2020 tarihinde yayınladığı Bildiri ışığında, Amerika Birleşik Devletleri'nin bu risklerin yasal düzenlemeler ile kontrol altına alınmasına oldukça mesafeli olduğu görülmektedir. Türkiye bugün yapay zeka teknolojisine ilişkin herhangi bir strateji belgesi yayınlamamıştır. Fakat Türkiye'nin yeni teknolojik gelişmelere ve teknolojik gelişmelerin beraberinde getirdiği risklere karşı önemli adımlar attığı görülmektedir. Bu anlamda, 2019 - 2023 kalkınma Plan'ına istinaden, yakın dönemde ulusal bir yapay zeka stratejisinin ortaya koyulması beklenmektedir. Türkiye'nin bu anlamda yapay zeka sistemlerinin güvenli, temel hak ve özgürlüklere saygılı, demokrasinin korunmasını ve güvence altına alınmasını öngören bir yaklaşım esas almasının yerinde olacağını belirtmek gerekir. Ancak bu şekilde bir yaklaşım teknolojik gelişmelerin önünü engelleyecek nitelikte normatif düzenlemeler anlamına gelmemektedir. Risklerin kontrol altına alınması ile teknolojik gelişmelerin önünün kapanmaması ve teşvik edilmesi arasındaki doğru dengenin sağlanabilmesi için yapılacak denge testinin ilkelerinin dikkatle ele alınması gerekmektedir.

KAYNAKÇA

Algorithmic Accountability Act (https://www.congress.gov/bill/116th-congress/house-bill/2231/all-info Çevrimiçi, e.t. 16.04.2021)

Artificial Intelligence for Europe, European Comission, by., 2018 (https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2018/EN/COM-2018-237-F1-EN-MAIN-PART-1.PDF Çevrimiçi, e.t. 16.04.2021)

Bak, Başak, "Medeni Hukuk Açısından Yapay Zekânın Hukuki Statüsü ve Yapay Zekâ Kullanımından Doğan Hukuki Sorumluluk", TAAD, Y.9, S.35, ss.211-232 (https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/980798 Çevrimiçi, e.t. 16.04.2021)

Brogan, Caroline, "Anonymising personal data 'not enough to protect privacy', shows new study", Imperial Collage London, 2019 (https://www.imperial.ac.uk/news/192112/anonymising-personal-data-enough-protect-privacy/ Çevrimiçi, e.t. 16.04.2021)

C Buiten, Miriam, "Towards Intelligent Regulation of Artificial Intelligence", European Journal of Risk Regulation, C.10, S.1, 2019 , ss. 41 - 59 (https://www.cambridge.org/core/journals/european-journal-of-risk-regulation/article/towards-intelligent-regulation-of-artificial-intelligence/AF1AD1940B70DB88D2B24202EE933F1B#article Çevrimiçi, e.t. 16.04.2021)

Castro, Daniel/ McLaughlin, Michael, "Who Is Winning the AI Race: China, the EU, or the United States? — 2021 Update", ITIF, 2021 (https://itif.org/publications/2021/01/25/who-winning-ai-race-china-eu-or-united-states-2021-update Çevrimiçi, e.t. 16.04.2021)

Commercial Facial Recognition Privacy Act (https://www.congress.gov/bill/116th-congress/senate-bill/847 Çevrimiçi, e.t. 16.04.2021)

Cumhurbaşkanlığı Dijital Dönüşüm Ofisi, (https://cbddo.gov.tr/hizmet-birimlerimiz/ Çevrimiçi, e.t. 16.04.2021)

Desai, Deven R./ Kroll, Joshua A., "Trust But Verify: A Guide to Algorithms and the Law", Harvard Journal of Law & Technology, 2017, s.8, (https://ssrn.com/abstract=2959472 Çevrimiçi, e.t. 16.04.2021)

"EU to Consider Ban on Using A.I. For Mass Surveillance and Social Credit Scores", CNBC, 2021 (https://www.cnbc.com/2021/04/15/eu-considers-ban-on-ai-for-mass-surveillance-social-credit-scores.html Çevrimiçi, e.t. 16.04.2021)

"Europe Eyes Strict Rules for Artificial Intelligence", Politico, 2021 (https://www.politico.eu/article/europe-strict-rules-artificial-intelligence/ Çevrimiçi, e.t. 16.04.2021)

Ethics Guidelines for Trustworthy AI, European Comission, by., 2019 (https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/ethics-guidelines-trustworthy-ai Çevrimiçi, e.t. 16.04.2021)

Execuvite. Order No. 13859 (https://www.whitehouse.gov/wp-content/uploads/2020/11/M-21-06.pdf Çevrimiçi, e.t. 16.04.2021)

Feasibility Study, Ad Hoc Committee on Artificial Intelligence (CAHAI), by., 2020

Gerards, Janneke, "The Fundamental Rights Challenges Of Algorithms", Netherlands Quarterly of Human Rights, C. 37(3), 2019, ss. 205-209 (https://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/0924051919861773 Çevrimiçi, e.t. 16.04.2021)

Gordon, John-Stewart/ Nyholm, Sven, "Ethics of Artificial Intelligence", The Internet Encyclopedia of Philosophy, ty. (https://iep.utm.edu/ethic-ai/#SH2d Çevrimiçi, e.t. 16.04.2021)

Güner, Cemil, "Yapay Zekânın Verdiği Zarardan Doğan Sözleşme Dışı Sorumluluğa Uygulanacak Hukuk", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, S.15, 2020, ss.229-272 (https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1166580 Çevrimiçi, e.t. 16.04.2021)

Hacker, Philip, "Teaching Fairness to Artificial Intelligence: Existing and Novel Strategies against Algorithmic Discrimination under EU Law", *55* Common Market Law Review, 2018, s.3, ss.1143-1186 (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3164973 Çevrimiçi, e.t. 16.04.2021)

House of Resolution 153 (https://www.congress.gov/bill/116th-congress/house-resolution/153/text, Çevrimiçi, e.t. 16.04.2021)

Horowitz, Michael C., "Artificial Intelligence, International Competition and the Balance of Power", Texas National Security Review, C.1, S.3, 2018, s.38 (https://repositories.lib.utexas.edu/bitstream/handle/2152/65638/TNSR-Vol-1-Iss-3_Horowitz.pdf?sequence=2&isAllowed=y Çevrimiçi, e.t. 16.04.2021)

Kira Systems (https://kirasystems.com/ Çevrimiçi, e.t. 16.04.2021)

Lex Machina (https://lexmachina.com/ Çevrimiçi, e.t. 16.04.2021)

Law Geex (https://www.lawgeex.com/ Çevrimiçi, e.t. 16.04.2021)

Moor, James, "The Dartmouth College Artificial Intelligence Conference: The Next Fifty Years", AI Magazine, C.27, S.87, 2006, ss.87-91

New Jersey Algorithmic Accountability Act (https://www.billtrack50.com/BillDetail/1127840 Çevrimiçi, e.t. 16.04.2021)

On Birinci Kalkınma Planı (2019 - 2023), Cumhurbaşkanlığı Strateji ve Bütçe Başkanlığı, Ankara, 2019 (https://www.sbb.gov.tr/wp-content/uploads/2019/07/OnbirinciKalkinmaPlani.pdf Çevrimiçi, e.t. 16.04.2021)

Report on the safety and liability implications of Artificial Intelligence, the Internet of Things and robotics, European Comission, by., 2020 (https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/report-safety-liability-artificial-intelligence-feb2020_en_1.pdf Çevrimiçi, e.t. 16.04.2021)

Ross Intelligence (https://www.rossintelligence.com/about-us Çevrimiçi, e.t. 16.04.2021)

Rodrigues, Rowena, "Legal and human rights issues of AI: Gaps, challenges and vulnerabilities", Journal of Responsible Technology, C.4, 2020 (https://doi.org/10.1016/j.jrt.2020.100005 Çevrimiçi, e.t. 16.04.2021)

Preparing for the future of Artificial Intelligence, Executive Office of the President National Science and Technology Council Committee on Technology, Washington D.C., 2016 (https://obamawhitehouse.archives.gov/sites/default/files/whitehouse_files/microsites/ostp/NSTC/preparing_for_the_future_of_ai.pdf Çevrimiçi, e.t. 16.04.2021)

Taşdemir, Özgür/ Özbay, Ümit Vefa/ Kireçtepe, Burhettin Onur, "Robotların Hukuki ve Cezai Sorumluluğu Üzerine Bir Deneme", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.69, S.2, 2020, ss. : 793-833 (https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1474114 Çevrimiçi, e.t. 16.04.2021)

The Ethics of Artificial Intelligence: Issues and Initiatives, European Parliamentary Research Service, by., 2020 (https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/634452/EPRS_STU(2020)634452_EN.pdf Çevrimiçi, e.t. 16.04.2021)

The Ethics Of Artificial Intelligence: Issues And Initiatives, European Parliamentary Research Service, 2020, (https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/634452/EPRS_STU(2020)634452_EN.pdf Çevrimiçi, e.t. 16.04.2021)

The European AI Alliance (https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/european-ai-alliance Çevrimiçi, e.t. 16.04.2021)

"The race to the top among the world's leaders in artificial intelligence", Nature, 2020 (https://www.nature.com/articles/d41586-020-03409-8 Çevrimiçi, e.t. 16.04.2021)

Turing, Alan., "Computing Machinery and Intelligence", Mind, C. LIX, S.236, 1950, ss. 433-460

Unfairness by Algorithm Distilling the Harms of Automated Decision Making, Future of Privacy Forum, by., 2017, (https://fpf.org/blog/unfairness-by-algorithm-distilling-the-harms-of-automated-decision-making/ Çevrimiçi, e.t. 16.04.2021)

Wachter, Sandra/ Mittelstadt, Brent, "A Right to Reasonable Inferences: Re-Thinking Data Protection Law in the Age of Big Data and AI", Columbia Business Law Review, 2018, s.2 (https://ssrn.com/abstract=3248829 Çevrimiçi, e.t. 16.04.2021)

White Paper on Artificial Intelligence: Public consultation towards a European approach for excellence and trust, European Comission, by., 2020 (https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/white-paper-artificial-intelligence-public-consultation-towards-european-approach-excellence Çevrimiçi, e.t. 16.04.2021)

Yılmaz, Gizem, "Yapay Zekânın Yargı Sistemlerinde Kullanılmasına İlişkin Avrupa Etik Şartı", Marmara Avrupa Araştırmaları Dergisi, C.28, S.1, 2020, s. 27 (https://avrupa.marmara.edu.tr/dosya/avrupa/mjes%20arsiv/vol%2028_1/2_Gizem_Yilmaz.pdf Çevrimiçi, e.t. 16.04.2021)

MAKALELER

HUKUKÇU KİMLİĞİ ÜZERİNE FELSEFİ BİR ANALİZ: "HUKUKÇUNUN HUKUKU" VE "HUKUK ARİSTOKRASİSİNİN GERÇEK HAYATTAN KOPUKLUĞU"

A Philosophical Analysis On The Identity of Legist : The Law Of The Legist And The Legal Aristocracy's Distance From Real Life

Dr. Öğretim Görevlisi Ayşe Yaşar ÜMÜTLÜ*

Özet: Bu yazıda öncelikle hukuk sisteminin kuruculuğunu erken ve modern dönemlerde üstlenen düşünürlerden hukukçu kimliği ortaya koyulmakta ve ikinci olarak modern dönemde hukukçu statüsünün gelişimine dair Max Weber'in "hukukçunun hukuku" ve Habermas'ın "hukuksallaşma ile rasyonelleşme" anlayışı açıklanmaktadır. Türk Hukuk sistemi Kıta Avrupası Hukuk sistemine tabi olduğu için özellikle bu sistemin temsilcisi düşünürler üzerinden mesele incelenmiştir. Böylece süregelen bir tartışma olarak "hukukçu statüsü"ne yalnız hukuk fakültesi mezunlarının sahip olması gerektiğine dair düşüncelerin, mantık dışı ve hukuk disiplinine aykırı olduğu ortaya koyulmaktadır. Bu bağlamda Weber'in teorisinde hukuk; ancak ve ancak ekonomi, bilim ve siyaset disiplinlerinin birbirlerinden beslenen ve hatta bağımlı olan nitelikleri ile mümkün olabileceği ve mahiyeti itibari ile hukukun asla bunlardan kopuk olamayacağı vurgulanmaktadır. Bu disiplinlerin hiçbirinin, diğerine önceliği söz konusu değildir. Bunun yanında Habermas'ın hukukun rasyonelleşme ile araçsallaştığı düşüncesinin gerekçeleri belirtilerek, modern hukukun sistemleşmedeki sorunu tespit ve ispat edilmektedir.

Abstract: New In this article, first of all, what the legist identity is revealed from the philosophers who undertook the founding principles of the legal system in the early ages. And secondly, the "the law of the legalists" theory of Max Weber and Habermas's understanding of "rationalization with legalization" regarding the development of the status of the lawyer in the modern period is explained. Since the Turkish legal system is subject to the Continental European Legal system, the issue has been examined especially through philosophers who represent this system. Thus, against ongoing debate, it is revealed that the thoughts that only law faculty graduates should have the "the status of legist" is irrational and contrary to legal discipline. In this context, the law in Weber's theory; it is emphasized that law discipline can only be possible with only economics, science, and political disciplines and their characteristics that are nourished and even dependent on each other, and law can never be separated from them as of its nature. None of these disciplines have priority over the other. In addition, by stating the reasons of Habermas's thought that law is instrumentalized by rationalization, the problem of modern law in systematization is identified and proven.

* Necmettin Erbakan Üniversitesi, ayumutlu.ajanda@gmail.com, ORCİD: 0000-0001-9500-5338
Makale Geliş Tarihi: 05.03.2021, Makale Kabul Tarihi: 03.05.2021

Ayrıca bu yazıda modern hukukun taraflılığı ve otoriterleşmesinin "hukukçunun hukuku" bağlamındaki hukuk felsefesi ve sosyolojisi alanındaki tartışmalara dair örnekler verilmektedir. Son olarak çağımız hukuk sisteminin cezalandırıcı adalet sisteminden, onarıcı adalet sistemine evrilmek zorunda kalması ile bugün adalet sisteminde hizmet eden, diğer disiplinlerin uzmanları belirtilerek, hukuk yetkinliklerinin kabul edilmemesinin tutarlı bir yanının olmadığı ortaya konulmaktadır. Çağın olgusal gerçekliği yapay zekaların avukatlık ve yargıçlık mesleğini icra etmeye başlamaları ile adalet sistemine hizmet eden hukuk elemanlarının çok daha farklılaştığının, artık asla yadsınamaz bir gerçeklik olduğu netleştirilmektedir. Dolayısıyla hukuk mesleğine dair gelecek öngörüler, yasa ezberciliğine dayanan pozitivist hukuk eğitimi yerine; hukuk ve adaleti, felsefesi ve sosyolojisiyle, çağın gerekleriyle içselleştiren kişilerin hukukçu olarak tanımlanabileceğinin, kaçınılmaz bir zorunluluk olacağı açığa çıkarılmaktadır.
Anahtar Kelimeler: Hukukçu statüsü, Hukuk Aristokrasisi, Hukuk Felsefesi, Hukuk Fakülteleri ve Hukuk Eğitimi, Cezalandırıcı Adalet, Onarıcı Adalet

In addition, this article gives examples of the debates in the field of legal philosophy and sociology in the context of "the law of the legist" of the uncertainty, bias, and authoritarianism of modern law. Finally, with the evolution of the legal system of our age from the punitive justice system to a restorative justice system, it is stated that the experts of other disciplines who serve in the justice system have to be accepted as one of the important members of legal system today. Also, it is an undeniable reality that legal personnel serving the justice system have become much more different because of the fact that artificial intelligence has started to practice the profession of lawyer and judge. Therefore, future predictions about the legal profession proves that instead of positivist legal education based on law memorization; it will be an inevitable necessity that people who internalize law and justice, with their philosophy and sociology understanding, can be defined as legists.
Keywords: Status of Legist, Law Aristocracy, Philosophy of Law, Law Schools and Law Education, Punitive Justice, Restorative Justice

GİRİŞ

Bu yazıda, modern hukuk bilimi ve hukuk felsefesi perspektiflerini kullanarak "Hukukçu statüsü ve gerekçelendirilmesi" sorununu inceleyeceğiz. Hukukçuluk söz konusu olduğunda en belirleyici faktörün, çeşitli bilim insanlarının hukuk sistemini tamamlayıcı nitelikte çalışmalarla ortaya koydukları toplumsal yaşamı düzenleyici veriler olduğunu, dolayısıyla hukukçuluğun sadece belli bir fakülte çatısıyla sınırlanamayacağı tezini savunacağız. Daha da önemlisi, hukuk ve adalete hizmet eden diğer bilimler arasındaki ilişkinin hukukun doğasının ya da mahiyetinin gereği kaçınılmaz olduğunu ve bu zorunlulukla diğer bilimlerle birlikte ilişkilendirildiğini iddia ediyoruz. Bilimsel pozitivizm-doğal hukuk ikiliğinin ötesine geçen bu yaklaşımın çağdaş hukuk felsefesi ve sosyolojisi araştırmalarında apaçık ortaya konulduğunu ve bunun farkındalığının oluşması için özellikle ülkemizde geç kalınmaması gerektiğini savunuyoruz.[1] Uluslararası sahada Post-Pozitivizm[2] ve eleştirel realizm[3] akımları söylediğimiz anlamda tartışmaları gerçekleştirmekte ve erdem temelli hukuk anlayışının yeniden yol gösterici olabileceğini iddia etmektedir. Bu nedenle sadece hukuk değil, ayrıca adalet ve etik kavramlarının meseleyi değerlendirmedeki merkezîliği ve üstünlüğünden hareket edeceğiz. Çünkü hukuk sistemi öncül olarak adalet için vardır; para kazanılacak ya da itibar edinilecek bir meslek doğurmak ya da statü elde etmek için değildir.

Dolayısıyla hukuk felsefesinin geçmişten bu yana hukuk temelini biçimlendirmesi, değerler yani aksiyoloji üzerinden gerçekleşmiştir. Bu nedenle, hukuk felsefesi söylemleri, hukuk uygulamasına daima yakın incelemelerde bulunur ve bu "adaletin sürekliliği ilkesi" için zorunludur. Hukuk felsefesine bu bakımdan özel bir yer (hatta bir tür "üstünlük") veren şey, gerçeklik alanına ve değerlere (yani ahlaki ve politik değerlere) sürekli olarak sağladığı farklı bakış açısıdır.[4] Hatta daha ziyade farklı bilim insanlarının adaleti güçlendirdikleri düşünce faaliyetlerinin temellerini bulabileceğimiz doğal hukuk anlayışında, değerler ya da etik öncelikli iken, ilerleyen zamanlarda doğal hukuk, sözde dogmatik veya metafizik bir felsefe gibi görülmüştür; bugün gelinen noktada ise hukukî

---

[1] Bibliyografya kısmında bu yazının ve kümülatif düşüncenin oluşumuna katkıda bulunan ve daha ileri bir araştırma için faydalı olacağı düşünülen geniş bir literatür taraması bulunmaktadır. Yazıda birebir atıfta bulunulmamış fakat genel düşüncenin oluşmasına katkısı olmuş eserlere de kaynakçada yer verilmiştir.

[2] Karla, A. Henderson Post-Positivism and the Pragmatics of Leisure Research, Leisure Sciences, no. 33:4, (2011): 341-346.

[3] Gorski, Philip. "What is Critical Realism? And Why Should You Care?". Contemporary Sociology: A Journal of Reviews. no.42 (2013): 658-670.

[4] Zakhartsev, S. I, & Salnikov, V. P. The Philosophy of Law and Legal Science. Newcastle-upon-Tyne: Cambridge Scholars Publisher. (2018)

pozitivizm, aslında şüpheci veya değerlerdeki görelilik duygusunun hakim olduğu bir kesinliği dogmatikleştirmek çıkmazına girmiştir.

Bu yazıda, hukukun, sistemli bilimsel bilgiye veya basit bir mantıksal analiz ve ezberî ansiklopedik sentezle sınırlı bilgiye ya da diğer bilimlerden kopuk bir tür "dogmatik" bilgiye indirgenmemesi gerektiğini savunuyoruz. Çünkü "Bir bilim olarak hukuka yapılan vurgu, hukuk kavramının kritik bir yönünün ihmal edilmesine veya reddine yol açabilir."[5]

Elbette bugün için tüm bilimler, mevcut bilgimizin en evrensel temsilcisidir. Fakat, bu bilgi, nesnel teorilere ve yasalara, belirli kavramsal alanlara sınırlanmış veya bunlara bağlı bir evrensellik arz ettiğini görebiliyoruz. Böylece bilimsel kavramlar ürettikleri kategorik alanların dışında kalan veya kendilerince alakasız olan her şeyi manipüle etme hatta süzgeçten geçirme diyebileceğimiz bir eğilim haline geçmektedir. Pozitivist hukuku bahsettiğimiz anlamda bir çıkmaza sokan da tam anlamıyla bu tavırdır.

Bununla birlikte, hatta bu nedenle, hukuktaki kısıtlı tanımlamalar, kavramsallaştırmalar, mesleki kurumsallaşmalar hakkında rasyonel olarak söylenebilecekler hiçbir zaman tükenmeyecektir. Aydınlanmanın ve modern dünyanın güçlü temsilcisi Immanuel Kant[6] dahi kendi dönemi için, hukukun gerçekte ne olduğu konusundaki kavrayışlara atıfta bulunarak döneminin hukukçularının da hâlâ kendi hukuk kavramlarına tam bir tanım yapamadıklarını söylüyordu.[7] Modern hukukun özellikle bu dönemde şekillendiği düşünülürse, Kant'ın bu söylemi oldukça dikkat çekicidir. Fakat aydınlanma döneminin tarihsel gerçekliği bağlamında yorumlanmalıdır; çünkü monarşiler ve din otoritelerinin keyfi idarelerinden kurtulma çabasının neticesinde hukuku katı bir bilimselliğe taşıma fikrini doğuran bu süreç, dediğimiz anlamda tarihsel bir gereklilikle bağlantılı olduğu için her dönem ve koşula uygulanarak mutlaklaştırılamaz.

Bu nedenle, en azından, bu farklı "kategoriler arasındaki ilişkiler", "kapsamları" ve "geçerliliklerinin ne anlama geldiği" gibi sorular hukuk disiplinin kendi düşünsel geçmişi ve gündemi ile bağlı araçları

---

5 Freeman, M. D. A., Lloyd's Introduction to Jurisprudence, (6th Edition, 1994): s.11.

6 Bkz.: Covell, C., Kant and the law of peace : A study in the philosophy of international law and international relations. Houndmills, Basingstoke, Hampshire : New York: MacMillan Press (1998); St. Martin's Press.; Mikalsen, K. K. Kant and Habermas on International Law. Ratio Juris, no. 26(2), (2013): 302-324; Capps, Patrick/ Rivers, Julian, Kant's Concept Of Internatıonal Law, Legal Theory, no. 16(4) (2010): 229-257; Ümütlü, Y. Ayşe, Immanuel Kant'ın Siyaset Felsefesi ve Daimi Barış Teorisi, Mana Yayınları, İstanbul, (2017)

7 Kant, I., Weigelt, M. / Müller, F., Critique of pure reason (Penguin classics) London; New York: Penguin., Of The Deduction Of The Pure Concepts Of The Understanding, (2007): s. 70, 84; ayrıca bknz, aynı eser, s. 365, 410.

kullanılarak analiz edilmeleri gerekmektedir; yalnızca mevcut pozitivist tasnifleri ve kategorilerin içinden çözülemez. Aksine, farklı türde bir rasyonel muameleye ve analize ihtiyaç duymaktadır. Nitekim bu, tam olarak, felsefi bir bakış açısıyla gerçekleştirilebilir. **O zaman kesin kategorik kavramlara indirgenemeyen, mutlak kurumsallaşmış ya da dogmatikleşmiş bir meslek tanımına dönüştürülemeyen "hukukçu türü" hukuk disiplininin yeni gündemi olacaktır.**

Bu yaklaşım biçimi, sadece ideolojik ve konjonktürel bir içerik olarak anlaşılamayacağı akılda tutulursa, bilimsel, tarihsel, kültürel, güncel anlamda tartışılması gereken fikirler olarak görülebilecektir. Felsefi teoriler bu nedenle tarihsel gelişimleri boyunca fikirlerin sistematik olarak detaylandırılmasından ve yorumlanmasından oluşurlar. Bilimsel kavramların eleştirisini analiz, karşılaştırma, kategorik tasniflendirme, sınırlar koyma ya da tüm bunları kapsayan bir tür toparlayıcı düşünmeyi gerektiren tartışmalara böylece farkındalık sağlar. Hukuk ya da hukukçu kimliği üzerine zoraki parsellenen tanımların doğal olarak eleştirel bir yaklaşımdan vazgeçmeyen felsefi sorgulamalarla irdelenmesi, farklı perspektiflerin aslında hukuk olgusunu sağlamlaştırdığının bir delilidir.

Yukarıda söylediklerimizi, yazının amacını ortaya koymak ve yazıda irdelenen problemleri kısaca ifade etmek gerekirse beş madde ile özetleyebiliriz.

1- Hukuk rasyonelleşme ve bilimsellik sürecinde, adalet amacını yadsıyan bir araçsallaşmaya dönüşmüştür

2- Hukukçuluk bir meslek olarak fakülte ve diplomanın kazandırdığı kimlik sınırlarına ve bu bağlamdaki bir kurumsallaşmanın içine hapsedilmiştir

3- Adalet üzerine çalışan diğer disiplinler ve meslek erbaplarının "hukukçu statüsü"nün reddedilmesi hukukun mahiyetine aykırıdır

4- "Hukukçunun hukuku" anlayışından doğan yetersizlik ve sınırlılık kaçınılmazdır

5- Modern Hukuk kendi aristokrasisini doğurmuş ve tanıklık edilen çağın realitelerinden (gerçekliklerinden) kopuk bir hale getirmiştir.

Özetlediğimiz bu hususlar, yazının ilgili bölümlerinde, tartışmaya yönelik eleştirilere de yer verilerek vurgulanacaktır.

1. HUKUK SİSTEMİ KURUCULARININ ÇOK YÖNLÜ UZMANLIKLARI VE SİSTEME KAZANDIRDIKLARI

Günümüz hukuk sisteminin ve adalet anlayışlarının oluşumunda kurucu düşünceleriyle öncülük eden pek çok bilim insanı, elbette

günümüz pozitivist[8] anlayışın, bilimlerin ayrışmasıyla geldiği noktadan, adalete bakmamıştır. Çünkü adaleti aramak ve sorgulamak ve adalete hizmet etmek söz konusu olduğunda bunun insanlığın ortak mirası olduğu muhakkaktır ve dediğimiz gibi bilimlerin mutlak sınırlarla ayrışmadığı bu erken dönemlerde, hukukun belli bir eğitim çatısının altına hapsedilmesi imkansızdı. Bu gün ise bilimsel ayrışma adında savunulan hukukçu statüsü daha ziyade uzmanlaşmaya atıfla yapılan bir daraltmaya dönüşmüştür. Kimi hukuk bilimcileri için hukukçuluk, bir ideolojinin son kalesi gibi, tüm diğer uzmanlıklardan soyutlanarak korunma merkezi haline gelmiştir. Maalesef hukuk sosyolojisi alanında bu tür durumların, "hukukun ideolojileşmesi" ve "hukukun taraflılığı" olarak adlandırılan ve yazının ilerleyen kısımlarında bu iddianın nedenlerinin anlaşılır olacağını düşündüğümüz nedenleri vardır.

Konumuza dönecek olursak; insanlık düşünce tarihinde adalet ve hukuk alanına katkıda bulunan düşünürlerin pek çoğunun epistemoloji ve hatta ontoloji teorilerinin temelinde başat kaygılarının adalet olduğu tartışmasızdır. En bilinen teorileri üzerinden hatırlatmak gerekirse, hukuk bilimini üreten, tabii olduğumuz adalet teşkilat ve yapısını kuran düşünce mimarlarından şu örnekler verilebilir:

Sokrates	: Eğitimci, "yurttaşlık ve yurttaşlık vazifesinin, adalet kavramının mahiyeti"ni sorgulayan filozof [9]
Aristo	: Biyolog, filozof, "denkleştirici ve dağıtıcı adalet kuramı"nın kurucusu[10]
Platon	: Matematikçi, "kral filozof teorisi ve sosyalist hukuk"un temellerini aldığı düşünür eğitimci ve siyaset adamı[11]
Epikuros	: Filozof, "hümanist düşüncenin ve liberal hukuka temel olan faydacı etiğin" ilk temsilcilerinden[12]
Cicero	: Romalı siyaset adamı, senato üyesi, vali, evrensel akıl, "uluslararası hukuk" düşüncesinin temellendiricilerinden, değişmez değerler öğretisi sahibi [13]

[8] . "Positivism". In *obo* in Sociology. 24 Oct. 2020. <https://www.oxfordbibliographies.com/view/document/obo- 9780199756384/obo-9780199756384-0142.xml>. Erişim, 5 Aralık, 2020

[9] Bkz.: Gowder, P. What the Laws Demand of Socrates—and of Us. The Monist, no. 98(4), (2015): 360-374.

[10] Bkz.: Duke, G. Aristotle and Law. New York: Cambridge University Press. (2019).

[11] England, E., & England, E. B. The laws of Plato; the text ed. with introduction, notes, etc. (Publications of the University of Manchester. Classical series ; no. 3-4). Manchester, London, New York [etc.: The University press; Longmans, Green &. (1921).

[12] Bkz.: Di Fabio, T. Justice and Philia. Politics and Philosophy in Greek Epicureanism. (2020).

[13] Bkz.: Du Plessis, P. J. Cicero's Law. Edinburgh: Edinburgh University Press. (2016).

Thomas Aquinas	: Din adamı, rahip "normatif hukuk ve yasa tanımları" ile hukuka hizmet etmiş, günümüz liberal hukukuna etki etmiş ve sivil itaatsizlik kuramlarının kurucusu[14]
Thomas Hobbes	: Eğitimci, "monarşik hukuk sistemi" teorisyeni[15]
John Locke	: Hekim, siyaset ve "hukukta güçler ayrılığı" teorisyeni[16]
Rousseau	: Edebiyat yazarı, gezgin, "liberal bireycilik", "insan hakları teorisyeni"[17]
David Hume	: Tarihçi, felsefeci, edebiyatçı, siyasal toplum, "uzlaşmacı adalet" teorisyeni [18]
Immanuel Kant	: Fizikçi, eğitimci, "Birleşmiş Milletler Teşkilatı" fikrinin kurucusu, insan hakları teorisyeni19
John Stuart Mill	: Politik ekonomist, siyaset adamı, liberal hukuk ve faydacı etik teorisyeni [20]
Herbert Spencer	: Ekonomi dergisi yazarı, biyolog, sosyolog, demiryolları mühendisi, "doğal haklar" ve "doğal hukuk" teorisyeni[21]
Hegel	: Tarih ve hukuk felsefesi akademisyeni[22]
Max Weber	: Hukukçu, ekonomist ve sosyolog [23]
Jurgen Habermas	: Felsefe profesörü, siyaset bilimci, sosyolog, "modern hukuk eleştirel kuram" teorisyeni[24]

---

14 Bkz.: McNabb, V. St. Thomas Aquinas and law ; a paper read to the Aquinas Society of London in 1929 (Aquinas Society of London. Aquinas paper ; no. 24). London: Blackfriars. (1955).

15 Bkz.: Cooper, K. Thomas Hobbes and the natural law. Notre Dame, Indiana: University of Notre Dame Press. (2018).

16 Bkz.: Dalaqua, G. H. Natural Law And Civil Law in John Locke. Aufklärung (João Pessoa, Paraíba, Brazil), no. 2(1), (2015): 149-168.

17 Bkz.: Rehm, M. Obligation in Rousseau: Making Natural Law History? Jahrbuch Für Recht Und Ethik = Annual Review of Law and Ethics, (2012): 139-154.

18 Bkz.: McArthur, N. David, Hume's Political Theory. Toronto, CA: University of Toronto Press. (2007).

19 Bkz.: Zöller, G. Law and Liberty, Immanuel Kant and James Madison on the Modern Polity. Revista De Estudios Kantianos, No. 3(1), (2018).

20 Bkz.: Jones, H. S., John Stuart Mıll: Law, Moralıty, And Lıberty. Modern Intellectual History, no.15(3), (2018): 879-891.

21 Bkz.: Gray, T. S., Is Herbert Spencer's Law of Equal Freedom a Utilitarian or a Rights-Based Theory of Justice? Journal of the History of Philosophy, no. 26(2), (1988): 259-278.

22 Bkz.: Salter, M., Hegel and law (Philosophers and law). Aldershot, Hants, England; Burlington, VT: Ashgate/Dartmouth. (2003).

23 Bkz.: Werner, Gephart,/ Johannes, Nanz., Law, Culture, and Society (Schriftenreihe des Käte Hamburger Kollegs "Recht als Kultur"). Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann. (2015).

24 Bkz.: Baxter, H., Habermas and Law. Milton: Taylor and Francis. (2020).

John Rawls	: Toplum ve siyaset felsefecisi, siyasal liberalizm, "adil toplumsal işbirliği, dağıtıcı adalet" kuramlarının teorisyeni[25]
Robert Nozick	: Felsefeci, "gönüllük esasına dayalı değiş tokuş ve adil kazanım" teorisyeni[26]
Michael Foucault	: Felsefe ve psikoloji uzmanı, "hukuksal-söylemsel iktidar modelleri" teorisyeni27

Tüm bu saydıklarımıza eklenebilecek ve adalet anlayışının şekillenmesine hizmet etmiş pek çok farklı disiplinden bilim insanı bulunmaktadır. Burada sadece en bilinen teorisyenler üzerinden bir derleme yaparak çalışmamızı sınırlandırdık. Adaletin çok yönlü bakış açılarıyla şekillenen dinamik yapısını ortaya koyması bakımından önemli olduğunun farkına varılması amacıyla bu kadarına yer vermek yeterli olacaktır. Bu düşünürlerin ve içinde yaşadıkları toplumların geçirdikleri süreçlerin sonunda ise, 17. ve 18. yüzyılların devamında, Batı düşünce sisteminin aydınlanma dönemi ile birlikte metafizik alana, doğal hukuk teorilerine ve inançla bağlı değer yargılarından uzaklaştığı bir dönem oldu. Fakat bu uzaklaşma gerçekte hiçbir zaman tamamen bir soyutlanmaya dönüşmemiştir. Çünkü temel hak ve hürriyetlerin pozitivist hukukla temellendirilmesi, teori bağlamında imkânsızdır. Temel hak ve hürriyetler, doğal hukuk olarak tanımlanan ve felsefi süreçlerin inşa ettiği normların sonucu olarak kabul edilmişlerdir. Durum böyle iken, modern hukuk biliminin ve hukuk eğitiminin, tam da bu dönemlerde geldiği noktadan nasıl göründüğüne dair en acımasız eleştirilerden birini, modern hukukun son derece güçlendiği bu dönemde, 1804 yılında, Kıta Avrupası'ndan Paul Johann Anselm Feuerbach gerçekleştirmiştir.

"Bizim üniversitemizin, bilimsel espri sahibi olmakla övünmeye hiç bir hakkı yoktur; çünkü sadece bir dinleme ve yazma kurumundan başka bir şey değildir. Bizim üniversitemizde, söyledikleri sadece dinlenmekten ve bir kağıda not alınmaktan başka işe yaramıyan konuşmacılara, bu konuşmaları karşılığında para ödenmektedir. Öğrenciler aslında kara cahil, fakat kibirli gevezeler olarak yazılı kağıt parçalarıyla —veya olsa olsa— bir sürü darmadağın hiç anlaşılmamış ya da yarı anlaşılmış düşüncelerle yüklü olarak evlerine döneler. Bu da çoğu kez ülke için tüm bilgisizlikten çok daha zararlı olmaktadır.[28]

---

[25] Bkz.: Förster, A., Peace, Justice and International Order. Basingstoke: Palgrave Macmillan. (2014).

[26] Bkz.: Wolff, J. Robert Nozick. Oxford: Polity Press. (1991).

[27] Bkz.: Golder, B./ Fitzpatrick, P., Foucault and law (Philosophers and law). Farnham, Surrey, England ; Burlington, VT: Ashgate. (2010).

[28] Schlosser, Hans; Çev: Cihangiroğlu, S. Hukukçunun Yetiştirilmesi ve Modern Toplum (Hukukçu Mu Yoksa Sosyal Düzenleyici Mi?), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, no. 33(1), (1976): s. 105.

Yazar, hukuk eğitiminin artık zamanın ihtiyaçlarını karşılayamadığı ve köklü bir reformu zorunlu hale getirdiğini olabilecek en açık şekilde ifade etmektedir. Hukukta bilimsellik düzeyini ısrarla eleştirmekte ve bu öğretim yönteminin özellikle mesleki uygulama ile bağdaşmazlığından yakınmaktadır. Mevcut hukukçu kimliklerinin eleştiriler karşısındaki tavrına ise yazarın, "görkemli ve toz kondurulmaz nitelikteki hukuk bilgiçliği hipertrofisi problemi" adını verdiğini görüyoruz. Bu sorunun çözümü için kurulması gereken diyalogların bir türlü kurulamadığından bahseder. Ayrıca tüm bu kaotik problemlerle ilgili olarak Feuerbach tarafından tespit ve ispat edilen şudur ki, hukuk eğitiminde yapılması gereken yenilikler, "günün gereklerine uygun olarak geliştirilen bir bilim teorisinden hareket edilerek uygulandığında, toplumu esas alan ve uygulama ile ilgili gerçekler, artık kabuk bağlamış hukuk kurumlarının maskelerini daha etkili biçimde düşürmektedir." [29]

1977 yılında Ankara Hukuk Üniversitesi Fakültesi dergisinde yayınlanan bu çeviri makalenin, bizim ülkemizde hâlâ gündemini koruyor olması daha da dikkat çekicidir. Feuerbach, Türk hukuk sisteminin tabi olduğu Kıta Avrupası Hukukunun deontologist bilimci yapısını bu derece acımasız eleştirmektedir. Mutlak bilimci positivist modern hukukun, hukukçu yetiştirmedeki sorunlarına rağmen, ülkemizde bilimciliğin aşırılıkla savunulması ve mevcut biçimiyle korunması konusunda ısrar eden yaklaşımların bir çıkmazı daha da kronikleştirmekten öteye gidemeyeceği şüphesizdir.[30]

Üstelik tanıklık ettiğimiz çağın problemleri üzerinden yorumlanırsa, hukuku ve kurumsal mekanizmanın işleyişini "entelektüel olarak katı, esnek olmayan ve içe dönük" bir yol oluşturduğuna dair önemli ölçüde artan rahatsızlık ve bu yöndeki doktrinel analizle desteklenen bir memnuniyetsizlik mevcut olduğunu görebiliriz.

Dolayısıyla bu duyguyla hareket ederek "gerçek hayattan kopuk hukuk aristokrasisi"[31] eleştirileri güç kazanıyor. Timasheff gibi düşünürlerin hukuk sosyolojisini hukuk bilimi içinde görmemesi, öte yandan hukuk felsefesini ise hukuk teorisi olarak adlandırarak hukuk bilimi içinde görmesi türden yaklaşımlar çağın gerçekliğini karşılamamaktadır.[32]

---

[29] Aynı eser, s. 107

[30] Gözler, Kemal, "Hukukçu Olmayan Dekanlar", http://www.anayasa.gen.tr/dekanlar.htm; "Hukukçu Olmayan Hakimler1", http://www.anayasa.gen.tr/aym-h-o-uyeler.htm; "Hukukçu Olmayan Hakimler2", http://www.anayasa.gen.tr/idari-yargi-hakimleri-uzun.htm; Ayrıca Bkz.: Kaya, Emir, Hukukçu Fetişizmi, Kemal Gözler Yanılıyor, Yanıltıyor, https://anayasa.gen.tr/kaya-hukukculuk-fetisi.htm, Erişim, 5 Aralık 2020

[31] Topuzkanamış, Engin, Max Weber'de Ekonomi, Hukuk ve Rasyonalite", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 14, Sayı: 2, s.253-274 (2013): s. 258

[32] Timasheff, Nicholas S., An Introduction to the Sociology of Law (with a new

Öte yandan Kantorowitcz ve Patterson gibi düşünürler tarafından, sosyolojisi ve felsefesi ile hukuk bilimini bir bütün olarak kabul eden yaklaşımların yadsınması artık imkansız hale gelmiştir.

> "Kantorowicz ve Patterson'ın belirttiği gibi "*hukuk bilimi, hukuk ve bilim dışındaki unsurların yardımı olmaksızın işe yaramaz*"[33]. Bu ünlü yazarların cümlesinden, hukuk biliminin, pozitif hukuk bilgisiyle sınırlı olmadığını ve hukukun sadece bilimsel (betimleyici veya açıklayıcı) bir açıdan ele alınmasının eksik olacağını anlayabiliriz."[34]

2. POZİTİVİST HUKUK DÖNEMİNDE WEBER'İN "HUKUKÇUNUN HUKUKU" YAKLAŞIMI, HABERMAS VE KELSEN'İN HUKUKUN RASYONELLEŞMESİ TEORİLERİ

Bahsettiğimiz düşünürlerin fikirlerinden yola çıkarak, herhangi bir hukuk kavramının, amacına hizmet edebilmesi için bir takım değerleri de beraberinde taşıması gerektiği gerçeğini kabul etmeliyiz, bireyin ve toplumun iyiliği bu nedenle daima hukukta adaletin temel gerekçesi olmalıydı.

Fakat 18. ve 19. yüzyıllar arasında, bilimsel gelişmenin patlamasına şahitlik eden bir çağ olarak, spekülatif felsefede özellikle Alman klasik idealizmi, felsefeyi, tarihi determinizm üzerinden savundu. Ancak bu klasik Alman idealizmi, bilimsel gelişme nedeniyle ortaya çıkan felsefi sorunlara cevap veremedi. Bu nedenle pozitivizm, doğal ya da deneysel bilimlerin gerçek bilginin tek güvenli kaynağı olduğunu iddia eden ve dolayısıyla felsefi çalışmanın bilişsel değerini reddeden felsefi bir eğilim haline geldi. Pozitivizmin temel ilkesi bilişsel önermelerin anlamı için doğrulanabilir ve ölçülebilir ölçütlere bağlılık idi ve kendisini yalnızca doğa ve bilimle sınırladı. Gerçekliğin yalnızca bir yönünü, maddi gerçekliği ve yalnızca bir taraftan doğrulanabilir ve ölçülebilir yönü, yani verilen veya algılanan verileri inceledi. Böylece, pozitivizm, aşırı biçimiyle, tüm teorik ve metafizik spekülasyonları bir bilgi edinme aracı olarak reddetti ve geleneksel felsefenin varlık, töz ve nedenler hakkındaki tüm kavram ve önermelerini yanlış ve anlamsız ilan etti. [35]

---

introduction by Javier Trevino), 3th Printing, Transaction Publishers, (2001): s. 27-29

[33] Kantorowicz, Herman U./Patterson, W., "Legal Science--A Summary of Its Methodology", Columbia Law Review,Vol. 28, No. 6 (Jun., 1928), s. 707, pp. 679-707. 'den aktaran Aktaş, Sururi, Hukuk Kavramının Analizi, Ankara Üni. Hukuk Fak. Dergisi, no. 67(2), (2018): s. 229

[34] Aynı yer.

[35] Green, Leslie and Thomas Adams, "Legal Positivism", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2019 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <https://plato.stanford.edu/archives/win2019/entries/legal-positivism/>. Erişim, 10 Aralık 2020

Modern dönemde hukuk teorileri arasında hakim olan bu yaklaşım, hukuksal pozitivizm fikrine dayanan normatif yaklaşımdır. Hukuksal pozitivizm ile, hukuki normların pozitivist ve bilimsel gerçeklik vizyonu perspektifinden spesifik yorumlanmasını kastediyoruz. Dolayısıyla, hukuki normlar alanına uygulanan bu bakımdan sadece pozitivist zihniyettir. Pozitivizmin şeylerin kesinliğini veya amacını araştırmayı reddetmesi gibi, hukuksal pozitivizm de normların kendilerinin normatif varoluşunun ötesinde hukuki normların gerekçelendirilmesinin araştırılmasını reddeder. Bu önermeye dayalı olarak, hukuksal pozitivizm, hukukun uyması gereken mutlak bir standart olarak evrensel geçerliliğe başvurmaya saldırır. Çünkü bu konum, bir Yüce Varlık, Tanrı tarafından yaratılan yüce bir ahlaki normun varlığını veya evrensel olarak kabul edilen mutlak bir ahlaki normun varlığını ilan eden doğal hukuk anlayışının temel kavramıyla alakalıdır.[36]

Hukuki pozitivizmin en bilinen savunucusu Hans Kelsen'dir. İrrasyonel bir unsur olarak gördüğü, doğuştan gelen değerlerle bağlı doğal hukuku duygusal ve öznel bulur, hukuki bilişsel sürecini özgürleştirmeye ve temizlemeye yönelik bir girişimle reddeder. Aslında, ona göre yasanın hiçbir ahlaki çağrışımı olmamalıdır. Bu nedenle Kelsen için siyaset, etik, ahlak ve din gibi hiçbir şey hukuku etkilememelidir. Hukuksal önermelerin mantıksal aşkınlığını tamamen reddeder.[37]

Alman idealizminin değerler ve doğal hukuk alanına yaptığı bu saldırı, kendi zamanlarında Alman düşünürler Weber ve Habermas'ın hukukta bilimcilik konusundaki destekleri ile bir yandan güçlenirken; aynı zamanda bilimciliğe olan bağlılık ve bunun üzerinden inşa edilen etkinliğin rahatsız edici boyuta gelmesine karşı eleştirilerini de açığa çıkarmıştır.

Örneğin, 1864-1920 yılları arasında yaşamış önemli Alman hukukçu ve ekonomisti Max Weber, hukukun rasyonelleşmesini bir çeşit sosyal evrimin neticesi olarak algılar. Modern Hukuku, ilkel hukuk dönemlerinden günümüze gelinceye kadar, keyfilik ve siyasi müdahalelere açıklık, karizma olarak adlandırdığı ikna ve etki yeteneği yüksek kişilerin hukuk yaptığı dönemlerin bitişi olarak yorumlar. Açıkçası bu aslında, bilim olmanın kriterleri olarak modern dönemin bilimselliğe dair bir süreç analizidir ve tüm bilimler için savunulur. Nitekim Weber aslında hukukun bilim olma yolunda geçirdiği evreleri

---

36 Leiter, Brian and Matthew X. Etchemendy, "Naturalism in Legal Philosophy", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Summer 2017 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <https://plato.stanford.edu/archives/sum2017/entries/lawphil-naturalism/>. Erişim, 10 Aralık 2020

37 Akbay, Muvaffak, Kelsen'in Hukuk ve Devlet Teorisi, https://dspace.ankara.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/20.500.12575/47502/2118.pdf?sequence=1&isAllowed=y, Erişim, 15, Aralık, 2020, s. 33; Engin, Arıkan, "*Kelsen'in Saf Hukuk Kuramı ve Otesi*", YUHFD, C.XVII, no.2, (2020): s.426.

dönemin pozitivist yorumlarından hareketle sınıflandırmaktadır. Fakat Weber'in bu açıklamasının devamında, modern hukukun ekonomi ve siyasi alanların etkisinden soyutlanmak üzere inşa ettiği yeni düzenin hukuk aristokrasisi oluşturmak ve gerçek hayattan kopmakla sonuçlandığını vurgulaması, asıl dikkat edilmesi gereken meseledir.[38] Üstelik Weber'in hukuk mezuniyetine rağmen ekonomi profesörlüğü ile hayatına devam etmesi ayrıca manidardır.

Yine Kıta Avrupası hukukunun önemli temsilcilerinden Habermas iletişimsel eylem kuramında hukukun işlev kazanmasını anlatırken bunu "toplumsal yaşam dünyası" ve "sistem dünyası" ayrımıyla ortaya koyar. "Toplumsal yaşam dünyası"nda geçmiş (tarih) ve değer yargılarının ve bunlarla bağlı kanaatlerin, dolayısıyla da önceden farzedilen doğruların temel ögeleri oluşturduğunu ifade eder. Nitekim üç unsur önemli hale gelir. Kültür, Toplum ve Bireyin Kişiliği.

"Sistem dünyası"nda ise düzenin ekonomi ve iktidar eğilimleri üzerinden inşa edildiğini hukukun burada işlev kazandığını savunur. Bu alanda hukuk, normatifliği sayesinde ekonomi ve devleti kurumsallaştırmayı sağlar. Fakat bu gelişme, ona göre, aynı zamanda, sanat, bilim, ekonomi, ahlak, siyaset, hukuk gibi alanları birbirinden uzaklaştırarak kendi mantıklarını oluşturdukları bir rasyonelleşme sürecine götürür. Bunun en negatif sonucu ise, tüm ilişkilerin (birey-toplum, devlet-birey, toplum-devlet ilişkileri gibi) ve prosedürlerin aşırılıklar üzerinden biçimlenmesidir.[39] Bu perspektiften bakıldığında günümüzün "hukukçu" tanımının, bilimin rasyonelliği ile bir aşırılık üzerinden kullanması ile prosedürlerin ve fakültelerin parsellediği bir adaletsizliğe nasıl hapsedildiği daha net görülmektedir.

Halbuki yine Habermas hukuk, normatiflik üzerinden işlevsel olmakla bir kurum olsa dahi aynı zamanda kültürel bir bilgidir, demektedir. Ona göre, Avrupa Tarihinde "hukuksallaşma" pozitivist hukukun genelleşmesi ve yaygınlaşması ile gerçekleştikten sonra, hukuk araçsallaşmıştır. Böylece hukukun amacı olması gereken adalet kaygısı yok olmuş, bireyler devletin toplumsal yaşam sistemine sürekli ve aşırı

---

[38] Topuzkanamış, Engin, "Max Weber'de Ekonomi, Hukuk ve Rasyonalite", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakultesi Dergisi Cilt: 14, Sayı: 2, (2012) (Basım Yılı: 2013), ss. 255-259; Ayrıca bknz; Trubek, David M., Max Weber on Law and The Rise of Capitalism, https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4993&context=fss_papers, Erişim, 5 Aralık, 2020 ; ve Bkz.: Rheinstein, *Introduction* To Max Weber On Law In Economy And Society, (M. Rheinstein Ed. 1954), And R. Bendix, Max Weber, An Intellectual Portrait, (1962): 385-457

[39] Çev. Yükselbaba, Ülker, Habermas'ın İletişimsel Eylem Kuramı'nda Hukuk, Deflem, Mathieu, "Introduction: Law in Habermas's Theory of Communicative Action". In: Habermas, Modernity and Law, ed. MATHIEU DEFLEM. London: Sage, (1996)'dan uyarlanmış ve değiştirilmiştir. Vniversitas. ucls. Bogotá (Colombia) No. 116: 267-285, julio-diciembre de 2008'de yayınlanmış., İÜHFM C. LXXII, S. 1, (2014): s. 877-894, s. 879

müdahalesine açık hale getirilmiştir.[40] Böylece bağımsızlıkların ve özgürlüklerin sınırlandırılmasındaki aşırılığa hukukun araç olarak kullanılması yani "araçsallaşması" asıl amacı olan adaleti tesis etmede kendi sistemini çökertmesi anlamına gelir. Hukuk araçsallaşmış bir mekanizmaya dönüştükten sonra, sistemin sadece uygulayıcısı olmak ve bununla itibar, güç ve para kazanmayı hak olarak gören hukukçulardan oluşması ise kaçınılmaz neticesidir. Hukuksal rasyonalite, doktrinsel bir sistem olarak hukukun kendisi olarak sunulursa, o zaman hukukun "üretken" hukukçular yetiştirmesi imkansız olacaktır.

Genellikle hukuk felsefesine ait olduğu düşünülen teorik kavramlar (yasal pozitivizm, biçimcilik, doğa hukuku, anayasacılık, gerçekçilik vb.) aynı zamanda hukukçuların kendi profesyonel pratiklerini de şekillendirir; özellikle hukuk uygulamasının daha soyut doktrinel katmanlarında, ki bunlar aynı zamanda en geniş kapsamlı anayasa mahkemeleri kararları ve insan hakları hukuku gibi alanlarında görülmektedir. Bu nedenle hukuk felsefesi ve sosyolojisi gerektiği gibi çoklu disiplinlerden uzmanların eğitim ve öğretimi ile hukukun kendisi arasındaki temas noktası olarak bulunması zorunludur.

Hukuk kavramlarını ve teorilerini üretmek, hukukun felsefesi ile örtüşürken; uygulamasının yani hukuk pratiğinin incelenmesini içeren teoriler hukuk sosyolojisiyle örtüşmektedir. Katı veya akademik anlamda hukuk bilimciliği, halihazırda hukuk içinde gelişime sahip olan fikirleri sistematize etmeyi amaçlayan herhangi bir yetkinliği tek başına sağlayamaz.

Hukuk her halükarda herhangi bir felsefe için genel felsefi sorunlar ortaya çıkaran tarihsel-kültürel bir kurum olduğu gerçeğine karşı koyulması imkansızdır. Bu nedenle, Batı düşünce tarihindeki filozofların ürettiği fikirlerde hukuk her zaman var olmuştur; farklı kategorik kavramların sentezinin sonucu olan "hukuk" fikrinden bahsetmek hâlâ ancak bu temellere vâkıf olmakla bağlıdır. Hukuk tarafından ortaya atılan sorgulamalar bu yönüyle, normatiflik kökenini, otorite, toplum, adalet, ahlak veya bilimsel realitelerle olan ilişkisi gibi genel felsefi problemlerdir. [41]

Bu nedenle, günümüzde özellikle ülkemizdeki hukukçuların hukuk felsefesine ilişkin yaklaşımı eksik ve hatalıdır. Eğitimleri nedeniyle hukukçular, doğrudan hukuk kategorilerine dayalı bir düşünceyi üstlenmeye hazırlanmak zorundadır; fakat hukukta önemli

---

[40] Duran, Muhammet Sait, Habermas'ın Söylem ve Etiğinde Ahlak ve Hukuk, İÜHFM C. LXXV, S. 1, s. 61-84, 2017, s. 63

[41] Bkz.: Timmins, Adam, Between History and Philosophy of Science: The Relationship between Kuhn's Black-Body Theory and Structure, The Journal of the International Society for the History of Philosophy of Science, no. 9:2 (2019): 371-387; Dubber, D. Marcus, New Historical Jurisprudence: Legal History As Critical Analysis of Law, https://www.rg.mpg.de/1077391/2-1-11_dubber_-_final.pdf, Erişim 5 Aralık, 2020

problemlerden, kanun boşluğunu doldurmak ya da bir iddianamenin gerekçelendirilmesinde, eğitimleri süresince yaşadıkları felsefi ve sosyolojik kayıtsızlığın neticeleri görülür.

Hukukçular doktrinlerini tasarlarken genel felsefi teorileri benimsediklerinin tam olarak farkında değiller aslında, hukuk kategorisi her zaman kendi iç meta-teorisini inşa etmek için bir felsefeye muhtaçtır. Tek bir felsefi doktrin örneğin "hukukî pozitivizim" hukuk alanında hukuk olarak adlandırılamaz ve hukukun hukukçuların eseri olduğu gibi bir algı da hukuk tarihi içinde yerini bulamaz. Bu, hukukçu kimliği ve aprioristik etiketini sadece hukuk fakültesi mezunlarının hak etmediğini, daha çok özel olarak hukuk sistemine uygulanan tezler, kavramlar ve yöntemler yoluyla farklı bilim uzmanlarının da hukuktaki hizmetleri ile hukukçu olduklarını kanıtlar.[42]

Dolayısıyla, hukuk felsefesi tarihinin bize gösterdiği şey, hepsi hukukta bir araya gelen ve genel tarihsel felsefi sistemler ve bir disiplin olarak hukuk ve kanunda tanıklık edilen çağlardaki fikirlerin bir süreklilik arz ettiğidir.[43] Ayrıca hukuk felsefesi mutlaka ahlak felsefesi ve siyaset felsefesiyle iç içe olduğu anlamına gelir; sadece aşkın bir perspektiften bakılan bilimci anlayış çerçevesinde inşa edilemez.

Üstelik yasal kavramlar doktrinsel kavramlardır. Pratik kavramlar olarak temel amaçları sadece hukuk işlemlerine teknik anlamda rehberlik etmek değil, bunu haklı bir şekilde yapmaktır. Yani kavramların doğru bilgiyle adalete hizmet edecek manalarla anlamlandırılması yani gerekçelendirilmesi gerekir. Bu demek oluyor ki; hukuki kavramlar, hukuki kararlarla ilgili olarak tartışma ve gerekçeler sunma, hukuki işlemleri gerekçelendirme ile bağlantılıdır. [44]

Tekrar hatırlatmak gerekirse, günümüze kadar hukuki pratiği şekillendiren "idealler" veya "düzenleyici fikirler" olagelmiştir. Yani, bunlar değerlerdir. **Değerler, bu bağlamda hukuk uygulamasının gerçek aşkın yapı taşlarıdır.** Bu yapı taşlarını inşa edenler de bugün anlaşıldığı biçimiyle bizatihi hukuk eğitim almış hukukçular değillerdir, yazımızda örnekleri ile bu konuyu apaçık bir şekilde ortaya koyduk. Geçmişte öyle olması bugünde öyle olacağı anlamına gelmez diyenlerin, inşa edici yetkinliği aldıkları eğitimle sağlayamadıklarını da belirledik. Çünkü yasal uygulamada bu temelde gerekçelendirici kavramlarla uğraşmak, temel değer yargılarının kümeleri açısından bunların versiyonlarını veya yorumlarını sağlayabilen kavramlardan

---

[42] Bkz.: Nancy Levit, Listening to Tribal Legends: An Essay on Law and the Scientific Method, 58 Fordham L. Rev. 263 (1989).

[43] Friedrich, Carl Joachim, The Philosophy Of Law In Historical Perspective, Chicago: The University of Chicago Press, (1958): s. 253

[44] Daci, Jordan. (2010). Legal Principles, Legal Values and Legal Norms: are they the same or different?. Academicus : International Scientific Journal. MMX. 10.7336/academicus.2010.02.11.

yararlanmayı gerekli kılar. Hukuk kavramları her zaman değer yargılarının seçimleridir. Hukukun tüm teknik-pratik karmaşası, öncelikle hukukçunun çalışmasının temel araçsal birimleri olarak kurallardan oluşur ve değerler arasındaki müzakerelerin ve dengelerin sonucudur ve dolayısıyla içlerinde kapsanan kavramların pratik uygulaması, temelde yatan değer yargılarıyla ve onları rasyonel olarak nesnel geçerliliğe dayandırma ihtiyacıyla ayrılmaz bir şekilde bağlantılıdır. [45]

Böylelikle hukukun hakkaniyetle icra edilebilecek tek boyutu, hukuku kendi pratiğinden felsefi-ahlaki ve felsefi-politik kavramlarla içsel olarak bağlı olduğunu kabul etmekle başlar. Genel veya çok kapsamlı pratik felsefe sistemlerine (liberal, faydacı, cemaatçi, deontolojik, sosyal vb. yönelimlerle) götürür ve bu sistemlerden bu yasal kavramların yönelimi ve normatif eleştirisi gerçekleşir. Bu normatif işlevler hukukun temeline karşılık gelir.

Hukuk felsefesi ve sosyolojisinin, aslında adalet misyonun değişen süreçleri de öngörerek inşa etmeye yönelik girişimleri gerekli kıldığını gösterdik. Hukuk felsefesi, içerdiği değerler, hem aşkın temeller hem de aynı anda pratik felsefeden gelen fikirler olarak, ikisi arasında ileri geri harekete izin veren bir köprü görevi görür. Sonuçta hukuk, yalnızca siyasal-ahlaki değerlerin gerçekleştirildiği ve somutlaştırıldığı ve dolayısıyla bu değerlerin kesin bir gerekçelendirme kazandığı bir yer değil, aynı zamanda ahlaki felsefe ve siyaset felsefesi, kendi aşkın perspektiflerinden eşit şartlarda birleşir.[46]

Ahlaklı ve politik süreçlerle ilgili bir toplumu mümkün kılmak için gerekli olan tarihsel-kültürel ağı kurmada da felsefi fikirler ve sosyolojik analizler etkin rol alırlar. Hukuk, yalnızca bir toplumun ideolojik öz-tanımlamasını değil, aynı zamanda, tüm pratik değerlerin nihai olarak "kişileştirildiği", yani bir bütün olarak topluluğa atfedildiği kendi siyasi ve ahlaki öz-haklılığını temsil eder. Dolayısıyla hukuk, “kamusal akıl” fikrinin kendisiyle ilişkilidir.[47]

Mesele, hukukun teknik veya direktif boyutu üzerindeki yaygınlığı değildir, çünkü ilgilendiği sorunlar nihai olarak aksiyolojik olan ve eşit şartlarda çözülmesi gereken çatışmaları ve anlaşmazlıkları kapsar. Hukuk uygulaması, hukuki meselelerin tutarlılığını veya “bütünlüğünü” sürekli olarak inşa etmeye ve yeniden inşa etmeye çalışan bir yöntemle

---

[45] Coleman, Jules, Legal Theory and Practice, https://core.ac.uk/download/pdf/72833667.pdf, Erişim, 10 Aralık, 2020

[46] Aral, Vecdi, “Hukukta Felsefenin Önemi”, https://cdn.istanbul.edu.tr/file/1CD58DF90A/7FAE6AD0D3DE4C1094B8E4922B0534E7?doi=, Erişim, 10 Aralık, 2020; Satıcı, Murat, Hukuk Felsefesine Neden İhtiyacımız Var?, İnsan&İnsan, Yıl/Year 6, Sayı/Issue 21, Yaz/Summer 2019, 713-724 DOI: https://doi.org/10.29224/insanveinsan.518261

[47] Özhan, Mahir, John Rawls'ta Kamusal akıl Üzerine İnceleme, no.9, (2020): s. 108-112.

yönetilmemelidir. Gerekçelendirme (yasal yöntem), daha sonra, her davayı birden çok kriter (alaka düzeyi, açıklama, uygulanabilirlik, doğruluk, uygunluk, tartım, vb.) sayesinde etkin bir şekilde "toplamayı" gerektiren karmaşık bir yorumlayıcı eylemdir.

Bir bütün olarak hukuk tekniği ve sürekli gelişimi boyunca alınan ilkelerin her biri, adalet ve ahlak değerlerine hizmet eden haklı bir uygulama olarak görülmelidir. "Kapsayıcı" bütünlük, sırasıyla değerleri gerçekleştiren bir kurum olarak hukukun gerekçelendirildiği "saf" bir bütünlüğü ifade eder; yoksa eleştirilir. **Pozitivist hukuk görüşünden doğan katı bilimcilik ise bir önyargıdan başka bir şey değildir ve sadece bir önyargı değil, aynı zamanda bir engeldir.**

3. CEZALANDIRICI ADALET SİSTEMLERİNİN YETERSİZ KALIŞI VE ONARICI ADALET SİSTEMİNE EVRİMİ, İNFAZ KURUMLARINDA MESLEK ÇEŞİTLİLİĞİ

Görüldüğü gibi, hukukun sadece hukukçular tarafından şekillendirildiği dönem Avrupa tarihinin rasyonelleşme süreci ile ilgilidir. Tüm disiplinlerinden metafizik ve inanç unsurlarını dışlayan bu düşünce sistemi, hukukun da tüm diğer disiplinler gibi sadece hukuk eğitimi alanlara münhasır bir alan olması gerektiğine doğru evrildi. Fakat post modern dönemde eleştiriler ve toplumsal ihtiyaçların gerekleri ile bir dönüşüm geçirdi ve sadece hukukçuların yasaları belirleyici olduğu adalet sisteminin cezalandırıcılığının beklenilen caydırıcılığı sağlayamamasından ötürü, din adamlarının onarıcı bir adalet sistemi önermeleriyle birlikte, adalet sistemine ilk önce din adamlarının rehabilite tavsiyesi ile tekrar dahil olduklarını görüyoruz.[48] Nitekim bu durum, dinî bir hukuk gelişimi olarak yorumlanamaz. Hukuktaki her teori ve uygulama gibi amacı bağlamında dikkate alınmalıdır.

> "Din Hizmetleri, din eğitimi, manevi danışmanlık ve rehberlik faaliyetleri suç-ceza ve bu payda da ceza infaz kurumlarının tarihiyle eşdeğerdir. Ülkemizde de Diyanet İşleri Başkanlığı tarafından görevlendirilen din adamları vasıtasıyla tutuklu ve hükümlülerin dini ve ahlaki duygularını geliştirerek yeniden topluma kazandırılması amacıyla çalışmalar yürütülmektedir. 03.12.2019 tarihli Adalet Bakanlığı ile Diyanet İşleri Başkanlığı İş Birliği Protokolü Madde 4'de 'Manevi Rehberlik Birimi' tanımı yapılarak faaliyetlerine devam etmektedir."[49]

---

[48] Bkz.: History of Restorative Justice, http://www.arjaa.org/history-of-restorative-justice, Erişim, 15 Aralık 2020; Pollock, Joycelyn, Texas State University, The Philosophy and History of Prisons, http://samples.jbpub.com/9781284020212/15963_CH01_Pass3.pdf; Ayrıca bknz; World Prison Brief, https://www.prisonstudies.org, Erişim, 15 Aralık 2020

[49] https://ankarace.adalet.gov.tr/dini-ve-manevi-rehberlik-servisi, Erişim, 15 Aralık 2020

Elbette adalet alanına katkıda bulunan diğer disiplinler de bireyi ve toplumu inceleyen disiplinlerdir. Yani psikoloji ve sosyoloji ve elbette tüm disiplinlerin anası olan felsefe uzmanları da sistem içinde sorgulayıcılık, değiştirici ve dönüştürücülük yetkinlikleri ve eğitimcilik vasıfları ile yer alırlar.[50]

İnfaz Kurumlarının en önemli destek personeli özellikle bu uzmanlar haline gelmiştir.[51] Yasayı anlama ve uygulama konusunda deontologist kıta Avrupası hukuk anlayışı ile sonuçsalcı anglo sakson hukuk yaklaşımının mutlak bilimci tavrı, insana karşı soğuk ve acımasız cezalandırıcılığını ancak bu uzmanların destekleri ile daha insan haklarına yakışır bir ıslaha dönüştürebilmektedir. Aksi takdirde mutlak bilimci pozitivist hukukçu kimliği bu alanda çaresiz ve çözümsüz bir yok edicilik arz etmektedir.

4. HUKUKTA DOĞAL HUKUKUN YENİDEN GÜÇLENMESİ, İNSAN HAKLARI HUKUKU VE ULUSLARARASI HUKUKUNUN GELİŞİMİ

Hızla dijitalleşen günümüz dünya toplumlarında ise hukuk mesleklerinde ve adalet sistemlerinde yaşanan dramatik dönüşümler göz önüne alındığında, hukuk eğitiminde paralel gelişmelere tanık olunması beklenebilir. Fakat maalesef, hukuk müfredatında acil reform ihtiyacına rağmen, hukuk fakültelerinin müfredatı birçok açıdan hukuk öğrencilerinin atalarının zamanındaki müfredata benzemeye devam etmektedir. Öte yandan hukukun dijitalleşmesi ile bir yandan olumlu bir yandan ise tartışmalı etik problemler ile yüzleşilmesi gerekmektedir. Yapay zeka hukuk asistanlığı, online hukuk hizmetleri ve yazılımlar, ayrıca online hukuk klinikleri gibi uygulamaların, hatta yapay zeka yargıçların devreye girmesi ile hukukçu statüsündeki farklılaşma tartışmasız hale gelmiştir.[52] Bilişim ve Mühendislik fakülteleri ile birlikte çalışmanın zorunluluk haline geldiği yapay zeka çağında hukuk[53] tarihsel

---

50 Elitez, Didem/ Gönültaş, Burak, Adli Sosyal Hizmet, Yaklaşım ve Müdahale, Onarıcı Adalet Uygulamaları ve Türkiye'de Arabuluculukta Sosyal Hizmetin Rolü, Nobel Yayıncılık, Ankara, (2020): s.234; Yücel, Mustafa, Adli Sosyal Hizmet Anlayışında Gerçekçi Yaklaşım, Ankara Üni. Hukuk Fak. Dergisi, no. 65, (2016): s. 3715-3733

51 Acun, Necmi, *Ceza İnfaz Kurumu İdaresi*, Seçkin Yayıncılık, Ocak 2019, Ankara, ss. 49-55

52 "Hukukun Dijitalleşmesi ve İnsan Hakları" konulu bildiri tarafımca "4th Bosphorus International Conference on Cybersecurity, Cyberpolitics and Social Sciences" adlı konferansta sunulmuş ve bu konu detaylı olarak ele alınmıştır. Tam bildiri metnini yayına hazırlamaktayım. Bu nedenle konu burada daha fazla irdelenmemektedir. Şu adresten takibi yapılabilir : http://www.cyberpolitikjournal.org/index.php/main; Ayrıca Bkz.: Benyekhlef, K./ Bailey, J./Burkell, J./Gélinas, F. EAccess to justice (Law, technology, and media). Ottawa: University of Ottawa Press.; Weinstock, D., Cyberjustice and Ethical Perspectives of Procedural law. In EAccess to Justice, University of Ottawa Press. (2016): s. 305

53 Yapay Zeka Çağında Hukuk, İstanbul, Ankara ve İzmir Baroları Çalıştay Raporu, (2019)

konjonktürden etkilenmeden atalardan kalma hukuk müfredatı ve fakülte yapılanması ile artık yol alamayacaktır.

Dolayısıyla hukuk fakültelerinde değerler ve inançla bağlı göreceli kavramların evrensel bir etik alanı kabul eden hukuk disiplinindeki değişimler son derece hızlı gelişmektedir. Ortak akıl ve vicdana dayanan temellerle inşa edilmiş insan hakları bağlamında devletlerin anayasal kimlikleri için "insan" merkezli etik son derece önemlidir. Ayrıca uluslararası hukukun da temelinde yer alır.

> "Çağdaş uluslararası hukuk literatürünün temelini atan De jure belli ac pacis ile De jure prædæ'den oluşan çalışmaların başlıca özelliği, bu yapıtların antikiteye kadar geri giderek kendinden önceki dönemin yazar ve düşünürlerinin kavimler hukuku ile ilişkilendirilebilecek düşüncelerinin bir sentezini yapmış olmasıdır." [54]

Nitekim doğal hukuk kuralları, kanun koyucunun rasyonalitesinden ve iradesinden doğan pozitif hukuk kurallarından farklı olarak, bağlayıcılığını ve hukuk olma halini, değerini insanın toplumsallaşmaya uygun yaratılmış doğasında görmektedir. Hukukçu statüsüne dair tartışmalarda doğal hukuk pozitivist hukuk ayrımının yeri olmadığına dair iddia bu bakımdan hatalıdır. Üstelik tüm bu değerler ve etik üzerine dersleri pekâla hukuk felsefesi, sosyolojisi ve psikolojisi uzmanlarının oluşturabilecekleri etik kurullar yoluyla sağlamaları önemlidir. Çünkü en temel kavramları içselleştirilmemiş, bunların nasıl ilkeler haline dönüştüğünü idrak edememiş ve sonrasında bu ilkelerin yasalaşmasının gerekçelerine hakimiyet sağlamayan zemini boş bir hukuk da, tüm bunlara vakıf olamayan hukukçu da adalet amacına hizmet edebilecek düzeyde değildir.

Bu bağlamda hukuk eğitimine bakılacak olursa, sadece hukuk doktrininin uygulamaya yönelik yasaları ezberlemek ve ezberletmekle ancak hukuk teknikeri üretilir. Halbuki adaleti tesis etmek anlattıklarımızdan çok daha derin, felsefi ve sosyolojik analizlerle yetişen hukukçuları gerektirir ve ancak bu düşünsel gerekleri yerine getirebilen, mantık bilen hukukçular sayesinde adalet sürekli ve dinamik kılınır. Politika ve kanun yapıcıların her durum ve her koşul için aynı kural ve kaide ile hareket etmediklerinin farkında olunmalıdır. Durağan bir hukukçu statüsü ve değişmez kurallar bütününden oluşacak bir adalet beklentisi bu nedenle tutarsızdır.

---

[54] Erkiner, H. Hakan, Uluslararası Hukuk Düşüncesinde Klâsik Öğretinin Kuruluşu: Hugo Grotius ve Postgrotien Yazarlar Samuel Von Pufendorf, Richard Zouche, Cornelius Van Bynkershoek ve Samuel Rachel'e İlişkin İnceleme ve Değerlendirme, MÜHF – HAD, C. 18, (2012): s. 125

SONUÇ

Bu yazıda, hukuksal veya hukuki pozitivizmin hatalarına, yani hukukun uygulanmasından başta ahlaki zorunluluğun önemini, ahlaki zorunluluğa uymayan yaklaşımların ideolojik kaprislere dönüştüğüne yönelik bir argüman hazırladık. Elbette, hukuk barış içinde bir arada yaşama için her zaman gereklidir, çünkü sözde iyi düzenlenmiş ve barışçıl toplumlarda bile hukuk sisteminin zorlayıcı güçleri sosyal bağlılığın istikrarı için elzemdir.

Nitekim, hukukun ortak menfaatin sürdürülmesindeki rolünü reddetme niyetinde değiliz, çünkü kanunlar etkinliklerini ve meşruiyetlerinin özlerini, insanların rasyonalitesinden dolayı algıladıkları genel kabulünden alıyorlar. Fakat bununla birlikte, hukukçulara, otoriter bir statü anlamında herhangi bir meşruiyet atfedilemez, çünkü bunların işlevleri, ancak ahlaki açıdan yetkisi kadar güçlüdür. Bu nedenle, hukuk (adil yasa) özünde ahlaki bir zorunluluk içermelidir. Bununla birlikte, hukukun insanlığa bir hizmet olarak tasarlandığı ve yorumlandığı durumlar dışında, hukukun tek başına bu ahlakı var etmekten aciz olduğunu unutmamak gerekir. Dolayısıyla hukuk anlayışımız insan kavramımızdan kaynaklanmaktadır.

Bu nedenle, insan anlayış biçimimizden bir hak ve hukuk kavramı oluşturuyoruz. İnsanı yalnızca ideolojik bir varlık olarak düşünürsek, ona bahşettiğimiz tüm haklar ve çıkardığımız yasalar onun ideolojik arayışlarının geliştirilmesine yönelik olacaktır. Ve insanı salt fiziksel veya biyolojik bir varlık olarak düşünürsek, pozitivist bir şekilde yorumladığımız yasalar yaratırız, böylece onu salt maddi ve içkin bir varlığa indirgeyerek, onu aşkınlığa başvurmaktan mahrum bırakırız.

İnsanı sadece fenomenolojik bir vizyonla çarmıha gererken, hukuka dair pozitivist görüş, hukukun doğal bir önemi olabileceğini öne süren herhangi bir derin kaygı ortaya koymaz. Halbuki insan sadece cezalandırıcı bir sosyal düzen mekanizması (pozitivist hukuk) ile muamele edilmesi gereken nesnel bir biyolojik varlık değil, ıslah ile onarılması da gerekebilen derinliği olan manevi bir varlıktır.

KAYNAKÇA

Atkinson, Katie, Conrad, Jack G, Gardner, Anne, & Sichelman, Ted. Fifteenth International Conference on Artificial Intelligence and Law (ICAIL 2015). The AI Magazine, 37(1), 107. (2016).

Baxter, H. Habermas :the discourse theory of law and democracy (Jurists-profiles in legal theory). Stanford, Calif.: Stanford Law Books. (2011).

Baxter, H. Habermas and Law. Milton: Taylor and Francis. (2020).

Bench-Capon, Trevor, Araszkiewicz, Michał, Ashley, Kevin, Atkinson, Katie, Bex, Floris, Borges, Filipe,. . . Wyner, Adam Z. A history of AI and Law in 50 papers: 25 years of the international conference on AI and Law. Artificial Intelligence and Law, 20(3), 215-319. (2012).

Benyekhlef, K., Bailey, J., Burkell, J., & Gélinas, F. EAccess to justice (Law, technology, and media). Ottawa: University of Ottawa Press. (2016).

Brooks, C. W. The aristocracy, the gentry and the rule of law. In Law, Politics and Society in Early Modern England (pp. 278-306). (2009).

Butculescu, C. R. Consıderatıons On The Evolutıon Of Natural Law From The Perspectıve Of The Challenges Of Contemporary Socıety. Perspectives of Business Law Journal, 6(1), 26-30. (2017).

Carrese, P. The cloaking of power : Montesquieu, Blackstone, and the rise of judicial activism. Chicago: University of Chicago Press. (2003).

Chen, Jiahong, & Burgess, Paul. The boundaries of legal personhood: How spontaneous intelligence can problematise differences between humans, artificial intelligence, companies and animals. Artificial Intelligence and Law, 27(1), 73-92. (2018).

Cooper, K. Thomas Hobbes and the natural law. Notre Dame, Indiana: University of Notre Dame Press. (2018).

Çataloluk,Gökçe. Kant düşüncesinde hukukun sınır hatları. İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 10(1), 202-209. (2019).

Çev. Yükselbaba, Ülker, Habermas'ın İletişimsel Eylem Kuramı'nda Hukuk, Deflem, Mathıeu, İÜHFM C. LXXII, S. 1, s. 877-894, 2014

Dajovic, G. Study of the law: Legal science, legal theory and philosophy of law. Pravni Zapisi : časopis Pravnog Fakulteta Univerziteta Union U Beogradu, 8(2), 222-248. (2017).

Dalaqua, G. H. Natural Law And Civil Law in John Locke. Aufklärung (João Pessoa, Paraíba, Brazil), 2(1), 149-168. (2015).

Di Fabio, T. Justice and Philia. Politics and Philosophy in Greek Epicureanism. (2020).

Du Plessis, P. J. Cicero's Law. Edinburgh: Edinburgh University Press. (2016).

Forbes, P. B. Some Early Stages in European Law-II Aristocracy and the Reign of Law. Juridical Review, 60, 123. (1948).

Fossen, T. Judgment and imagination in Habermas' theory of law. Philosophy & Social Criticism, 41(10), 1069-1091. (2015).

Gavaghan, Colin, Knott, Alistair, Maclaurin, James, Zerilli, John, & Liddicoat, Joy. Government use of artificial intelligence in New Zealand. Wellington: New Zealand Law Foundation. (2019).

Gerstenberg, O. Radical democracy and the rule of law: Reflections on J. Habermas' legal philosophy. International Journal of Constitutional Law, 17(4), 1054-1058. (2019).

Gervais, D. Is Intellectual Property Law Ready for Artificial Intelligence? GRUR International, 69(2), 117-118. (2020).

González, A. Contemporary perspectives on natural law : Natural law as a limiting concept. Aldershot, Hants, England : Burlington, VT: Ashgate. (2008).

Goyette, J., Latkovic, M., & Myers, R. (2004). St. Thomas Aquinas and the natural law tradition : Contemporary perspectives. Washington, D.C.: Catholic University of America Press.

Gray, T. S. Is Herbert Spencer's Law of Equal Freedom a Utilitarian or a Rights-Based Theory of Justice? Journal of the History of Philosophy, 26(2), 259-278. (1988).

Halûk, T. Almanya'da Hukukçuların Yetiştirilmesi Sistemi Ve Bunda Yapılması Düşünülen Reform. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 19(1), 1. (1962).

Hayden, P. Philosophical perspectives on law and politics : Readings from Plato to Derrida (Teaching texts in law and politics ; v. 8). New York: Peter Lang. (1999).

Hedrick, T. Rawls and Habermas : Reason, pluralism, and the claims of political philosophy. Stanford, Calif.: Stanford University Press. (2010).

International Conference on Artificial Intelligence Law, & Society for Computers Law. The Third International Conference on Artificial Intelligence & Law : Proceedings of the conference, June 25-28, 1991, St. Catherine's College, Oxford, England. New York, N.Y.: ACM Press. (1991).

Jones, H. S. John Stuart Mıll: Law, Moralıty, And Lıberty. Modern Intellectual History, 15(3), 879-891. (2018).

Killion, M. U. The Function of Law in Habermas' Modern Society. Global Jurist, 10(2), 1. (2010).

Koğacıoğlu, D. Hukukçu Otobiyografileri ile 12 Eylül Yasallığının Dinamiklerini Düşünmek. European Journal of Turkish Studies, European journal of Turkish studies, 2013-06-01. (2013).

Köker, L. Aydınlanma ve hukuk : Modern hukukun sorunları bağlamında Türkiye'de hukuk : 30 Kasım - 1 Aralık 2007 (1. baskı. ed.). Karaköy, İstanbul: Osmanlı Bankası Arşiv ve Araştırma Merkezi. (2008).

Lastowka, G. Virtual Justice. New Haven: Yale University Press. (2010).

Lempert, R., & Sanders, J. An invitation to law and social science : Deserts, disputes, and distribution. New York: Longman. (1986).

Lundestad, & Mikalsen, Kjartan Koch., The Institutionalisation of International Law: On Habermas' Reformulation of the Kantian Project. Journal of International Political Theory, 7(1), 40-62. (2011).

Marsh, J. Unjust legality : A critique of Habermas's philosophy of law. Lanham, MD: Rowman & Littlefield. (2001).

Mattli, Walter, & Dietz, Thomas. International Arbitration and Global Governance. Oxford: Oxford University Press. (2014).

McArthur, N. David Hume's Political Theory. Toronto, CA: University of Toronto Press. (2007).

McNabb, V. St. Thomas Aquinas and law ; a paper read to the Aquinas Society of London in 1929 (Aquinas Society of London. Aquinas paper ; no. 24). London: Blackfriars. (1955).

Mendoza-Caminade, A. Artificial Intelligence and Law: Intellectual Property Law and some normative aspects in French and European Law. Osaka University Law Review, N°67, 49. (2020).

Mikalsen, K. K. Kant and Habermas on International Law. Ratio Juris, 26(2), 302-324. (2013).

Nuri, A. Ahmed Cevdet Paşa'nın hukukçu yönünü yazmak (bibliyografik bir inceleme). EKEV Akademi Dergisi, 21(71), 271-285. (2017).

Outhwaite, W. Habermas, law and the European Union. In Law's Hermeneutics: Other Investigations (1st ed., pp. 168-185). Routledge. (2017).

Pardo-Vazquez, Jose L, Castiñeiras-de Saa, Juan R, Valente, Mafalda, Damião, Iris, Costa, Tiago, Vicente, M. Inês, . . . Renart, Alfonso. The mechanistic foundation of Weber's law. Nature Neuroscience, 22(9), 1493-1502. (2019).

Ramazan;Taşpınar, A. Avrupa Birliği Sürecinde Türkiye'de Ve Avrupa'da Hukuk Öğretimi Ve Hukukçu Yetiştirilmesi Ve Türkiye'nin Bu Gelişmelerden Etkilenmesi. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 53(1), 1. (2004).

Rehm, M. Obligation in Rousseau: Making Natural Law History? Jahrbuch Für Recht Und Ethik = Annual Review of Law and Ethics, 20, 139-154. (2012).

Robaldo, Livio, Villata, Serena, Wyner, Adam, & Grabmair, Matthias. Introduction for artificial intelligence and law: Special issue "natural language processing for legal texts". Artificial Intelligence and Law, 27(2), 113-115. (2019).

Rosenfeld, M., & Arato, A. Habermas on law and democracy : Critical exchanges (Philosophy, social theory, and the rule of law ; 6). Berkeley: University of California Press. (1998).

Salter, M. Hegel and law (Philosophers and law). Aldershot, Hants, England ; Burlington, VT: Ashgate/Dartmouth. (2003).

Sartor, G., & Universitetet i Oslo. Institutt for rettsinformatikk. Artificial intelligence and law : Legal philosophy and legal theory (CompLex (Series) ; 93 nr. 1). Oslo: Tano. (1993).

Schlosser, Hans; Çev: Cihangiroğlu, S. Hukukçunun Yetiştirilmesi Ve Modern Toplum (Hukukçu Mu Yoksa Sosyal Düzenleyici Mi?). Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 33(1), 1. (1976).

Shugerman, J. H. Conclusion. In The People's Courts (p. 267). Harvard University Press. (2012).

Simon, R. The sociology of law; interdisciplinary readings (Chandler publications in anthropology and sociology). San Francisco: Chandler Pub. (1968).

Sorial, S. Habermas, Feminism, and Law: Beyond Equality and Difference? Ratio Juris, 24(1), 25-48. (2011).

Sosin, J. The aristocracy of the long robe : The origins of judicial review in America (Contributions in legal studies ; no. 52). New York: Greenwood Press. (1989).

Spång, M. Emancipation, Democracy and the Modern Critique of Law (International Political Theory). Cham: Springer International Publishing AG. (2017).

Stolleis, Michael, & Daston, Lorraine, Natural Law and Laws of Nature in Early Modern Europe. Abingdon: Routledge. (2008).

Tan, E. Meslek olarak hukuk ve siyasette hukukçu (Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü yayınları ; no. 129). Ankara]: Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü. (1972).

The New Aristocracy of the Robe: History, Reason, and Judicial Prudence. In The Cloaking of Power (pp. The Cloaking of Power, 2003-06-01). University of Chicago Press. (2003).

Trubek, D., & Weber, M. Max Weber on law and the rise of capitalism (Yale law school. Program in law and modernization. Working paper no. 12). New Haven: Yale Law School]. (1972).

Wade, J. Making of the Modern World. London: E. Wilson. (1831).

Weber, Rheinstein, & Rheinstein, Max. Max Weber on law in economy and society (Clarion book). New York, N.Y.: Simon and Schuster. (1967).

Weinstock, D. Cyberjustice and Ethical Perspectives of Procedural law. In EAccess to Justice (p. 305). University of Ottawa Press. (2016).

Werner, Gephart, & Johannes, Nanz. Law, Culture, and Society (Schriftenreihe des Käte Hamburger Kollegs "Recht als Kultur"). Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann. (2015).

William J. Quirk, & Randall Bridwell. Judicial Dictatorship. Taylor and Francis. (2017).

Yaman, A. Osmanlı Hukukçuları Üzerine Özgün Bir Eser: Recep Cici, Osmanlı Dönemi İslam Hukuku Çalışmaları. (2001).

Yücel, Mustafa, Adli Sosyal Hizmet Anlayışında Gerçekçi Yaklaşım, Ankara Üni. Hukuk Fak. Dergisi, 65 (4) 2016: 3715-3733

Zakhartsev, S. I, & Salnikov, V. P. The Philosophy of Law and Legal Science. Newcastle-upon-Tyne: Cambridge Scholars Publisher. (2018).

Zöller, G. Law and Liberty. Immanuel Kant and James Madison on the Modern Polity. Revista De Estudios Kantianos, 3(1), 1. (2018).

TÜRK CEZA HUKUKUNDA DAVA ZAMANAŞIMI VE OLAĞANÜSTÜ KANUN YOLLARI İLE İLİŞKİSİ

The Statute of Limitations and the Relationship With Extraordinary Remedies in Turkish Criminal Law

Dr. Hakan A. YAVUZ*

Özet: Bu çalışmada, bir maddi ceza hukuku kurumu olarak kabul ettiğimiz dava zamanaşımı kurumunun ceza muhakemesinde olağanüstü kanun yolları ile ilişkisi incelenmektedir. Dava zamanaşımı, suç niteliğindeki fiillerin devlet tarafından cezalandırılabilirliğini ortadan kaldıran bir kurumdur. Dava ve ceza zamanaşımı kurallarıyla devlet, belirli bir zamanın geçmesiyle birlikte cezalandırmaya ilişkin hak ve yetkisinden kendi iradesiyle feragat etmektedir. Ceza muhakemesinde olağanüstü kanun yolları ile kesin hükümle son bulan olağan muhakeme işlemlerinin belirli nedenlerle yeniden yapılması söz konusu olmaktadır. Türk Ceza Kanununun 66/5. maddesinde dava zamanaşımını, olağanüstü kanun yolları ile ilişkilendiren bir düzenleme yapılmıştır. Bu düzenlemenin hangi koşullarda uygulanma kabiliyeti bulunduğu hususunda tartışmalar bulunmaktadır. Çalışmada, bu tartışmalar ayrıntılı bir şekilde ele alınarak, istinaf Cumhuriyet başsavcılığı itirazı dışındaki diğer tüm olağanüstü kanun yolları bakımından sözü edilen kanun maddesi hükmünün uygulanabilir olması gerektiği sonucuna varılmaktadır. Bununla birlikte, söz konusu düzenlemenin yeniden ele alınarak tartışmalara son verilmesi önerilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Zamanaşımı, Dava Zamanaşımı, Olağanüstü Kanun Yolları, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının İtirazı, Kanun Yararına Bozma, Yargılamanın Yenilenmesi

Abstract: In this study, the relationship between the statute of limitations, which we consider as a criminal law institution, and extraordinary remedies in criminal procedure is examined. The statute of limitations is an institution that removes the punishability of criminal acts by the state. With the act and penalty statute of limitations, the state relinquishes its right and authority to punish after a certain time. In criminal procedure, it is possible to re-conduct ordinary proceedings, which are concluded with a definite final judgment through extraordinary legal remedies, for certain reasons. A regulation has been made regarding the relationship between the statute of limitations and extraordinary legal remedies in Article 66/5 of the Turkish Criminal Code. There are academic discussions about the conditions under which this regulation is capable of being applied. In the study, these discussions are handled in detail, and it is concluded that the provision of the mentioned article should be applicable in terms of all other extraordinary legal remedies, except for the appeal of the chief public prosecutor's office. However, it is recommended that the said regulation should be reconsidered and the discussions should be concluded.

Keywords: Statute of Limitations, Extraordinary Remedies, Appeal by the Court of Cassation Chief Public Prosecutor, Refreshing the Trial, Reversal in Favour of the Law

* Yargıtay Cumhuriyet Savcısı, hayavuz@gmail.com,
ORCİD : 0000-0002-6613-0073
Makale Geliş Tarihi: 08.03.2021, Makale Kabul Tarihi: 28.03.2021

Anlatım Planı:

Giriş – I. Ceza Hukukunda Zamanaşımı – A. Genel Olarak – **B.** Zamanaşımın İşlevi – **C.** Dava Zamanaşımının Hukuki Niteliği – **D.** Türk Ceza Hukukunda Dava Zamanaşımı – **1.** Genel Olarak – **2.** Dava Zamanaşımı Süresinin Durması – **3.** Dava Zamanaşımı Süresinin Kesilmesi – **4.** Dava Zamanaşımının Sonucu – **II. Dava Zamanaşımı ve Olağanüstü Kanun Yolları İlişkisi – A.** Genel Olarak Olağanüstü Kanun Yolları – **B.** Türk Ceza Kanununun 66/5. Maddesinin Tahlili – **C.** Yargıtay Uygulaması Bağlamında Değerlendirmeler – **1.** Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının İtirazı Bakımından – **2.** Kanun Yararına Bozma Bakımından – **3.** Yargılamanın Yenilenmesi Bakımından – **Sonuç – Kaynaklar**

Giriş

Toplumsal düzene tehdit mahiyetinde olan suç niteliğindeki fiillere yönelik olarak devlet tarafından verilecek tepkinin ilk evresi, bu fiillere ilişkin araştırma ve soruşturma işlemleri yapmak, yeterli şüpheye ulaşıldığı takdirde ise açılacak bir kamu davası ile kovuşturma yapıp faili bir ceza hukuku yaptırımına mahkûm etmek şeklinde gerçekleşir. İkinci evre ise yaptırımın belirli bir zaman içinde infaz edilmesidir. Sözü edilen bu sürecin ilk evresinin yapılması gereken azami süre dava zamanaşımı iken, ikinci evre için öngörülen azami süre ise ceza zamanaşımıdır. Böylece devlet, bu işlemlerin yapılması bakımından kendisi için bağlayıcı ve sınırlayıcı bir süre belirlemek suretiyle suç niteliğindeki fiiller ve onlar için öngörülen ceza hukuku yaptırımları bakımından cezalandırılabilirliği ortadan kaldıran tek taraflı bir feragat mekanizması düzenlemiş bulunmaktadır.

Bu çalışmada zamanaşımın ceza muhakemesinin olağanüstü kanun yolları ile ilişkisi hem teorik hem de uygulamadaki tartışmalar üzerinden ayrıntılı bir şekilde ele alınacaktır. İlk bölümde zamanaşımı kurumunun ceza hukukundaki anlamı ve işlevi üzerinde durulacaktır. Akabinde dava zamanaşımının Türk ceza hukukunda düzenlenme biçimi ve koşulları hakkında bilgi verilecektir. Çalışmanın temel tartışma noktası olan dava zamanaşımı ve olağanüstü kanun yolları ilişkisi ise ikinci bölümde öncelikle teorik çalışmalardaki anlaşılma biçimi üzerinden, devamında ise Yargıtay uygulaması üzerinden bir değerlendirmeye tabi tutulacaktır. Yargıtay uygulamasına ilişkin değerlendirmeler Ceza Genel Kurul kararları üzerinden yapılacak ve dipnotlarda ilgili kararın konuyla ilgili bölümleri bir bütün halinde aktarılmak suretiyle okuyucuya geniş bir bakış açısı verilmesi sağlanacaktır.

I. Ceza Hukukunda Zamanaşımı

A. Genel Olarak

Zamanaşımı, genel olarak bir işin üzerinden belirli bir süre geçmekle o işin hükümsüz kalmasını ifade eder.[1] Suç teşkil eden bir fiilin işlenmesinden sonra, belirli bir sürenin geçmesiyle birlikte devlet, ceza kovuşturmasının yapılmasında ya da yargı kararı ile hüküm altına alınmış bir mahkûmiyet kararının infazında kimi gerekçelerle yarar görmeyebilir ve bunların yapılmasından feragat edebilir. Bu durumlarda fail ile devlet arasındaki ceza hukuku ve infaz ilişkisi son bulur. Kovuşturmaya ilişkin feragat halinde dava, infaza ilişkin feragat halinde ise ceza zamanaşımı söz konusu olur.[2]

Zamanaşımı kurumunun lehinde ve aleyhinde çok sayıda görüş ileri sürülmüş[3] olmakla birlikte günümüzde modern ceza kanunlarının tamamında zamanaşımına ilişkin düzenlemelerin bulunduğu görülmektedir.[4]

Kurumun lehinde olan teoriler; manevi ceza, unutma, uslanma, psikolojik değişim, delillerin kaybolması ve sosyal fayda şeklinde tasnif edilebilir.

Manevi ceza teorisi: Suç işleyen bir kişinin uzun süre boyunca yakalanma korkusu ve endişesi ile bu süreçte yaşayacağı vicdan azabı onu zaten yeterince cezalandırmış olacağından, bu şekilde uzun süre geçirmiş olan failin çekmiş olduğu manevi ceza yeterli görülüp artık kendisine ceza verilmesine gerek bulunmamaktadır. Diğer bir deyişle, failin zamanaşımı süresi geçtikten sonra cezalandırıldığı takdirde aynı suçtan iki defa cezalandırılmış olacak, bu durum da ceza adaletine aykırılık teşkil edecektir.[5]

Unutma teorisi: Suçun işlendiği tarihten sonra suç ne kadar ağır olursa olsun zamanla suçun ve etkilerinin unutulacağı için, ceza vermeye de artık gerek kalmamaktadır. Zira cezanın amaçlarından biri başkaları

---

1 M. Emin Artuk/Ahmet Gökcen/A. Caner Yenidünya, *Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5.* Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2011, s. 967.

2 Kayıhan İçel/Füsun Sokullu Akıncı/İzzet Özgenç/Adem Sözüer/Fatih S. Mahmutoğlu/Yener Ünver, *Yaptırım Teorisi,* Beta Yayın Dağıtım, İstanbul 2000, s. 344.

3 Ayrıntılı bilgi ve tartışmalar için Bkz.: Süleyman Özar, *Türk Ceza Hukukunda Zamanaşımı*, Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi, Ankara 2020, s. 11 vd; Artuk/Gökcen/Yenidünya, s. 971 vd.

4 Özar, s. 89 vd.

5 Ayhan Önder, *Ceza Hukuku Genel Hükümler, C. II*, Beta Yayınları, İstanbul 1989, s. 268; Nurullah Kunter, *Ceza Hukukunda Zamanaşımı,* Yayımlanmamış Doçentlik Tezi, İstanbul 1951, s. 15-16; Sulhi Dönmezer/Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku,* C. III, Beta Yayınları, İstanbul 1997, s. 246; Faruk Erem/Ahmet Danışman/Mehmet Emin Artuk, *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler,* Seçkin Yayıncılık, İstanbul 1997, s. 984; İçel ve diğerleri, s. 334; Özar, s. 11-12.

için ibret teşkil edecek bir caydırıcılık ile kamu yararının teminini sağlamaktır. Bu nedenle, zamanla mağdurunun bile suçu unuttuğu, dolayısıyla suçun kamu vicdanından silindiği halde, devletin kamu gücü ile müdahalesi bir yarar sağlamayacaktır.[6]

Uslanma teorisi: Suçun işlenmesinden itibaren geçen süre içinde yeniden suç işlemeyen failin ıslah olduğu, bu nedenle de cezalandırılmasının artık gereksiz olduğu olmaktadır. Bu düşünceye göre zamanaşımının uygulanması için zamanaşımı süresi içinde başka bir suç işlenmemesi, yurtdışına çıkılmamış olması gibi bazı ek koşullar da aranmıştır.[7]

Psikolojik değişim teorisi: İnsanın psikolojik yapısı sürekli değişim içindedir. Failin suçu işlediği zamanki ruh hali ile karar verildiği tarihteki ruh hali arasında psişik açıdan farklılık oluşmaktadır. Bu nedenle de geçen zaman sonrasında verilecek ceza failin kişilik yapısına uygun düşmeyebilecektir. Dolayısıyla, failin önceden gerçekleştirmiş olduğu davranışın zamanla ona yabancı olacağı ve onun davranışı olmaktan çıkacağı ve aradan geçen uzun süre nedeniyle kendisiyle bir bağlantısı kalmayan fiilinden dolayı failin cezalandırılmasında bir yarar bulunmamaktadır.[8]

Delillerin kaybolması teorisi: Suç işlendikten sonra zaman ilerledikçe delilleri toplamak zorlaşır ve suça ilişkin tanıklar olayı net bir şekilde hatırlayamayabilirler. Failin lehinde ve aleyhindeki birçok delile ulaşmak neredeyse imkânsız hale gelir. Bu nedenle zamanaşımı kurumuna ihtiyaç bulunmaktadır.[9]

Sosyal fayda teorisi: Suçun işlenmesi veya cezanın verilmesi üzerinden belirli bir süre geçmesi ile sosyal faydanın azalması ve en sonunda tamamen ortadan kalkması nedeniyle cezanın herhangi bir sosyal faydası kalmamaktadır. Suçun işlenmesinin üzerinden uzun bir süre geçtikten sonra kovuşturmaya girişilerek failin cezalandırılmasına çalışılması, kamuoyunda o güne dek kolluk güçlerinin kayıtsız kaldığına ilişkin bir kanaat uyandırabilir ve bu makamlara olan güven sarsılabilir. Öte yandan gecikmiş ceza, işlevini yerine getirmek bir yana, toplumda acıma duygusu da uyandırabilecektir. Bu nedenlerle, ceza davasının açılması ve cezanın infazı sosyal fayda amacıyla yapıldığı için suçla ceza arasındaki zamanın uzaması bu faydayı azaltmaktadır.[10]

Zamanaşımının aleyhinde olan teorilerin savunucularından Beccaria; dava zamanaşımını kabul etmekle birlikte, ceza zamanaşımını bazı suçlar bakımından uygun bulmamaktadır. Ona göre, insanların zihninde silinmesi zor izler bırakan suçların failleri, çoğu zaman kurtuluşu

---

6 Dönmezer/Erman, s. 248; Önder, s. 268.
7 Kunter, s. 17; Önder, s. 271.
8 Dönmezer/Erman, s. 249; Erem/Danışman/Artuk, s. 987.
9 Dönmezer/Erman, s. 249.
10 Erem/Danışman/Artuk, s. 987.

kaçmakta buldukları için böyle bir failin yararına hiçbir zamanaşımı öngörülmemelidir. Bununla birlikte, önemsiz ve işlendikleri hususunda kesinlik bulunmayan suçlarda kişinin kaderi üzerindeki belirsizlik kaldırılmalıdır. Zira uzun süreli belirsizlik ve suçun cezasız kalmasının, cezanın iyileştirici gücünü ortadan kaldırmasıyla birlikte faile iyileşme gücü kazandırabilir.[11]

Bentham'a göre; zamanaşımını akla uygun bir kurum değildir ve özellikle ağır suçlar bakımından asla mümkün olmamalıdır. Zira ağır suç işleyen failler ile asla anlaşma yapılmamalı, işlenmiş olan suç öylece dururken sırf zaman geçmiş olması nedeniyle faile herhangi bir yarar sağlanmamalıdır. Aksi halde bu durum, failler bakımından teşvik edici, masumlar bakımından üzüntü ve kaygı verici, hukuk bakımından ise aşağılayıcı olacaktır.[12]

Pozitivistlere göre ise zamanaşımında iki husus bakımından sorun bulunmaktadır. Bu hususlardan ilki, zamanaşımının kurnazlığa verilen bir prim olduğu ve bu yolla adaletten kaçılması ihtimalinin bulunmasıdır. İkinci husus ise zamanaşımının dayandığı sosyal fayda ve suç delillerinin ortadan kalkması gibi karinelerin gerçeğe uygun olmaması ihtimalidir. Zira zaman geçse dahi, ahlaki ve hukuki kusurluluk devam etmekte olacağından zamanaşımına suçu ortadan kaldıran mutlak bir değer atfedilmemelidir. Bu kurumun uygulanması, failin kişisel yapısına, geçmişine, hareket tarzına ve suçun niteliğine bakılarak, ancak failin tehlikeliliğinin kalmaması halinde kabul edilebilir. Yani, failin tehlikeliliğinin devam edip etmediği hususunda bir karineye değil, somut duruma dayanılmalıdır. Bu nedenle zamanaşımı, ancak tesadüfî suç failleri ile ihtirasî suçların failleri hakkında uygulanabilmeli; akıl hastaları, uslanmaları mümkün olmayan doğuştan suçlular, itiyadi suçlular ve mükerrirler hakkında uygulanmamalıdır.[13]

B. Zamanaşımının İşlevi

Günümüzde doktrin ve uygulamada, zamanaşımının adaletin bir gereği olduğu ve kamu yararına ilişkin pek çok amaca hizmet ettiği genel olarak kabul edilmektedir. Zamanaşımı konusunun en can alıcı noktasının; suç faili ve devletin haklarının ceza adaleti içinde dengelenmesi olduğu ifade edilmektedir. Zira devletin bir suçu araştırıp soruşturarak suça ilişkin maddi gerçeği ortaya çıkarırken, şüphelinin hakları ve soruşturmanın etkinliği şeklindeki birbirine zıt iki faktörün

---

[11] Cesare Beccaria, *Suçlar ve Cezalar Hakkında,* Tercüme: Sami Selçuk, İmge Kitabevi, İstanbul 2004, s. 155.

[12] Erem/Danışman/Artuk, s. 990.

[13] Erem/Danışman/Artuk, s. 990; Özar, s. 20-21.

dengelenmesi zamanaşımı sayesinde mümkün olmaktadır.[14] Bu nedenle zamanaşımının *olumlu ve olumsuz işlevleri* olduğu belirtilmektedir.

Zamanaşımının olumlu işlevi; *şüphelinin haklarının korunması* ve *etkin soruşturmanın teşviki* şeklinde ortaya çıkmaktadır.

Zamanaşımının en önemli özelliklerinden biri *şüphelinin haklarının korumasıdır*. Zira süre limitinin ihlali, şüphelinin hukuk güvenliği hakkının ihlal edildiğine mutlak bir karine teşkil ederek, kişileri belirli süreler sonunda soruşturma tehdidinden kurtarmaktadır. Bu sınırlamalar; failin güncel ve rasyonel delillerle suçlanmasını, izleri silinip gitmiş, artık rasyonalitesini yitirmiş delil ikamesinden kurtulmasını sağlamaya yöneliktir. Bu işlevinin gerçekleşmesinin öngörülebilirlik ve iddianın canlılığını yitirmesi şeklinde iki dayanağı bunmaktadır. Zamanaşımı konusunda *öngörülebilirlik faktörü;* düşünce esenliği, belirli bir umudun yok edilme ihtimalinden kurtulma ve failin geleceğine ilişkin belirsizliğin azalması gibi etkenlerle birlikte karşımıza çıkmaktadır. Dolayısıyla, öngörme hipotezi zamanaşımı kurumu bakımından merkezi bir rol oynar; zira bir kimsenin sürekli olarak potansiyel bir ceza tehdidi altında bulunmasında bir sakınca görmeyen karşıt görüş, şüphelinin ceza adaletine olan inancının sarsılabileceğini hesaba katmamaktadır. Zamanaşımı süreleri işlediğinde, öngörülebilirlik işlevi, kişinin uzak geçmişinden dolayı soruşturulma ihtimaline yönelik korku ve endişeden kurtulması anlamına gelmektedir ki, herkesin hayata yeni bir başlangıç yapma hakkının bulunduğu unutulmamalıdır. *İddianın canlılığını yitirmesi faktörü ise;* delillerin kaybolması teorisi ile irtibatlıdır. Zira suça ilişkin deliller zaman geçtikçe zayıfladığından zamanaşımı, hiçbir izi kalmamış delillerin dürüstlük kurallarına aykırı bir şekilde kişiyi suçlamak için kullanılmasını engeller. Bu bakımdan çok eski tarihli bir suçlamaya karşı kişilerin elindeki tek güvence zamanaşımı kurumu olmaktadır. Dolayısıyla zamanaşımı; ölmüş veya kaybolmuş tanık, suçun hatırasının solması, bulguların yitirilmiş olması gibi nedenlerle "bozulmuş" bir gerçeğin arandığı davalardan hem faili hem de mahkemeyi korumaktadır.[15]

Zamanaşımının ikinci olumlu işlevi *etkin soruşturmanın teşviki*dir. Buna göre, yeni işlenmiş bir suç için de zamanaşımı sınırlamasının toplum lehine olacağı düşünülmelidir, zira süre sınırlaması devletin hızlı, kararlı ve kesin hareket etmesi için bir motivasyondur. Bu

---

[14] Özar, s. 20. Amerikan Yüksek Mahkemesinin bir kararında bu dengeye şöyle işaret edilmiştir: "Yasamanın cezai müeyyideler uyguladığı suç teşkil eden eylem ortaya çıktığı andan itibaren zamanaşımı da devleti belli süre içinde bu eylemin soruşturmasını bitirmesi için zorlar. Zamanaşımı, kişileri bir eylemin kendine özgü gerçekleri silinmeye yüz tutunca bile suçlanmaktan koruduğu gibi çok uzun zaman önceye ait bir iddia ile suçlanma tehlikesini de ortadan kaldırır. Soruşturmaya getirilecek böylesi bir limit aynı zamanda kolluğun ve savcının şüphe duydukları cezai eylemi bihakkın soruşturmalarını sağlayan yararlı bir etki de taşır." Bkz.: Özar, s. 20-21.

[15] Özar, s. 21-22.

sınırlama ile kolluğu suçun araştırılması, savcıları da failin doğru ve düzgün suçlanması için tetikleyerek, iddiaların davada ispat edilmesi imkânı artacak; failler adalete daha hızlı teslim edilecek ve mahkemeler de kendi kaderine terk edilmiş, belli belirsiz suçlamalar üzerine hüküm verme yükünden kurtulacaktır. Öte yandan uzak geçmişten gelen delillerin yeniden toplanmasının ve tespit edilmesinin getireceği maddi külfetten kurtulmak, iddianame sayısını azaltmak ve daha açık-seçik olaylar demeti sayesinde hüküm vermeyi kolaylaştırmak gibi işlevleriyle de zamanaşımı süreleri adalet sisteminin etkinliğini teşvik etmektedir.[16]

Zamanaşımının *olumsuz işlevi* ise sözü edilen yararların yanı sıra kurumun olumsuz yanlarına işaret etmektedir. Örneğin, zamanaşımının mekanik olarak uygulanması, son anda ortaya çıkmış ve süreçte şüphelinin masum olduğunu ispat edebilecek kuvvette bir delili görmezden gelinmesini gerektirmektedir. Ayrıca söz konusu sınırlama, cezalandırılması toplumun yararına olan suçların soruşturulmasını engellemekte, o şüphelinin toplum içinde gündelik hayatına devam etmesine yol açmaktadır. Bu nedenle kimi hukukçular mevcut genel zamanaşımı kurallarının ilgası ile onun yerine her suç tipi için ayrı sürenin belirlenmesi, yani davadan davaya değişecek zaman temelli uygulama getirilmesini savunmuşlardır.[17]

C. Dava Zamanaşımının Hukuki Niteliği

Zamanaşımının hukuki niteliği, kurumun maddi ceza hukukuna mı yoksa ceza muhakemesi hukukuna mı ilişkin bir kural olduğunun tespiti ile ilgilidir. Bu bağlamda yapılan tartışmalar esasen *dava zamanaşımına* ilişkindir, zira ceza zamanaşımının maddi ceza hukukuna ilişkin bir mesele olduğun hususunda genellikle tereddüt bulunmamaktadır.[18]

Dava zamanaşımının bir *maddi ceza hukuku kurumu* olduğunu kabul eden görüşteki yazarların yaklaşımlarını ikili bir tasnife tabi tutmak mümkündür. Bir kısım yazarlara göre, dava zamanaşımı süresinin dolması *fiilin cezalandırılabilme niteliğini* ortadan kaldırmaktadır.[19] Diğer yazarlara göre ise, dava zamanaşımı süresinin dolmasıyla birlikte *devletin cezalandırma hakkı/yetkisi* ortadan kalkmaktadır.[20]

---

16 Özar, s. 22-23.

17 Özar, s. 23-24.

18 Mahmut Koca/İlhan Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler,* Seçkin Yayıncılık, 13. Baskı, Ankara 2020, s. 747; Artuk/Gökcen/Yenidünya, s. 978; Mehmet Emin Alşahin, *Ceza Hukukunda Zamanaşımı*, Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi, İstanbul 2010, s. 27; Özar, s. 24.

19 İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* 10. Baskı, Seçkin yayıncılık, Ankara 2014, s. 852.

20 Dönmezer/Erman, s. 251; Önder, s. 273; Artuk/Gökcen/Yenidünya, s. 967; Erem/Danışman/Artuk, s. 993; Nevzat Toroslu/Haluk Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım,* Savaş Yayınları, Ankara 2019, s. 494; Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel*

Dava zamanaşımının maddi ceza hukuku kurumu olduğunu savunan görüşler, kendi içinde farklılaşsa da, kurumun *suça ilişkin bir olgu* olarak ortaya çıktığı noktasında birleşmektedir.[21] Zira dava zamanaşımının re'sen uygulanıp bu hususta tarafların iradesine herhangi bir değer tanınmaması, gaip sanıklar hakkında da uygulanma imkânının bulunması, kanunda öngörülen ceza miktarları esas alınarak her suç bakımından farklı sürelerin öngörülmüş olması gibi nedenlerle bu kurumun, devletin cezalandırma yetkisini düşüren veya cezalandırılabilirliği ortadan kaldıran bir neden olarak maddi ceza hukukuna ilişkin bir kurum olduğu ifade edilmektedir.[22] Bununla birlikte dava zamanaşımının muhakeme hukuku yönünden de bazı sonuçları olduğu ve bunların cezalandırma yetkisinin doğal bir sonucu olarak görülmesi gerektiği ifade edilmektedir.[23]

Dava zamanaşımının bir *ceza muhakemesi hukuku kurumu* olduğunu kabul eden görüşteki yazarlar genellikle, delillerin kaybolmasını veya zamanla silinmesini zamanaşımı düşüncesinin temeli olarak kabul etmektedirler. Dava zamanaşımı süresi dolunca beraat değil de düşme kararının verilmesiyle birlikte dava ilişkisinin sona ermesi bu görüşü temellendirecek bir gerekçe olarak ifade edilmektedir.[24] Öte yandan, dava zamanaşımının ceza kanununda düzenlenmiş olmasının, bunu bir muhakeme hukuku kurumu olma özelliğini ortadan kaldırmayacağı, zira aynı şekilde muhakeme hukukuna dâhil olduğu halde ceza kanunlarında düzenlenen başka kurumların da bulunduğu belirtilmektedir.[25]

Dava zamanaşımının *hem maddi ceza hukuku hem de ceza muhakemesi hukuku kurumu* olduğunu bu nedenle *karma bir kurum* olduğunu kabul eden yazarlar ise; zamanaşımının bir yandan muhakeme sürecini sona erdirdiği, bir yandan da devletin cezalandırma yetkisini ortadan kaldırdığı için maddi ceza hukukuna ve muhakeme hukukuna dâhil

---

Hükümler, 15. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s. 756; Alşahin, s. 28; Taner, s. 33, Özar, s. 30-31; Veli Özer Özbek/Pınar Bacaksız/Koray Doğan Tepe, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler,* 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s. 720; Mustafa Özen, *Ceza Hukuku Genel Hükümler Dersleri,* 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2020, s. 888; Ali Rıza Tongür/Ekrem Çetintürk, *Ceza Hukuku Genel Hükümler,* Adalet Yayınevi, Ankara 2020, s. 468.

21 Özar, s. 26.

22 Özgenç, s. 852; Koca/Üzülmez, s. 747; Demirbaş, s. 759; İçel ve diğerleri, s. 351; Artuk/Gökcen/Yenidünya, s. 978; Feridun Yenisey/Ayşe Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı,* Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2014, s. 277; Doğan Soyaslan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler,* 9. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2020, s. 618; Kayıhan İçel, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 6. Baskı, Beta Basım Yayın, İstanbul 2021, s. 802; Özbek ve diğerleri, s. 720.

23 Önder, s. 273; Erem/Danışman/Artuk, s. 994; Kunter, s. 10.

24 Görüşler için Bkz.: Dönmezer/Erman, s. 251.

25 Görüşler için Bkz.: Kunter, s. 8; Erem/Danışman/Artuk, s. 993; Dönmezer/Erman, s. 248-250.

karma bir kurum olduğunu ifade etmektedirler.[26] Buna göre, dava zamanaşımının yalnızca maddi ceza hukuku kurumu olduğunu kabul etmek, zamanaşımının varlığı halinde bu hususun re'sen nazara alındığı da düşünüldüğünde mümkün görünmemektedir. Bu nedenle, dava zamanaşımı sadece cezalandırma hakkını değil, açılmış olan ceza davasını da etkilemekte, açılan davanın görülmesine engel olduğu için zamanaşımının hukuki niteliği hakkındaki görüşlerin birbirinden çok katı bir şekilde ayrıma tabi tutulması yerinde isabetli olmayacaktır.[27]

Kanaatimizce, zamanaşımının devletin cezalandırma hakkını ve yetkisini ortadan kaldıran bir kurum olduğu kabul edilemez. Zira devletin cezalandırma yetkisi mutlaktır. Bununla birlikte devlet, bu yetkisini hangi koşullarda kullanıp kullanmayacağı hususunu yasama erki tarafından düzenlenecek bir kanunla belirleyebilir. Dolayısıyla zamanaşımına ilişkin kanuni düzenleme ile devletin cezalandırma yetkisi devam etmekle birlikte, fiilin cezalandırılabilme niteliği ortadan kaldırılmış olmaktadır. Bir başka ifade ile devlet cezalandırma hak ve yetkisinden tek taraflı olarak feragat etmektedir. Bunun bir sonucu olarak, dava zamanaşımının maddi gerçeğin ortaya çıkartılmasına yani soruşturma ve kovuşturma işlemlerinin yapılmasına engel olmaması gerektiğini düşünmekteyiz.

Açıklanan nedenlerle, dava zamanaşımının *bir maddi ceza hukuku kurumu* olduğunu *düşünmekteyiz.* Zira fiilin cezalandırılabilme niteliğini etkileyen bir kurumun ceza muhakemesi hukuku kurumu ve dolayısıyla bir kovuşturma koşulu olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Bu nedenle dava zamanaşımına ilişkin esasların kıyas yoluyla yorumlanarak uygulama alanının genişletilmemesi gerekmektedir.

D. Türk Ceza Hukukunda Dava Zamanaşımı

1. Genel Olarak

Dava zamanaşımı, suçun işlenmesinden sonra kanunda öngörülen belirli sürelerin geçmesiyle, sanık hakkında açılmış bulunan kamu davasının sonuçlandırarak failin cezalandırılmasına engel olan kurumdur.

Dava zamanaşımı, Türk Ceza Kanununun (TCK) genel hükümleri kapsamında "yaptırımlar" başlıklı üçüncü kısmın, "dava ve cezanın

---

[26] Erem/Danışman/Artuk, s. 993; Nur Centel/Hamide Zafer/Özlem Çakmut, *Türk Ceza Hukuku'na Giriş,* Beta Basım Yayın, İstanbul 2020, s. 782.

[27] Dönmezer/Erman, s. 251.

düşürülmesi" başlıklı dördüncü bölümündeki 66-67 ve 72. maddelerde düzenlenmiştir.[28]

Düzenlemeye göre, dava zamanaşımı kural olarak işlenen tüm suçlar bakımından geçerlidir. Bununla birlikte kanunda ve Askeri Ceza Kanununda (Askeri CK), istisnai olarak bazı suçlar[29] bakımından dava zamanaşımı sürelerinin uygulanmayacağı belirtilmiştir.

---

[28] *"Dava zamanaşımı Madde 66- (1) Kanunda başka türlü yazılmış olan haller dışında kamu davası; a) Ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda otuz yıl, b) Müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda yirmibeş yıl, c) Yirmi yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezasını gerektiren suçlarda yirmi yıl, d) Beş yıldan fazla ve yirmi yıldan az hapis cezasını gerektiren suçlarda onbeş yıl, e) Beş yıldan fazla olmamak üzere hapis veya adlî para cezasını gerektiren suçlarda sekiz yıl, Geçmesiyle düşer. (2) Fiili işlediği sırada oniki yaşını doldurmuş olup da onbeş yaşını doldurmamış olanlar hakkında, bu sürelerin yarısının; onbeş yaşını doldurmuş olup da onsekiz yaşını doldurmamış olan kişiler hakkında ise, üçte ikisinin geçmesiyle kamu davası düşer. (3) Dava zamanaşımı süresinin belirlenmesinde dosyadaki mevcut deliller itibarıyla suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli halleri de göz önünde bulundurulur. (4) Yukarıdaki fıkralarda yer alan sürelerin belirlenmesinde suçun kanunda yer alan cezasının yukarı sınırı göz önünde bulundurulur; seçimlik cezaları gerektiren suçlarda zamanaşımı bakımından hapis cezası esas alınır. (5) Aynı fiilden dolayı tekrar yargılamayı gerektiren hallerde, mahkemece bu husustaki talebin kabul edildiği tarihten itibaren fiile ilişkin zamanaşımı süresi yeni baştan işlemeye başlar. (6) Zamanaşımı, tamamlanmış suçlarda suçun işlendiği günden, teşebbüs halinde kalan suçlarda son hareketin yapıldığı günden, kesintisiz suçlarda kesintinin gerçekleştiği ve zincirleme suçlarda son suçun işlendiği günden, çocuklara karşı üstsoy veya bunlar üzerinde hüküm ve nüfuzu olan kimseler tarafından işlenen suçlarda çocuğun onsekiz yaşını bitirdiği günden itibaren işlemeye başlar. (7) Bu Kanunun İkinci Kitabının Dördüncü Kısmında yazılı ağırlaştırılmış müebbet veya müebbet veya on yıldan fazla hapis cezalarını gerektiren suçların yurt dışında işlenmesi halinde dava zamanaşımı uygulanmaz. Dava zamanaşımı süresinin durması veya kesilmesi Madde 67- (1) Soruşturma ve kovuşturma yapılmasının, izin veya karar alınması veya diğer bir mercide çözülmesi gereken bir meselenin sonucuna bağlı bulunduğu hallerde; izin veya kararın alınmasına veya meselenin çözümüne veya kanun gereğince hakkında kaçak olduğu hususunda karar verilmiş olan suç faili hakkında bu karar kaldırılıncaya kadar dava zamanaşımı durur. (2) Bir suçla ilgili olarak; a) Şüpheli veya sanıklardan birinin savcı huzurunda ifadesinin alınması veya sorguya çekilmesi, b) Şüpheli veya sanıklardan biri hakkında tutuklama kararının verilmesi, c) Suçla ilgili olarak iddianame düzenlenmesi, d) Sanıklardan bir kısmı hakkında da olsa, mahkûmiyet kararı verilmesi, Halinde, dava zamanaşımı kesilir. (3) Dava zamanaşımı kesildiğinde, zamanaşımı süresi yeniden işlemeye başlar. Dava zamanaşımının kesen birden fazla nedenin bulunması halinde, zamanaşımı süresi son kesme nedeninin gerçekleştiği tarihten itibaren yeniden işlemeye başlar. (4) Kesilme halinde, zamanaşımı süresi ilgili suça ilişkin olarak Kanunda belirlenen sürenin en fazla yarısına kadar uzar." "Zamanaşımının hesabı ve uygulanması Madde 72- (1) Dava ve ceza zamanaşımı süreleri gün, ay ve yıl hesabıyla belirlenir. Bir gün, yirmidört saat; bir ay, otuz gündür. Yıl, resmi takvime göre hesap edilir. (2) Dava ve ceza zamanaşımı re'sen uygulanır ve bundan şüpheli, sanık ve hükümlü vazgeçemezler."*

[29] Dava zamanaşımına tabi olmayan suçlar şunlardır: Yurtdışında işlenmek kaydıyla, millete ve devlete karşı işlenen suçlardan ağırlaştırılmış müebbet veya müebbet veya on yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlar (TCK m. 66/7, 247-343), soykırım suçu (TCK m. 76/4) ve insanlığa karşı suçlar (TCK m. 77/4) ile bu suçları işlemek amacıyla işlenen örgütlü suçlar (TCK m. 78/3), işkence suçu (TCK m. 94/6), vatana ihanet suçu (Askeri CK m. 49/b), savaş zamanı düşman ülkeye sığınmaya ve seferberlikte yükümlülüklerinden kurtulmak için yurtdışına kaçamaya ilişkin suçlar (Askeri CK m. 78/e).

Kanunda, dava zamanaşımı süreleri ile ilgili olarak suça verilecek cezanın ağırlığıyla irtibatlı olarak *sekiz yıldan otuz yıla kadar* kademeli bir sistem öngörülmüştür. Bu sistemde dava zamanaşımı süresinin toplum düzenini ağır bir şekilde etkileyen suçlar yönünden uzun, diğer suçlar bakımından ise kısa tutulduğu görülmektedir.

Dava zamanaşımı süresinin tespitinde suç tipi için kanunda öngörülen ceza miktarı esas alınmakta ise de, bu cezanın suça somut olarak verilecek ceza mı yoksa suçun soyut bir şekilde gerektirdiği ceza mı olacağı hususu doktrinde tartışılan bir konudur.[30] TCK'da öngörülen sistemle ilgili olarak doktrinde somut ceza sisteminin hâkim olduğunu düşünen yazarlar da bulunmakla[31] birlikte, bizim de *katıldığımız* çoğunlukta olan görüş soyut ceza sisteminin benimsendiği yönündedir.[32]

---

[30] Bu hususta; soyut (objektif) ceza sistemi, somut (sübjektif) ceza sistemi ve karma ceza sistemi olmak üzere üç farklı yaklaşım bulunmaktadır. *Soyut ceza sisteminde,* zamanaşımı hesabında bir suça kanunda öngörülen cezanın üst sınırı esas alınmaktadır. Bu sistemde temel cezayı artıran veya azaltan nedenlere bakılmaksızın, normda belirtilen cezanın üst sınırına göre zamanaşımı süresi belirlenir. Zamanaşımı süresinin tespiti hâkimin takdirine bırakılmamaktadır, aksi halde uygulamanın aşırı ve keyfi bir takdirde bulunmasının yolu açılmış olacaktır. Soyut ceza sisteminin uygulanmasında esas alınacak ceza, kanunda yer alan cezayı azaltan ya da artıran kanuni nedenler nazara alınarak değerlendirilecektir. Bunun nedeni, bunların da kanunda yazılı olup, takdiri bir nitelik taşımamasıdır. *Somut ceza sisteminde,* suç nedeniyle meydana gelen zarar soyut ceza olarak belirlenmez. Suç, somut olayda ona etki eden tüm nedenlerle birlikte değerlendirilir. Hâkimin bu konuda keyfi bir takdiri de söz konusu olamaz. Zira hâkimin kullanacağı takdir yetkisi de kanunun bu konuda sağlamış olduğu imkânlara bağlıdır. Hâkim, suçun gerektirdiği cezayı tespit edecek, artırım ve indirim nedenlerini de dikkate alarak sonuca göre zamanaşımı süresini tespit edecektir. Ancak takdiri indirim nedenlerini dikkate almayacaktır. *Karma ceza sisteminde ise*; soyut bir ceza değil, faile verilmesi gerekli ceza esas alınmaktadır. Kişi hakkında, işlediği suçun lehe ve aleyhe olan tüm unsurları dikkate alınmaktadır. Çünkü iş henüz mahkemeye intikal etmiş olmayıp, henüz takdir hakkının kullanılıp kullanılmayacağı belli değildir. Bu nedenle, sanığa isnat edilen suçun kanundaki cezasının üst sınırı temel ceza sayılacak, kanuni artırıcı nedenlerin üst sınırına kadar ceza artırılarak, indirim nedenlerinin alt sınırına kadar ceza indirildikten sonra belirlenecek ceza üzerinden zamanaşımı süresi tespit edilecektir. Bkz.: Özar, s. 50-51; Kunter, s. 60-63; Önder, s. 275-278; İçel ve diğerleri, s. 356; Dönmezer/Erman, s. 254; Koca/Üzülmez, s. 751; Demirbaş, s. 762.

[31] Soyaslan, s. 619; Demirbaş, s. 762.

[32] Bkz.: Özgenç, s. 854; Koca/Üzülmez, s. 754; Demirbaş, s. 762; Centel/Zafer/Çakmut, s. 784; Özen (2020), s. 896; Tongür/Çetintürk, s. 470. Bununla birlikte TCK'daki sistemin soyut, somut ve karma şeklindeki sınıflandırmalardan hiçbirisi ile uyumlu olmadığını ve bunun bir takım sorunlara neden olduğunu belirten yazarlar da bulunmaktadır. "Kanımızca, Kanunun sistemi somut ceza sistemine daha yakındır; tam olarak somut ceza diyemiyoruz çünkü suçun sadece daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hallerinin göz önünde bulundurulduğu; suçun basit şekli ile hafif şekli arasında ise fark gözetilmediği anlaşılmaktadır. Diğer bir deyişle nitelikli haller söz konusu olunca somut cezaya bakan Kanun, hafifletici nedenlerde ise soyut cezadan yana tavır almaktadır. Bu tutarsızlığın ortadan kaldırılması; suçun basit şekli ile daha az cezayı gerektiren halleri arasında da fark gözeterek, zamanaşımının buna göre hesap edilebilmesi gerekirdi. Madde gerekçesinde sebebine rastlanmayan bu düzenleme

Kanuna göre, dava zamanaşımı sürelerinin belirlenmesinde dosyadaki delillere göre nitelikli hallerin de göz önünde bulundurularak, zamanaşımı hesabına ölçüt alınacak cezanın belirlenmesinde *suçun kanunda yer alan cezasının üst sınırı* dikkate alınacaktır. Dolayısıyla dava zamanaşımının tespitinde suçun nitelikli halleri bakımından hükmedilebilmesi mümkün olan en yüksek ceza esas alınacaktır. Cezanın üst sınırının belirli olmadığı durumlarda ise genel hükümlere (TCK m. 49, 52) bakılacaktır.[33]

Uygulama yapılırken, somut olayda öncelikle cezanın artırılmasını gerektiren bir nitelikli halin bulunup bulunmadığı belirlenecektir. Burada dikkat edilmelidir ki, suçun *daha az cezayı* gerektiren nitelikli halleri ile cezada indirim yapılmasını gerektiren kusurluluğu etkileyen haller (akıl hastalığı, yaş küçüklüğü, haksız tahrik gibi) ile teşebbüs gibi diğer haller göz önünde bulundurulmayacak, yalnızca daha ağır cezayı gerektiren haller dikkate alınacaktır.[34]

Cezanın artırılmasını gerektiren nitelikli hal için kanunda ne kadar ceza tayin edileceği gösterilmiş ise doğrudan bu ceza dikkate alınarak dava zamanaşımı süresi tespit edilecektir.[35] Buna karşın, bir nitelikli hal suçun temel şekline göre ceza yönünden oransal bir artırım gerektiriyorsa, bu durumda suçun temel şekli için kanunda öngörülen cezanın üst sınırı üzerinden nitelikli halin gerektirdiği oransal artırım

---

sadece kanun önünde eşitlik ilkesiyle değil, ayrımcılık yasağı ilkesi ile de çelişmektedir. Dolayısıyla, sübjektif ceza sisteminin özelliklerini daha ağır cezayı gerektiren nitelikli haller bakımından gösteren, öte yandan fiilden kaynaklanan hafifletici haller ile kişisel indirim ya da artırım sebeplerinin hesap dışı bırakılması nedeniyle de objektif ceza sistemine benzeyen bir durum vardır. Bu tercih, karma bir sistem olmaktan ziyade, 'kendi içinde çelişen somut ceza sistemi' gibi görünmektedir." Özar, s. 57. *Hafızoğulları*'na göre, bu sistemde birbirleriyle çok farklı şekilde yaptırıma bağlanan iki ayrı suçun zamanaşımı yönünden aynı süreye tabi tutularak adalet duygusunun zedelenmektedir. Zeki Hafızoğulları, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Davanın ve Cezanın Düşürülmesi", http://www.baskent.edu.tr/~zekih/ogrenci/davacezanin%20 dus.doc, Erişim Tarihi: 15.01.2017. *Taşdemir* ise, suçun nitelikli hali için öngörülen en üst ceza kriteri karşısında, birçok suçta dava zamanaşımı dava açıldığında belirlenemeyeceğini, deliller toplanıp suç vasfı ve daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hallerin var olup olmadığı belirlendikten sonra zamanaşımı süresinin bulunabileceğini, bu durumun da birçok davayı gereksiz yere uzatabileceği, deliller toplandıktan sonra davanın düşürülmesinin gereksiz emek, masraf ve zaman kaybına neden olabileceğini belirtmektedir. Kubilay Taşdemir, *Ceza Hukukunda Zamanaşımı,* Cantekin Matbaası, Ankara 2011, s. 81. *Öztürk/Doğan/Bacaksız*'a göre ise TCK'da karma bir sistem öngörülmüştür. Öztürk/Doğan/Bacaksız, s. 725.

[33] Özgenç, s. 855.

[34] Koca/Üzülmez, s. 754; Hakan Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler,* 24. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2021, s. 666.

[35] Koca/Üzülmez, s. 754; Berrin Akbulut, "Dava Zamanaşımı Sürelerinin Başlaması", *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Doğan Soyaslan Armağanı,* C. VIII, S. 2013/2, s. 159.

yapılacak ve sonuç olarak ulaşılan toplam cezadan hareketle dava zamanaşımı süresi tespit edilecektir.[36]

Kanunda öngörülen süreler bakımından failin fiili işlediği sıradaki yaşına göre farklı uygulama söz konusu olabilecektir. Zira kanunda belirlenen süreler yetişkin failler bakımından öngörülmüş genel sürelerdir. Failin çocuk olması durumunda ise zamanaşımı süreleri kademeli olarak kısaltılarak uygulanacaktır (TCK m. 66/2). Buna göre söz konusu süreler; fiili işlediği sırada on iki yaşını doldurmuş olup da on beş yaşını doldurmamış olanlar hakkında bu sürelerin *yarısı*; on beş yaşını doldurmuş olup da on sekiz yaşını doldurmamış olan kişiler hakkında ise *üçte ikisi* oranında uygulanacaktır.

Dava zamanaşımı süresinin tespitinde esas olarak, suç tipine ilişkin düzenlemedeki hapis cezasının miktarı esas alınacaktır. Şayet düzenlemede seçimlik ceza olarak hem hapis hem de adli para cezası öngörülmüş ise yine hapis cezası miktarı esas alınarak belirleme yapılacaktır (TCK m. 66/4).

Dava zamanaşımı süresinin ne zaman başlayacağı kanunda açıkça gösterilmiştir (TCK m. 66/6). Buna göre süre, tamamlanmış suçlarda suçun işlendiği tarihten, teşebbüs halinde kalan suçlarda son hareketin yapıldığı tarihten, kesintisiz suçlarda kesintinin gerçekleştiği tarihten ve zincirleme suçlarda son suçun işlendiği tarihten, çocuklara karşı üstsoy veya bunlar üzerinde hüküm ve nüfuzu olan kimseler tarafından işlenen suçlarda ise çocuğun on sekiz yaşını bitirdiği tarihten itibaren işlemeye başlayacaktır.

Suçların içtimaı halinde ise zamanaşımına esas cezanın tespiti içtimaın çeşidine göre belirlenecektir. Fikri içtima durumunda fail, tek fiil ile birden fazla normu ihlal etmekte ve birden fazla suç işlemekte olup, kanuna göre (TCK m. 44) faile işlemiş olduğu suçlardan en ağırının gerektirdiği ceza uygulanacağı için zamanaşımı süresi de bu cezaya göre hesaplanacaktır. Bununla birlikte, zincirleme suçta ise bir suçu işleme kararıyla bir norm değişik zamanlarda aynı kişiye karşı birden fazla kez ihlal edilmekte olup, kanuna göre (TCK m. 43) faile artırılmak suretiyle tek bir ceza verilmesi gerektiğinden, bu husus cezayı artıran nitelikli bir hal olarak kabul edilemeyeceği için bundan dolayı yapılacak artırım zamanaşımı hesabının dışında bırakılmalıdır.[37]

Dava zamanaşımı süreleri gün, ay ve yıl hesabıyla belirlenir. Bir gün, yirmi dört saat; bir ay, otuz gün olarak kabul edilir ve yıl, resmi takvime göre hesaplanır (TCK m. 72/1) .

---

[36] Koca/Üzülmez, s. 754.

[37] Özar, s. 66; Fahri Gökçen Taner, *Ceza Hukukunda Zamanaşımı,* Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, Ankara 2007, s. 65.

Dava zamanaşımına ilişkin hükümler re'sen uygulanır ve bundan şüpheli, sanık ve hükümlünün vazgeçmesi veya uygulanmasını istememesi mümkün değildir (TCK m. 72/2).

2. Dava Zamanaşımı Süresinin Durması

Dava zamanaşımı süresi, kimi zorunlu hallerde kesintiye uğramak ya da durmak suretiyle engellere maruz kalmaktadır. İki hal arasındaki temel fark; kesilme halinde, süreyi kesen neden ortadan kalktığında zamanaşımı süresi baştan itibaren yeniden başlamakta iken; durma halinde ise durma nedeni ortadan kalktığında süre kaldığı yerden devam etmektedir.

TCK'ya göre; soruşturma ve kovuşturma yapılmasının, izin veya karar alınması veya diğer bir mercide çözülmesi gereken bir meselenin sonucuna bağlı bulunduğu hallerde (bekletici mesele), izin veya kararın alınmasına veya meselenin çözümüne veya kanun gereğince hakkında kaçak olduğu hususunda karar verilmiş olan suç faili hakkında bu karar kaldırılıncaya kadar dava zamanaşımı ***durur*** (TCK m. 67/1).

Dava zamanaşımını durduran haller TCK'daki düzenlemede sayılanlardan ibaret değildir. Ceza Muhakemesi Kanununda (CMK) ve diğer bazı kanunlarda özel durma nedenleri bulunmaktadır.

CMK'nın 253/21. maddesi uyarınca, uzlaştırma bürosu tarafından görevlendirilen uzlaştırmacının dosyanın taraflarından birine uzlaştırma teklifinde bulunduğu tarih itibarıyla zamanaşımının durması öngörülmüş, uzlaştırma girişiminin sonuçsuz kaldığı ve en geç uzlaştırmacının raporunu düzenleyerek uzlaştırma bürosuna verdiği tarihe kadar sürenin işlemeyeceği düzenlenmiştir. CMK'da düzenlenen bir başka durma hali ise kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumuna ilişkindir. Buna göre, kamu davasının açılmasının ertelenmesi halinde, erteleme süresi boyunca dava zamanaşımı duracaktır (CMK m. 171/4). Benzer bir düzenleme hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu için de söz konusudur. Buna göre, kamu davasının açılmasının ertelenmesi ile birlikte belirlenen denetim süresi boyunca dava zamanaşımı duracaktır (CMK m. 231/8).

5411 sayılı Bankacılık Kanununun bilirkişi incelemesi başlığını taşıyan 165. maddesinde, Bankacılık Kanununun uygulaması ile ilgili olarak, bankacılık suçlarından dolayı görülmekte olan ceza davalarında bilirkişiye başvurulması halinde, dosyanın bilirkişiye tevdi edildiği tarih itibarıyla dava zamanaşımının durması öngörülmüştür.

353 sayılı Askeri Mahkemelerin Kuruluşu ve Yargılama Usulü Hakkında Kanunun 20. maddesi uyarınca; e*r ve erbaşlar ile yedek subayların ve yedek astsubayların askere girmeden veya silâh altına çağrılmadan önce işledikleri yukarı haddi iki yıla kadar hapis cezasını gerektiren* fiillere dair soruşturma ve kovuşturma süreçleri askerliğin bitimine kadar geri bırakılmalıdır. Yine, savaş sırasında silâh altına

çağrılan veya zaten silâh altında olan bütün asker kişilerin en az beş sene hapis cezasını gerektiren suçlarına ait olanlar hariç, tüm muhakeme işlemleri savaş bitimine veya askerliklerinin sona erdiği tarihe kadar *geri bırakılacaktır*. Dolayısıyla bu süre boyunca dava zamanaşımı süresi işlemeyecek, duracaktır.

Bir başka durma hali 2247 sayılı Uyuşmazlık Mahkemesinin Kuruluş ve İşleyişi Hakkında Kanunda düzenlenmiştir. Buna göre, görev uyuşmazlığı konusunda Uyuşmazlık Mahkemesi tarafından bir karar verilinceye kadar ve en geç altı aya kadar dava ve dava zamanaşımı duracaktır (m. 18).

Son olarak 4473 sayılı Yangın, Yersarsıntısı, Seylap veya Heyelan Sebebiyle Mahkeme ve Adliye Dairelerinde Ziyaa Uğrayan Dosyalar Hakkında Yapılacak Muamelelere Dair Kanunun 43. maddesi uyarınca sosyal felaket, doğal afet veya *başka herhangi bir nedenle* dosyanın muhakemeyi devam ettiremeyecek biçimde kısmen veya tamamen zarar görmesi halinde dosyanın kovuşturmayı yürütebilecek derecede tamamlanmasına kadar zamanaşımının duracağı düzenlenmiştir. Dosyanın kaybı (ziyaı) herhangi bir kimsenin kasıtlı davranışından kaynaklanmıyorsa zamanaşımının durma süresinde bir sınır bulunmamakla birlikte, kasıt varsa bu süre beş yıl ile sınırlandırılmıştır.

Dava zamanaşımını durduran nedenlerin varlığı halinde süre işlemeyecek, bu nedenin ortadan kalktığı tarihten itibaren kaldığı yerden işlemeye devam edecektir.

TCK'da durma nedenleri gösterilmiş ancak durma süresinin üst sınırının ne olacağı konusunda bir düzenleme yapılmamıştır. Bu durum, izin veya karar alma süreçleri ile takdiri bekletici mesele halinde bir belirsizliğe neden olmaktadır. Hatta doktrinde, bekletici mesele yetkili merci tarafından çözümlenmedikçe veya izin gerektiren bir dosyada yetkili merciden izin gelmedikçe dava zamanaşımının adeta sonsuza kadar durabilme tehlikesinin bulunduğu ifade edilmektedir.[38]

3. Dava Zamanaşımı Süresinin Kesilmesi

Suç nedeniyle meydana gelen kırılma devam ettiği sürece failin suç niteliğindeki fiilinden ötürü yaptırıma tabi tutulmasında kamu yararının devam edeceği düşüncesiyle, muhakemenin canlı ve hareketli olduğunu gösteren bazı işlemlerinin zamanaşımını kesmesi gerektiği ifade edilmiştir.[39]

---

[38] Bahri Öztürk/Mustafa Ruhan Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, 20. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s. 617.

[39] Nurullah Kunter, "Ceza Hukukunda Zamanaşımının Kesilmesi", *Adalet Dergisi,* S. 6, Y. 1946, s. 547; Dava zamanaşımının kesilmesi hakkındaki görüşler için ayrıca Bkz.: Özar, s. 127-130; Dönmezer/Erman, s. 265-267.

Bir suçla ilgili olarak, şüpheli veya sanıklardan birinin Cumhuriyet savcısı huzurunda ifadesinin alınması veya mahkeme/hâkimlik tarafından sorguya çekilmesi; şüpheli veya sanıklardan biri hakkında tutuklama kararı verilmesi; iddianame düzenlenmesi; (iştirak halinde işlenen bir suç söz konusu ise) sanıklardan bir kısmı hakkında da olsa mahkûmiyet kararı verilmesi, hallerinde dava zamanaşımı ***kesilir*** (TCK m. 67/2).

Dava zamanaşımı kesildiğinde, zamanaşımı süresi yeniden işlemeye başlar. Dava zamanaşımını kesen birden fazla nedenin bulunması halinde, zamanaşımı süresi son kesme nedeninin gerçekleştiği tarihten itibaren yeniden işlemeye başlar (TCK m. 67/3). Kesilme halinde, zamanaşımı süresi ilgili suça ilişkin olarak kanunda belirlenen sürenin en fazla yarısına kadar uzar (TCK m. 67/4).

Dava zamanaşımının kesilmesinin ilk sonucu, kesme sebebinin gerçekleştiği zamana kadar geçen zamanaşımı süresinin sıfırlanarak kesme gününden itibaren yeni bir zamanaşımı süresinin başlamasıdır. Kesilme üzerine başlayan yeni zamanaşımı süresi kesme sebebinin gerçekleştiği tarihten itibaren başlamaktadır. Bu durumda kesme sebebinin meydana geldiği tarih zamanaşımı süresinin ilk günü olarak hesap edilecektir.[40]

Kanunda, zamanaşımı kesilmesiyle yeniden başlayan süre için bir üst sınır belirlenmiştir. Buna göre, zamanaşımını kesen bir işlem neticesinde, kesilme tarihinden itibaren yeniden başlayacak zamanaşımı süresi, *kanunda belirtilen sürenin en fazla yarısına kadar* uzayacak ve bu sınıra ulaştığında zamanaşımı süresi kendiliğinden dolacaktır.[41]

Dava zamanaşımı süresinin kesilmesinde fail değil suç esas alınarak bir belirleme yapılacaktır. Somut olayda birden fazla şüpheli veya sanığın bulunması halinde, suça iştirakin derecesi ne olursa olsun herhangi bir suç ortağı yönünden gerçekleşen kesme nedeni diğer suç ortakları bakımından da geçerli olacaktır.[42] Bu uygulama, kamu davasının bütünlüğünü koruduğu gibi, adil yargılama ile faillere eşit muamelede bulunulmasını sağlamaktadır. Bununla birlikte, suç ortaklarından birisi hakkında yanlışlıkla zamanaşımının dolması nedeniyle düşme kararı verilmesi ve bu kararın kesinleşmiş olması, diğer ortaklar bakımından zamanaşımı uygulamasını etkilemeyecektir.[43]

---

40 Kunter (1946), s. 552; Önder, s. 296; Dönmezer/Erman, s. 272; Erem/Danışman/Artuk, s. 1019; Özar, s. 127-130.

41 Özar, s. 128.

42 Centel/Zafer/Çakmut, s. 789; Benzer değerlendirme için Bkz.: Zeki Hafızoğulları/Muharrem Özen, *Ceza Hukuku Genel Hükümler,* 12. Baskı, US.A Yayınları, Ankara 2019, s. 521; Soyaslan, s. 623; Öztürk/Erdem, s. 616.

43 Özar, s. 145.

4. Dava Zamanaşımının Sonucu

Dava zamanaşımı süresinin dolması, fiilin cezalandırılabilirliğinin ortadan kalkmasına neden olur.[44] Sürenin dolmasıyla birlikte suçla ilgili olarak soruşturma ve kovuşturma yapılabilirse de, mahkûmiyet hükmü verilemez. Dava kanun yolu evresinde ise de derece mahkemesince verilen mahkumiyet hükmü onanamaz.

Dava zamanaşımı TCK'da düşme nedenlerinden birisi olarak düzenlenmiştir. Zamanaşımı süresinin dolduğunun tespit edilmesi halinde CMK'nın 223/8. maddesindeki; *"Türk Ceza Kanununda öngörülen düşme sebeplerinin varlığı ya da soruşturma veya kovuşturma şartının gerçekleşmeyeceğinin anlaşılması hallerinde, davanın düşmesine karar verilir."* şeklindeki hüküm uyarınca düşme kararı verilir.

II. Dava Zamanaşımı ve Olağanüstü Kanun Yolları İlişkisi

A. Genel Olarak Olağanüstü Kanun Yolları

Yargılama makamlarının verdikleri kararların denetlenmesi, adil yargılanma hakkının bir gereği ve muhakeme hukukunun temel ilkelerinden birisidir. Bu denetim, ülkedeki hukuk uygulamasının yeknesaklaşması ve ceza muhakemesinin amaçlarına uygun olarak herhangi bir insan hakkı ihlaline yol açmaksızın, sanığın ve muhakemenin diğer süjelerinin haklarını koruyarak maddi ve hukuki gerçeğe uygun bir hüküm kurulması amaçlarına hizmet etmektedir.[45] Bu doğrultuda, mahkemelerce verilen kararların başka bir yargı makamınca denetlenmesi ve gerekiyorsa düzeltilip değiştirilmesi sağlanmaktadır.

Genellikle kabul edilen ve CMK'da da esas alınan tasnife göre; kesinleşmemiş yargı kararlarına karşı gidilen kanun yollarına *olağan kanun yolları*; kesinleşmiş yargı kararlarına karşı gidilen kanun yollarına ise *olağanüstü kanun yolları* adı verilmektedir.[46]

Ceza Muhakemesi Kanununun altıncı kitabı kanun yollarına ayrılmıştır. Kanuna göre; olağan kanun yolları, itiraz (m. 267-271), istinaf (m. 267-285) ve temyiz (m. 286-307) iken; olağanüstü kanun yolları ise Yargıtay Cumhuriyet başsavcısının itirazı (m. 308), bölge adliye

---

44 Özgenç, s. 852.

45 Öztürk/Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/Özge Sırma Gezer/Yasemin F. Saygılar Kırıt/Özdem Özaydın/Esra Alan Akcan/Efser Erden Tütüncü, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı*, 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s. 760; Nurullah Kunter/Feridun Yenisey/Ayşe Nuhoğlu, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku,* 16. Bası, Beta Basım Yayın, İstanbul 2008, s. 26-27; Serdar Talas, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Başsavcılığın İtirazı", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası,* C. LXX, S. 1, Y. 2012, s. 154.

46 Kanun yollarının tasnifiyle ilgili tartışmalar için ayrıca Bkz.: Öztekin Tosun, "Ceza Muhakemesi Hukukumuzda Kanunyollarının Çeşitleri", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası,* C. XXXV, S. 1-4, Y. 1970, s. 8-48.

mahkemesi Cumhuriyet başsavcılığının itirazı (m. 308/A), kanun yararına bozma (m. 309 ve 310) ve yargılamanın yenilenmesidir (m. 311 ve 323).

Olağan kanun yolları kesinleşmemiş yargı kararlarına yönelik denetim yolları olduğundan bu denetim dava zamanaşımı süresi içerisinde yapılmak durumundadır. Denetim sürecinde dava zamanaşımı süresinin dolması halinde süreç tamamlanamayacağından kamu davasının düşürülmesi gerekmektedir.

Olağanüstü kanun yolları bakımından ise genel dava zamanaşımı kurallarından farklı bir yaklaşım ve uygulamaya ihtiyaç bulunmaktadır. Çünkü burada denetlenmesi gereken kararlar *kesin hüküm* niteliğinde olan yargı kararlarıdır. Zira *Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının itirazı*, Yargıtay ceza dairelerince verilen kesin nitelikli kararlara karşı; *bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet başsavcılığının itirazı,* bölge adliye mahkemesi ceza dairelerinin kesin nitelikteki kararlarına karşı; *kanun yararına bozma*, mahkeme ve hâkimliklerin istinaf ve temyiz incelemesinden geçmeksizin kesinleşen kararlarına karşı; *yargılamanın yenilenmesi* ise olağan kanun yolları kullanılarak ya da kullanılmaksızın kesinleşen bir hükümle ilgili olarak, hükme esas alınan bir hususla ilgili olarak yeni bir durumun ortaya çıkması nedeniyle hükmün hatalı olduğunun anlaşılması ve hatanın başka türlü giderilme imkânının bulunmadığı hallerde söz konusu olmaktadır.

Kesin hüküm, doğruluğu hukuken kabul edilen ve artık tartışılmayan bir mahkeme kararıdır. Uyuşmazlığı kesip atan *yargı*larda adli hata adı verilen bir yanlışlık yapılmış olduğu sonradan anlaşılabilir. Her türlü hata için olmasa da bazı önemli aykırılıkların giderilmesi ceza muhakemesinin gerçeği araştırma amacının bir gereğidir. İstisna kabul edilmesinin nedeni, doğruluğu hukuken tartışılamayan kesin hükmün temellerinin bazı durumlarda sarsılmış olması ve hükmün bu sarsılmış temeller üzerinde oturmasının artık mümkün olmamasına dayanmaktadır. Hukuk barışının ve hukuki güvenliğin sağlanması ne kadar önemli ise hukuka olan güvenin sağlanması da en az bu kadar önemlidir. Zira temelleri olmayan bir hüküm, hukuk düzeni tarafından kabul edilemez. Bu yüzden, olağanüstü kanun yolları istisnai haller dışında süreye bağlı olmaksızın başvurulabilen denetim yollarıdır.[47]

B. Türk Ceza Kanununun 66/5. Maddesinin Tahlili

Kanunda, olağanüstü kanun yollarıyla ilgili olarak dava zamanaşımına ilişkin bir tek düzenleme bulunmakla birlikte, bu düzenlemenin tüm olağanüstü kanun yolları bakımından mı yoksa yalnızca yargılamanın yenilenmesi kanun yolu bakımından mı geçerli olduğu hususunda tartışmalar bulunmaktadır.

---

[47] Yenisey/Nuhoğlu, s. 1326.

TCK'nın söz konusu 66/5. maddesi şu şekildedir: *"Aynı fiilden dolayı tekrar yargılamayı gerektiren hallerde, mahkemece bu husustaki talebin kabul edildiği tarihten itibaren fiile ilişkin zamanaşımı süresi yeni baştan işlemeye başlar."*[48]

Görüldüğü üzere maddenin terminolojisinde bazı sorunlar bulunmaktadır. Zira burada, TCK ve CMK'daki diğer başka bir maddede kullanılmamış olan "tekrar yargılama" tabiri kullanılmıştır. Dolayısıyla bu ifade ile neyin kastedildiği hususu açıklığa kavuşturulmalıdır.

Bu bağlamda, öncelikle maddenin gerekçesine bakmakta yarar bulunmaktadır. Gerekçede şu ifadeler kullanılmıştır: *"Yargılamanın yenilenmesi gibi aynı fiilden dolayı tekrar yargılamayı gerektiren hallerde, zamanaşımına açıklık getirmeye yönelik olarak bu fıkra metninde değişiklik yapılmıştır. Bu durumlarda, dava zamanaşımı süresi, tekrar yargılama konusu suç bakımından belirlenecektir. Tekrar yargılama konusu suça ilişkin zamanaşımı süresinin başlangıç tarihi de, bu husustaki talebin mahkemece kabul edildiği tarih olacaktır. Tekrar yargılama konusu olan suça ilişkin zamanaşımı süresi bakımından, maddenin birinci fıkrasındaki süreler dikkate alınacaktır. Bu düzenlemeyle güdülen asıl amaç, yeniden yargılama söz konusu olan hallerde, bu nedenle dava zamanaşımı süresinin dolduğundan bahisle yargılamaya son verilmesi yönündeki taleplerin önüne geçmektir."*[49]

Doktrinde bir görüşe göre; hükümdeki tekrar yargılama tabirinden sadece yargılamanın yenilenmesi kanun yolu kastedilmiş ve hatta bu ifade nedeniyle düzenleme TCK ve CMK'daki terminolojiyle uyumlu bulunmamaktadır.[50]

---

48 Bu düzenleme, fıkrada 29.06.2005 tarih ve 5377 sayılı Kanunun 8. maddesi ile yapılan değişiklik ile getirilmiştir. Maddenin değişiklikten önceki hali şu şekildedir: *"Aynı fiilden dolayı her ne suretle olursa olsun tekrar yargılanması gereken hükümlünün, sonradan yargılanan suça ait üçüncü fıkrada yazılı esasa göre belirlenecek zamanaşımı göz önünde bulundurulur."*

49 TBMM, Dönem 22, Yasama Yılı 3, Sıra Sayısı 901, s. 3. Ayrıca Bkz.: Özgenç, s. 856.

50 "Burada kastedilen 'yenileme' olsa gerektir. Zira CMK'da (m. 311 vd) yargılamanın tekrarı tabiri değil, yargılamanın yenilenmesi kavramı kullanılmıştır. TCK'da da aynı tabir devam etmeli, yasa koyucunun dil ve kavram birliğinde titiz olduğu sonucuna varabilmeliydik. Kaldı ki tekrar yargılama ile yeniden yargılama aynı şey değildir, yargılama tekrarı mümkün de değildir; burada yargılamanın tekrarı/tekerrür etmesi değil davanın yeniden görülmesi söz konusudur. Sonuçta yasa koyucunun muradı anlaşılmaktadır ancak kavramsal bir insicamın bulunmadığı bu gibi örneklerle teyit edilmektedir." Özar, s. 86-87, dp. 300; "Bu konuda son olarak hükmü, TCK ve CMK'da yer alan terimlerin bütünlüğü bakımından eleştirmeyi gerekli buluyoruz. CMK'da, CMUK'da yer alan muhakemenin iadesi kurumuna karşılık olarak yargılamanın yenilenmesi terimi kullanılmaktadır. Oysa inceleme konumuz olan hükümde tekrar yargılama ibaresi kullanılmaktadır. Kastedilenin yargılamanın yenilenmesi olduğu hem maddenin devamından hem de gerekçesinden anlaşılsa dahi, 6 ay arayla çıkan iki kanun arasında bir terim birliği sağlanamamasını yadırgamamak mümkün değildir." Taner, s. 158-159. Ayrıca Bkz.: Alşahin, s. 135; Necati Meran, "Ceza Hukukunda Dava Zamanaşımı", *Terazi Hukuk Dergisi,* C. 10, S. 112, Aralık 2015, s. 71;

Bir başka görüşe göre, bu ifadeden yargılamanın yenilenmesi ve kanun yararına bozma kanun yolları anlaşılmalıdır.[51]

Başka bir görüşe göre, bu düzenleme uyarınca CMK'nın 172/2. maddesi gereğince kovuşturmama kararı sonrasında yeni bir delil ortaya çıktığında tekrar kamu davası açılması, yargılamanın yenilenmesi gibi tüm aynı fiilden tekrar yargılamayı gerektiren hallerde bu hükmün uygulanması gerekir.[52]

Bizim de katıldığımız son görüşe göre ise yeniden yargılama yapılan haller kesinleşmiş kararlarla ilgili olduğundan hükmün tüm olağanüstü kanun yolları bakımından uygulanması gerekmektedir.[53]

Kanaatimizce, gerek kanunda kullanılan "tekrar yargılama" ifadesi, gerekse gerekçede kullanılan "gibi" kelimesinden ötürü düzenleme ile kastedilen hallerin yargılamanın yenilenmesinden ibaret olmadığı ve hükmün uygulanabileceği benzer başka hallerin de söz konusu olabileceği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla, aynı fiilden dolayı tekrar ya da yeniden yargılama gerektiren bütün haller bakımından fıkra hükmünün uygulanması gerekmektedir. O halde, hangi durumlarda aynı fiilden dolayı tekrar yargılama yapılabileceği hususunda bir tespit yapılmalıdır.

Ceza muhakemesi hukukunda kural olarak aynı fiille ilgili ancak bir kez yargılama yapılabilir *(non bis in idem ilkesi).*[54] Aynı fiille ilgili olarak yeniden yargılama yapılabilmesi için ilk yargılama sonucunda verilen hükmü geçersiz kılacak başka bir hüküm veya o hükümde esas alınan maddi olay veya delillerle ilgili ciddi bir sorun bulunduğunun tespit edilmesi gerekir.

Centel/Zafer/Çakmut, s. 784; Soyaslan, s. 619; Öztürk/Doğan/Bacaksız, s. 726; Hakeri, s. 668; Özen (2020), s. 898; Tongür/Çetintürk, s. 473.

51 Koca/Üzülmez, 2020, s. 755; Murat Kayançiçek, "Aynı Fiilden Dolayı Yeniden Yargılama Yapılan Hallerde Dava Zamanaşımı Süresinin Tespiti", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi,* Y. 5/2014, S. 18, s. 463.

52 Hafızoğulları/Özen, s. 520. Yazarlar söz konusu düzenlemeyi şiddetle eleştirerek şu ifadeleri kullanmışlardır: "Hüküm Tarihi kanun koyucunun dile ve hukuka hâkimiyetinin karinesidir. Gerçekten, hükmü anlayan alkışlanmalıdır. Tarihi kanun koyucu, sanki hükmün, başkalarınca anlaşılır olmamasına özel olarak önem göstermiştir."

53 Akbulut, s. 164; "Bize göre kanun koyucu hükmün uygulama alanını yargılamanın yenilenmesi ile sınırlamak isteseydi 'yeniden yargılama yapılmasını gerektiren durumlar' deyimi yerine bu deyimi kullanırdı. Kaldı ki, bu hükmün getiriliş amacı kesin hükmün şu ya da bu nedenle ortadan kalkması durumunda suçun zamanaşımına uğradığı iddialarının önüne geçmektir. Bu nedenle bu deyimle yalnızca yargılamanın yenilenmesi değil, lehe kanun uygulanması da dahil olmak üzere kesinleşmiş kararın ortadan kalkması sonucuna yol açan tüm durumlar girmektedir." Öztürk/Erdem, s. 614, dp. 46.

54 İlkeyle ilgili ayrıntılı bir çalışma için Bkz.: Mustafa Özen, "Non Bis In Idem (Aynı Fiilden Dolayı İki Kez Yargılama Olmaz) İlkesi", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* C. XIV, Y. 2010, S. 1, s. 389-417.

Öte yandan aynı fiille ilgili olarak, kanundaki ifadeyle "tekrar" yapılacak bir yargılamadan bahsedilebilmesi için ilk yargılamanın tamamlanmış olması yani kesin bir hükümle sonuçlanmış olması gerekmektedir. Dolayısıyla fıkrada öngörülen tekrar yargılamanın ancak olağanüstü bir kanun yolu sonrasında gündeme gelebileceğini söylemek mümkündür. Zira olağanüstü kanun yollarının tamamı *kesin hükümle* sonuçlanan bir yargılama sonrasında gündeme gelen denetim yollarıdır.

Bu bağlamda, olağanüstü kanun yolları kapsamında yapılan denetimin bir yeniden yargılama faaliyeti olup olmadığı açıklığa kavuşturulmalıdır. Söz konusu maddede kullanılan "aynı fiilden" ibaresi bu hususta önem arz etmektedir. Zira bir yeniden yargılamadan söz edebilmek için "fiile" yani "maddi vakıaya" ilişkin bir yargılama yapılması icap eder.[55]

Olağanüstü kanun yolları kapsamında yapılan denetim faaliyeti, yani Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının itirazı doğrultusunda Yargıtay Ceza Genel Kurulu, kanun yararına bozma talebi doğrultusunda ilgili Yargıtay ceza dairesi tarafından yapılan ya da istinaf Cumhuriyet başsavcılığının itirazı doğrultusunda ilgili istinaf ceza dairesi tarafından veya yeniden yargılama talebi üzerine esas mahkemesince yapılan denetim faaliyetlerinde inceleme konusu yapılan husus fiil ya da maddi vakıa değil, itiraza, düzeltme veya yenileme talebine konu olan *kararın bizatihi kendisi*dir.

Genel Kurulca, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının itirazının kabulü ile incelemeye konu olan kararın bozulmasına karar verildiği hallerde, dosyanın yeniden ele alınmak üzere ilk derece mahkemesine gönderilmesi üzerine yapılan faaliyet *tekrar yargılama* mahiyetindedir.

Buna karşın, istinaf Cumhuriyet başsavcılığının itirazının kabulü üzerine ilgili istinaf ceza dairesince dosyanın yeniden ele alınması ise yeni bir yargılama değil, eski tabirle bir *karar düzeltme* işlemi mahiyetindedir.

Kanun yararına bozma kanun yolu bakımından ise CMK'nın 309. maddesinin 4. fıkrasının "a", "b" ve "c" bentlerinde kullanılan[56]

---

[55] "Olağanüstü kanun yolu davası açılması kabul edilen hallerde, yargılanmış olan uyuşmazlık, şüphenin geri dönmesi üzerine, yeniden yargılanacak uyuşmazlık olur. Yargı da yeniden yargı oluncaya kadar yargı olmaktan çıkar." Yenisey/Nuhoğlu, s. 1315.

[56] Madde şu şekildedir: *"(4) Bozma nedenleri: a) 223 üncü maddede tanımlanan ve davanın esasını çözmeyen bir karara ilişkin ise, kararı veren hâkim veya mahkeme, gerekli inceleme ve araştırma sonucunda yeniden karar verir. b) Mahkûmiyete ilişkin hükmün, davanın esasını çözmeyen yönüne veya savunma hakkını kaldırma veya kısıtlama sonucunu doğuran usul işlemlerine ilişkin ise, kararı veren hâkim veya mahkemece yeniden yapılacak yargılama sonucuna göre gereken hüküm verilir. Bu hüküm, önceki hükümle belirlenmiş olan cezadan daha ağır olamaz. c) Davanın esasını çözüp de mahkûmiyet dışındaki hükümlere ilişkin ise, aleyhte sonuç doğurmaz ve yeniden yargılamayı gerektirmez. d) Hükümlünün cezasının kaldırılmasını gerektiriyorsa cezanın kaldırılmasına, daha hafif bir cezanın verilmesini gerektiriyorsa bu hafif cezaya Yargıtay ceza dairesi doğrudan hükmeder."*

ifadelerden de anlaşılacağı üzere, kanun yararına bozma talebi doğrultusunda daire tarafından bozulan ilk derece mahkemesi/hâkimliği kararının mahallinde yeniden nasıl ele alınacağı hususunda bazı belirlemeler yapılmıştır. Buna göre, bu yeniden ele alma hali; bozmanın *"mahkûmiyete ilişkin hükmün, davanın esasını çözmeyen yönüne veya savunma hakkını kaldırma veya kısıtlama sonucunu doğuran usul işlemlerine ilişkin"* bir nedenle (CMK m. 309/4.b) yapılacak ise "yeniden yargılama" olarak kabul edilecektir. Bir başka ifadeyle, bu halde mahkeme duruşma açmak suretiyle yargılamaya ilişkin temel işlemleri tekrar, yeni baştan yapacaktır.

Yargılamanın yenilenmesi kanun yolunda ise fiil, yani maddi vakıaya ilişkin olarak daha önce yapılan yargılamanın, yani duruşmanın tekrarlanması yeniden yapılması söz konusu olmaktadır. Zira yargılamanın yenilenmesi kanun yoluna ilişkin CMK'nın 321/2 ve 323/1. maddelerinde[57] kullanılan ifadelerden de anlaşılacağı üzere, bir yeniden yargılamadan söz edilebilmesi için çelişmeli yargılamanın temel unsuru olan duruşmanın tekrar yapılması gerekmektedir.

Yeniden, tekrar yargılama tabirinin anlam çerçevesini bu şekilde belirledikten sonra TCK'nın 66/5. maddesi hükmünün hangi olağanüstü kanun yolları bakımından uygulanma kabiliyeti olduğunu şu şekilde tespit ediyoruz:

İstinaf Cumhuriyet başsavcılığının itirazı sonucunda istinaf ceza dairesince yapılan değerlendirme, yeniden ya da tekrar bir yargılama mahiyetinde olmadığı için TCK'nın 66/5. maddesi hükmünün bu kanun yolu bakımından uygulanabilme imkânı bulunmamalıdır.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının itirazı üzerine Genel Kurulca verilen bozma kararı, kanun yararına bozma ve yargılamanın yenilenmesi kararı doğrultusunda, uyuşmazlığın esasına ve maddi vakıaya ilişkin olarak yeniden değerlendirme zorunluluğunun bulunması halinde duruşma açılmak suretiyle temel muhakeme işlemlerinin yeni baştan yapılması gerektiğinden yargılamanın tekrar, yeniden yapılması söz konusu olmaktadır. Bu nedenle TCK'nın 66/5.

---

[57] Maddeler şu şekildedir: *"Madde 321- (1) Yargılamanın yenilenmesi isteminde ileri sürülen iddialar, yeterli derecede doğrulanmaz veya 311 inci maddenin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentleri ile 314 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde yazılı hâllerde işin durumuna göre bunların önce verilmiş olan hükme hiçbir etkisi olmadığı anlaşılırsa, yargılamanın yenilenmesi istemi esassız olması nedeniyle duruşma yapılmaksızın reddedilir. (2) Aksi hâlde mahkeme, yargılamanın yenilenmesine ve duruşmanın açılmasına karar verir. (3) Bu madde gereğince verilen kararlara karşı itiraz yoluna gidilebilir." "Madde 323- (1) Yeniden yapılacak duruşma sonucunda mahkeme, önceki hükmü onaylar veya hükmün iptali ile dava hakkında yeniden hüküm verir. (2) Yargılamanın yenilenmesi istemi hükümlünün lehine olarak yapılmışsa, yeniden verilecek hüküm önceki hükümle belirlenmiş olan cezadan daha ağır bir cezayı içeremez. (3) Yargılamanın yenilenmesi sonucunda beraat veya ceza verilmesine yer olmadığı kararının verilmesi halinde, önceki mahkûmiyet kararının tamamen veya kısmen infaz edilmesi dolayısıyla kişinin uğradığı maddî ve manevî zararlar bu Kanunun 141 ilâ 144 üncü maddeleri hükümlerine göre tazmin edilir."*

maddesi hükmünün bu kanun yolları bakımından uygulanabilme imkânı olmalıdır.

Bunun bir sonucu olarak, bu hallerde dava zamanaşımının suça yani fiile ilişkin bir olgu olduğu hususundaki temel kabule, sürenin başlangıcı itibariyle bir *istisna* getirilmiş olmaktadır. Dolayısıyla bu üç durumda dava zamanaşımı süresi suç tarihinden itibaren değil, sıfırdan, yani Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının itirazı bakımından Genel Kurulca bozma kararı, yargılamanın yenilenmesi bakımından "*yargılamanın yenilenmesine ve duruşmanın açılmasına"* kararı, kanun yararına bozma bakımından ise CMK'nın 309/4.b maddesi uyarınca Yargıtay ceza dairesinin bozma kararı tarihi itibariyle yeni baştan başlayacaktır.[58]

K*anaatimizce*, kanun koyucu TCK'nın 66/5. maddesinde öngörülen kuralı, kendine özgü bir hüküm olarak öngörmüş olup, bilinçli olarak dava zamanaşımı süresini kesen bir neden olarak düzenlememiştir. Zira bu hüküm bir kesme nedeni olarak öngörülmüş olsa idi 67. madde kapsamında düzenlenmesi gerekirdi.[59] Dolayısıyla bu hükmün

---

[58] Aynı yöndeki görüş için Bkz.: Aydın Kuyucu, *Ceza Yargılaması Hukukunda Kanun Yararına Bozma*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2012, s. 218-219; Mehmet Tan, *TCK Genel Hükümler C. II,* 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2011, s. 2413-2414; Kayançiçek, s. 463.

[59] "Bilindiği üzere dava zamanaşımını kesen nedenler, kanun koyucunun ceza davasının ilerlemesi bakımından özel önem atfettiği ceza muhakemesi işlemleridir. Kanun koyucu hangi işlemlere kesici etki tanındığını, kanunun 68. maddesinin ikinci fıkrasında sınırlı olarak saymıştır ve bu nedenlerin kıyas yolu ile genişletilmesi mümkün değildir. İncelememizin konusu olan dava zamanaşımını yeniden başlatan neden, 5237 sayılı TCK'da diğer kesme nedenleriyle birlikte değil, zamanaşımının düzenleyen 66. maddede düzenlenmiştir. Bu durum yargılamanın yenilenmesi halinde dava zamanaşımının yeniden başlaması konusunu düzenleyen 66. maddenin besinci fıkrasının diğer kesme nedenlerinden, kanunun sistematiği açısından bilinçli olarak ayrıldığı izlenimini uyandırmaktadır. Buna ek olarak, kesme nedenleri ile söz konusu hüküm arasındaki temel fark, kesme nedenlerinin ortaya çıkabileceği zaman diliminde kendisini göstermektedir. Dava zamanaşımının kesen bir nedenin ortaya çıkabilmesinin ön şartı, dava zamanaşımı süresinin islemekte olmasıdır. Oysaki 66. maddede yargılamanın yenilenmesi halinde dava zamanaşımını düzenlenmektedir ve yargılamanın yenilenmesi ancak kesin bir hükme karsı söz konusu olabilir. Bu hükümlerden mahkûmiyet, dava zamanaşımının ortadan kalkarak ceza zamanaşımı süresinin işlemeye başlamasına, diğer hüküm çeşitleri ise ceza davasının, dava zamanaşımı süresini de beraberinde götürerek, ortadan kalkması anlamına gelmektedir. Buna göre yargılamanın yenilenmesi halinde zamanaşımını yeniden başlamasını düzenleyen hüküm hiçbir şekilde dava zamanaşımını kesen bir neden olarak nitelendirilemez. Zira bu halde kesme sebebinin varlığının ön şartı olan işlemekte olan bir dava zamanaşımı süresi söz konusu değildir." Taner, s. 155-156; Aynı yöndeki görüş ayrıca için Bkz.: Demirbaş, s. 763; Özar, s. 87; Kayançiçek, s. 457; Osman Yaşar/Hasan Tahsin Gökcan/Mustafa Artuç, *Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C. II,* 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2014, s. 2155; Kuyucu, s. 216. Bir görüşe göre bu hüküm özel bir kesme nedeni olarak değerlendirilmelidir. Bkz.: Koca/Üzülmez, s. 1326. Süheyl Donay, *Türk Ceza Kanunu Şerhi,* 1. Baskı, Beta Basım Yayın, İstanbul 2007, s. 109; Bir görüşe göre ise; "Kanun koyucunun amacı bu olsa bile bir şekilde kanundaki dava zamanaşımı sürelerinin tamamlanması sonucunda artık kazanılmış hak olabilecek bir

uygulanması halinde dava zamanaşımı süresinin, suç tarihinden itibaren başlatılarak en fazla ne kadar olacağına ilişkin 67/4. madde hükmü farklı bir şekilde yorumlanarak, zamanaşımı süresinin Genel Kurulun bozma, yargılamanın yenilenmesi veya kanun yararına bozma kararı tarihi itibariyle başlatılması gerekecek, bu tarihten sonraki durma ve kesme halleri bakımından ise 67. madde hükümleri uygulanacaktır.

Son olarak belirtilmelidir ki, TCK'nın 66/5. maddesi bir emredici norm niteliğinde olduğundan ve maddenin uygulamasına ilişkin bir istisna öngörülmemiş bulunduğundan, *kanaatimizce* yeniden, tekrar yargılama sonucu doğuran kararın veya kararın verilmesine neden olan kanun yoluna başvuru talebinin sanığın lehine veya aleyhine olması arasında bir fark bulunmaksızın her halükarda dava zamanaşımı süresinin baştan itibaren yeniden işlemeye başlayacağı kabul edilmelidir.[60]

Bununla birlikte, *bize göre olması gereken,* söz konusu hükmün ancak sanık lehine yapılan olağanüstü kanun yolu denetimi bakımından geçerli olmasıdır. Dolayısıyla söz konusu düzenleme bu haliyle sanık aleyhine hakkaniyete uygun olmayan sonuçlara yola açabilecek ve dava zamanaşımının gerekliliğine ilişkin teorik amaçları gölgede bırakabilecek mahiyettedir.

Bu açıklamalar ışığında *kanaatimizi özet olarak yeniden ifade etmek gerekirse;* TCK'nın 66/5. maddesi hükmü CMK'da öngörülen olağanüstü kanun yolları kapsamında yapılan denetim üzerine, ilgili derece mahkemesince maddi vakıanın yeniden ele alınarak, yargılamaya ilişkin temel muhakeme işlemlerinin duruşma açılmak suretiyle yeniden yargılamaya tabi tutulmasını gerektiren tüm haller bakımından uygulanmalıdır.

---

durumun önüne, sürenin yeniden başlayacağı yönünde bir hüküm düzenleyerek geçmeye çalışmak pek uygun olmamıştır. Kanaatimizce yargılamanın yenilenmesi durumu dava zamanaşımı süresini en baştan başlatan bir neden olarak düzenlemek yerine bunu dava zamanaşımı süresini uzatan özel bir uzama sebebi olarak kabul etmek ve bu şekilde düzenlemek daha yerinde olurdu. Bu özel uzatma sebebinin süresi ise hiç şüphesiz kanun koyucunun takdirinde olacaktır." Özbek ve diğerleri, s. 728. Bir başka görüşe göre; söz konusu düzenlemeyi dava zamanaşımını kesen bir neden olarak değil durma benzeri bir neden olarak değerlendirmek gerekmektedir. Bkz.: Alşahin, s. 136-137.

[60] Bu nedenle, söz konusu hüküm karşısında, doktrinde bazı yazarlar tarafından özellikle yargılamanın yenilenmesi kanun yoluna ilişkin olarak, başvurunun sanığın aleyhine olması halinde genel dava zamanaşımı hükümlerinin uygulanması gerektiği yönündeki düşünceye katılmamaktayız. Bkz.: "Dava zamanaşımı, bütün olağanüstü kanun yollarında olduğu gibi, kaide olarak, yargılamanın yenilenmesine tesir eder. Fakat lehe yenileme bakımından bir istisna vardır: Zamanaşımı lehe yenileme davasının açılmasına, açılmışsa yargılamanın yapılmasına engel olmaz. Buna karşılık aleyhe yenilemede zamanaşımı bakımından istisna gerekmez. Aynı şekilde, genel af da, lehe yenilemelere engel değildir." Yenisey/Nuhoğlu, s. 1328.

Şüphesiz bu *görüşümüz,* söz konusu düzenlemenin lafzı ile getiriliş amacına uygun olarak yapılabilecek en makul yorum biçimidir. *Esasen bize göre,* bir yargılama makamınca verilmiş olan kesin hükmün otoritesinin, sistemindeki kurumların temel işlevlerini ortadan kaldıracak nitelikteki yorumlarla, sarsılmaması için gerekli önlemler alınmalıdır. Olağanüstü kanun yolları ile yapılan denetim faaliyeti sonucunda yeni bir hüküm verilmesi, kesin hükmün otoritesini kaldıran çok istisnai hallerdir. Dolayısıyla bu istisnai hallerde, fiilin cezalandırılabilmesini engelleyen dava zamanaşımı kurallarının net, anlaşılır ve özellikle sistemin aksak ve geç işlemesinden kaynaklı olarak ortaya çıkan durumun failin aleyhine adaletsiz sonuçlara yol açmayacak bir biçimde düzenlenmesi gerekmektedir.

Bu itibarla; söz konusu kanun maddesinin gerek ifade biçimi ve gerekse ceza mevzuatımızda kullanılan genel terminolojiyle uyumlu olmadığı hususunda tereddüt bulunmamaktadır. Doktrindeki görüş farklılıkları ile aşağıda değerlendirmeye tabi tutmaya çalışacağımız Yargıtay kararlarından da anlaşılacağı üzere, konuyla ilgili olarak 765 sayılı TCK döneminde de bulunan tereddütler, yeni TCK'da net, anlaşılır ve uygulamada tereddüde mahal vermeyecek bir kanun metni ile giderilmediği için halen devam etmektedir. Bu nedenle söz konusu maddenin yeniden ele alınarak, bu tereddütleri giderecek, kanun koyucunun amacını net bir şekilde ortaya koyacak bir formülasyonla yeniden düzenlenmesinde zaruret bulunmaktadır.

C. Yargıtay Uygulaması Bağlamında Değerlendirmeler

1. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının İtirazı Bakımından

Konu bağlamında en sık karşılaşılan sorun Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının itirazına ilişkin uygulamada ortaya çıkmaktadır.

CMK'da (m. 308) bir olağanüstü kanun yolu olarak düzenlenen Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının itirazında uyuşmazlığa konu karar bir Yargıtay ceza dairesi kararıdır.[61] Kanunda aksi yönde bir düzenleme bulunmadığı için kural olarak Yargıtay ceza dairelerince verilen hem

[61] Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının itirazının hukuki niteliği ile ilgili olarak doktrindeki güncel tartışmalar için Bkz.: Emre Oğuz Meriç, "Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının İtirazı", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan*, Özel Sayı, C. 21, Y. 2019, s. 1097-1140; Sacit Yılmaz, "Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının İtirazı (CMK md. 308)", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi,* C. I, S. 41, Y. 2020, s. 113-150; Hüseyin Turan, "Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının İtirazının Silahların Eşitliği İlkesi Kapsamında İncelenmesi", *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* C. 15, S. 185-186, Ocak-Şubat 2020, s. 21-46; Uğur Ersoy, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Hukuki Çare ve Kanun Yolu Kavramları Bağlamında Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının İtiraz Yetkisi", *Ceza Hukuku Dergisi*, C. 10, S. 29, Y. 2015, s. 67-124.

onama, hem de bozma kararlarına karşı itiraz yoluna gidilebilmektedir.[62] [63]

Bu kanun yolu iki halde söz konusu olabilmektedir.

Birinci hal, dairece verilen kararın başsavcılığa tebliğ edilmesi üzerine, otuz gün içerisinde yapılan inceleme sonucunda sanığın hem lehine, hem de aleyhine olarak itiraz yoluna gidilmesidir.

İkinci hal ise daire kararının başsavcılığa tebliğ edilmesinden sonra otuz gün içerisinde itiraz yetkisinin kullanılmaması üzerine kararın derece mahkemesine gönderilmesi üzerine; bozma yapıldı ise ilgili derece mahkemesince davanın görülmeye devam edildiği süreçte, onama yapıldı ise herhangi bir zamanda, daire tarafından verilen kararda sanık sıfatına sahip olan kişi tarafından başsavcılıktan talepte

---

[62] Hakan Hakeri/Yener Ünver, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 17. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2020, s. 790; Talas, s. 167; Meriç, s. 1111; Turan, s. 27. Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararlarında da bozma ve onama ayrımı yapılmaksızın itiraz yoluna gidilebileceği ifade edilmiştir: "Yargıtay Ceza Dairelerince verilen bozma kararları da dâhil tüm kararlarda esaslı hukuka aykırılık olduğunu düşünen Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı, lehe itirazda süre şartı olmaksızın, re'sen veya istem üzerine bu kararlara karşı itiraz kanun yoluna başvurabilir." Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 01.10.2013 tarih ve 2013/7-314 Esas, 2013/394 Karar sayılı kararı; 29.03.2011 tarih, 2011/3-49 Esas, 2011/28 Karar sayılı kararı, UYAP Karar Bilgi Bankası. "Yargıtay ceza dairelerinin sadece 'onama' kararlarına karşı değil, 'bozma' kararlarına karşı da itiraz yoluna gidilebilir. Bu durumda kesinleşmemiş olan bir karara itiraz edildiğinden, itiraz yolu, olağan kanun yolu gibi düşünülebilirse de, yine burada Başsavcının tek yanlı bir irade beyanı vardır ve bu durum itiraz yolunu, olağanüstü kanun yolu yapmaktadır. Pratikte bu konu şu açıdan önemlidir: Gerek Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda ve gerekse Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvurmakta aranan temel kriter, iç hukuk yollarının tüketilmesidir. Eğer itiraz yolu, olağan kanun yolu olarak kabul edilirse, tarafların Anayasa Mahkemesi veya Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvurmadan önce, itiraz yoluna başvurmaları ve sonucuna göre hareket etmeleri gerekecektir. Ancak kanaatimizce, itiraz yolu olağanüstü kanun yolu olduğundan, Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda veya Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine gidilmesinde, bu yola başvurmaya ve başvuru sonucunu beklemeye gerek yoktur." Yılmaz, s. 121. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının itirazı ve Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru ilişkisi ile ilgili olarak ayrıca Bkz.: Akif Yıldırım, "Bireysel Başvuru Öncesinde Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısına İtiraz Kanun Yolunu İşletmesi İsteminde Bulunulması, Tüketilmesi Gereken Bir Yol mudur?", *Terazi Hukuk Dergisi,* C. 9, S. 97, Eylül 2014, s. 95-97.

[63] Bozma kararı ile yargılamanın kesin bir hükümle sonuçlanmadığı için bu kararlara yönelik itiraz yoluna gidilemeyeceği yönündeki görüşler için Bkz.: Nurullah Kunter/Feridun Yenisey, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, C. II,* Beta Basım Yayın, İstanbul 2003, s. 1231; Centel/Zafer, s. 952; Cumhur Şahin/Neslihan Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku II*, 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 305-306; Nurullah Kunter, *Ceza Muhakemesi Hukuku,* Sermet Matbaası, 5. Baskı, İstanbul 1955, s. 751; Öztürk ve diğerleri, s. 762; Cumhur Şahin, "Kanun Yoluna Başvurma Hakkı Bağlamında Temyiz Edilebilen ve Edilemeyen Kararlar (Ceza Muhakemesinde Kesinlik Sorunu)", *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* C. 8, S. 2, Aralık 2013, s. 119; Çetin Arslan, "Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı İtirazı (CMK Md. 308)", *Ceza Hukuku Dergisi*, Y. 2, S. 5, Aralık 2007, s. 126, 140; Hakan Karakehya, *Ceza Muhakemesi Hukuku,* 2. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2016, s. 648.

bulunulması üzerine veya başsavcılıkça kendiliğinden, sanığın lehine olmak kaydıyla, itiraz yoluna gidilmesidir.

Konumuz bakımından bu iki hal arasında önemli farklılıklar bulunmaktadır. İkinci haldeki yaptırımın infazı sürecinde veya sonrasında herhangi bir zamanda sanık tarafından yapılan itiraz bakımından kesinleşme sorunu ve sanık lehine gidildiği için süre sınırlaması bulunmadığından uygulamada bir tereddüt yaşanmamaktadır.

Bununla birlikte ilk halde, daire kararı öncelikle başsavcılığa tebliğ edilmekte ve başsavcılıkça otuz günlük süre içerisinde itiraz kanun yoluna gidilip gidilmeyeceğine ilişkin bir değerlendirme yapılmaktadır. Bu zaman dilimi içerisinde kararın, henüz bir kül halindeki Yargıtay'dan çıkıp mahalline iletilmemesi ve tarafların resmen haberdar edilmemesi nedeniyle kesinleşip kesinleşmediği hususunda doktrinde iki farklı görüş bulunmaktadır.

İlk görüşe göre; bu süre içerisinde daire kararı henüz kesinleşmemiştir ve kesinleşme ancak başsavcılığa tanınan otuz günlük sürenin dolması ile mümkün olmaktadır.[64] Bu görüş doğrultusunda kesinleşme sürecinin şu şekilde gerçekleşeceği söylenebilir: Başsavcı tarafından bu süre içerisinde itiraz yoluna başvurulduğu takdirde, ilgili daire tarafından bir düzeltme kararı verilmesi halinde kararın tekrar başsavcılığa tebliği ile otuz günlük sürenin dolması halinde karar kesinleşmektedir. Bununla birlikte kararın, itirazın yerinde görülmemesi nedeniyle daire tarafından Genel Kurula gönderilmesi sonrasında Genel

---

[64] Bkz.: Erdener Yurtcan, *Ceza Yargılaması Hukuku,* 16. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s. 657; Ugur Alacakaptan, "Temyiz Mahkemesi Başsavcılığının Yaptığı İtiraz Hükmün Kesinleşmesine Mani Olur mu?", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* C. 24, S. 1-4, Y. 1967, s. 289-290; Hakeri/Ünver, s. 791; Tosun, s. 19; Arslan, s. 122; Turan, s. 27. *Soyaslan'a* göre, otuz günlük süre öngörülmüş olması kesinleşmeyi engellemekte, böylece farklı kesinleşme tarihleri ortaya çıkmamakta, ancak otuz gün içinde başvurulduğunda karar henüz kesinleşmediği için yapılan itiraz olağan, otuz günlük sürenin sonrasında başvurulduğunda ise kesinleşme söz konusu olduğundan yapılan itirazın olağanüstü kanun yolu olarak kabulü gerekmektedir. Doğan Soyaslan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 4. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2010, s. 576. *Talas*, bu kanun yolunun olağan kanun yolu niteliğinde olmadığını ancak otuz günlük süre içerisinde de daire kararının kesinleşmiş olmadığını kabul etmektedir. Talas, s. 164. *Ersoy*, kanun yollarıyla ilgili olarak kanun yolu ve hukuki çare ayrımı yapmakta ve kesinleşmeyi önleyen erteleyici etkiye sahip olduğundan bahisle itirazın, kararın kesinleşmesini engelleyen bir kanun yolu olduğunu kabul etmektedir. Ersoy, s. 93. *Akkaya*, bu yolun, bozma kararlarına karşı gidildiğinde olağan; ret, onama ve düşme kararlarına karşı gidildiğinde ise olağanüstü kanun yolu niteliğinde olduğunu kabul etmektedir. Çetin Akkaya, *Öğreti ve Yargısal Uygulamalar Işığında Kanun Yararına Bozma ve Yargıtay C. Başsavcısının İtiraz Yetkisi*, Kartal Yayıncılık, Ankara 2007, s. 2. *Meriç* ise, bu kanun yolunun, başvuru yetkisinin münhasıran Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısına verilmesi nedeniyle olağanüstü kanun yolu olduğunu, kesinleşmenin ise ilamın Başsavcılığa verilmesinden itibaren otuz günlük sürenin dolmasıyla veya bu süre içerisinde başvuru yapıldığında Ceza Genel Kurulunca karar verildiğinde söz konusu olacağını ifade etmektedir. Meriç, s. 1110.

Kurulca yapılan değerlendirme sonucunda verilecek kararın niteliğine göre kesinleşme hususu farklılık arz edecektir. İtiraza tabi olmayan bir karar veya sanık aleyhine süresi içerisinde yapılmamış bir itiraz söz konusu olduğunda Genel Kurulca itiraz usulden reddedilecektir. Esasa girildiği takdirde ise itiraz yerinde bulunmaz ise esastan ret kararı verilecektir. Her iki ret kararı tarihi itibariyle daire kararı kesinleşmiş olacaktır. Daire kararının bozulması ve dosyanın mahalline gönderilmesi halinde ise yargılamaya devam olunacağından kesinleşme söz konusu olmayacaktır.

Bizim de katıldığımız ikinci görüşe göre ise; daire kararı onama niteliğinde ise bu karar, verilmekle kesin bir karardır ve kararla birlikte kovuşturma veya olağan ceza muhakemesi süreci son bulmaktadır.[65] Olağanüstü kanun yollarının ortak özelliği kesin nitelikli kararlar aleyhine gidilebilmesidir ve bu kanun yolu CMK'da olağanüstü bir kanun yolu olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla, otuz günlük süre içerisinde başsavcının re'sen itirazına ya da kararın mahalline iletilmesi ve tarafların haberdar edilmesi sonrasında sanığın talebi veya yine başsavcının re'sen harekete geçmesi ile yapılan itiraz arasında bir fark bulunmamaktadır.

Uygulamada bozma kararları yargılamayı sonuçlandıran kararlar olmadığından, karar sonrasında meselenin ilk derece ya da istinaf mahkemesince yeniden ele alınması nedeniyle bu kararlar aleyhine itiraz yoluna çok nadiren gidilmektedir. Buna karşın, onama kararları yargılamayı sonlandıran kararlar olduğu ve derece mahkemelerince meselenin yeniden ele alınması mümkün olmadığı için itiraz kanun yolu, söz konusu kararlardaki hukuka aykırılığın tespiti ve giderilmesi için etkili bir kanun yolu olarak kullanılmaktadır.

Bu açıklamalar ışığında dava zamanaşımının bu kanun yoluna etkisi hususunda şu değerlendirmelerde bulunulabilir:

Dairenin onama niteliğindeki kararı, verilmekle kesin bir karar olduğu için dava zamanaşımı süresi de son bulmaktadır. Çünkü artık fiile ilişkin olağan muhakeme süreci tamamlanmıştır ve bu andan sonra dava zamanaşımını durduran veya kesen bir nedenin ortaya çıkması mümkün bulunmamaktadır. Dolayısıyla bu aşamadan sonra yapılacak işlemler zamanaşımı süresi dışında mütalaa edilmelidir. Zira dava zamanaşımı süresi, istisnalar haricinde suçun işlendiği tarihten itibaren başlamakta, soruşturma ve kovuşturma evreleri boyunca devam etmektedir. Olağan kanun yolu denetimi kovuşturma evresine dâhil olmakla birlikte olağanüstü kanun yolu denetimi kovuşturma evresine dâhil bulunmamaktadır. Bu nedenle lehe ya da aleyhe gidilmiş olması

---

[65] Veli Özer Özbek/Pınar Bacaksız/Koray Doğan Tepe, *Ceza Muhakemesi Hukuku* 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s. 809; Yılmaz, s. 134; Centel/Zafer, s. 952; Aslan, s. 143; Kayançiçek, s. 464; Osman Yaşar, *Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu, C. III,* 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, s. 3609.

arasında bir fark bulunmaksızın itiraz kanun yolunda geçen süre dava zamanaşımı süresinden sayılmamalıdır.

Konu bağlamındaki **Yargıtay Ceza Genel Kurulu** kararlarını 765 sayılı TCK ve 5237 sayılı TCK dönemindeki uygulamalar bakımından ayrı ayrı ele almakta yarar bulunmaktadır.

Genel Kurulun, 5237 sayılı TCK dönemindeki kararlarında da atıfta bulunulan **1993 tarihli** bir kararında[66] şu tespitler yapılmıştır:

- Dairenin onama kararı kesindir.
- Onama kararına yönelik itiraz üzerine Genel Kurulca itirazın reddine karar verildiği takdirde daire kararı ile Genel Kurul kararı arasında geçen süre dava zamanaşımı süresinden sayılmaz.
- İtirazın Genel Kurulca kabul edilerek ilk derece mahkemesi kararının bozulması halinde ise, onama kararı ile Genel Kurul kararı arasında geçen süre dava zamanaşımı süresinin hesaplanmasında dikkate alınarak şayet süre dolmuş ise Genel Kurulca düşme kararı verilmelidir.[67]

---

66 "...Temyiz yargılaması sonunda özel dairelerin (onama) kararları üzerine karar kesinleştiğine göre, bu karara Yargıtay C. Başsavcılığınca itiraz halinde öncelikle işin esasına gidilmeli, hukuka aykırılık bulunmadığı, bir başka anlatımla özel daire kararı yerinde görüldüğü takdirde, Ceza Genel Kurulunda yapılan inceleme sırasında zamanaşımı süresi dolmuş olsa bile bu husus göz önüne alınmamalıdır. Ancak, özel daire onama kararı hukuka aykırı görülerek kaldırıldığı ve yerel mahkeme hükmü bozulduğu takdirde Ceza Genel Kurulunda inceleme yapılırken dava zamanaşımı süresi dolmuş bulunursa, CYUY.nın verdiği yetkiye dayanılarak esastan veya usulden karar bozulursa dava zamanaşımı nedeniyle kamu davasının düşürülmesine karar verilmelidir." Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 10.05.1993 tarih ve 4-11 Esas, 151 Karar sayılı kararı. Bkz.: Vural Savaş/Sadık Mollamahmutoğlu, *Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun Yorumu, C. II*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 1995, s. 1766-1768.

67 Karara muhalif kalan üyelerden muhalefet şerhlerinde şu ifadeleri kullanmışlardır: "...1- C. Başsavcılığı itirazının 'olağanüstü bir kanun yolu' olduğu doktrinde tartışmalı bir konu olduğu gibi; 'hükmün kesinleşmesini engellediği' yolunda, üzerinde durulması gereken ve içtenlikle benimsediğimiz görüşler ileri sürülmüştür. Bu görüşlerden bazılarına aşağıda değinilmiştir: A- CMUK.nun 322. maddesinde hükme bağlanmış bulunan itiraz ve karar tashihi müesseseleri yalnız bizde mevcuttur ve daha ziyade istinat derecesinin yokluğunun husule getirebileceği sonuçları hafifletmek amacına hizmet ederler. Müesseselerin memleketimize has oluşu yüzünden, yabancı doktrin, mevzuat ve içtihatlarda işe yarayabilecek izah tarzlarına ve çözüm yollarına rastlamak mümkün değildir. Bununla beraber, müesseselerin genel karakterine bakarak sonuca varmanın mümkün olduğunu sanıyorum. Başsavcıya tanınmış olan itiraz yolu, itiraz ve temyiz gibi olağan kanun yollarının temel niteliğine uygun bir hüviyet taşımaktadır. Gerçekten, nasıl itiraz ve temyiz yollarında, bir mahkeme tarafından verilmiş olan karar, onun dışında bir merciin tetkikine sunuluyorsa, 322. maddedeki itiraz yoluna başvurulduğu takdirde, tashihi karar yolunun aksine, kanaat bahsi görülmeyen Daire kararı başka bir mercide, yani Ceza Genel Kurulu'nda incelenmektedir. Olağan kanun yollarına, henüz kesinleşmemiş olan kararlara karşı başvurulduğuna göre, kanun yolu niteliği arz eden Başsavcının İtirazının da hükmün kesinleşmesini önlediği neticesine varılmalıdır. Karar aleyhine Başsavcılık tarafından itiraz edilmesinin kesinleşme neticesinin doğmasına mani olması gerektiği görüşünü

5237 sayılı TCK döneminde Genel Kurulun **2011 tarihli** iki farklı kararında[68] şu tespitler yapılmıştır:

---

teyit eden başka gerekçeler de vardır. Bir kere, kanun, 322. maddenin son fıkrasında, karar tashihi yoluna başvurulması halinde, Savcılıkça infazın tehiri kararlaştırılmadıkça, hükmün infaz olunacağı kaydedildiği ve böylece karar tashihi yolunun kesinleşmeye mani olamayacağı belirtildiği halde, itiraz müessesesini hükme bağlayan 5. fıkrasında böyle bu kaydı ileri sürmek lüzumunu hissetmemiştir. Bundan çıkarılacak netice sadece şu olabilir: İtiraz Yoluna Gidilmesi Halinde Hüküm İnfaz Edilemez. Kesinleşen hükümlerin infazı kaidedir. Bu kaideden, ancak, sarih istisnaların kanunen konulması halinde inhiraf etmek mümkündür. Mesela, tashihi karar yolunda, kanun koyucu bu şekilde hareket etmiştir. İtiraz söz konusu olduğunda, herhangi bir sarih hükmün yokluğu, hüküm kesinleşmemiş olacağı cihetle, kanun koyucunun bu anlamda bir lüzum görmediği şeklinde yorumlanabilir. Kesinleşmemiş mahkeme kararlarına karşı açık olan kanun yolları, yani olağan kanun yolları, kanunun tayin ettiği süreler veya belli bir soruşturma safhası zarfında kullanılmalıdırlar. Acele itiraz ve temyiz yollarında süre kanun tarafından kesinlikle tespit edilmiş, adi itirazda, itirazın aynı soruşturma safhası içinde yapılması öngörülmüştür. Buna mukabil, kesinleşmiş mahkeme ve hâkim kararları için açık bulunan muhakemenin iadesi, Yazılı Emirle Bozma, Tahsisi Karar gibi yollara, herhangi bir süreyle bağlı kalınmaksızın başvurulabilir. Bu nitelik hepsinde ortaktır. Kanun koyucu, Başsavcılığa tanımış olduğu itiraz hakkının, Daire kararından itibaren, 30 gün içinde kullanılmasını şart koşmakla, bu müesseseyi olağan kanun yolları içinde mütalaa ettiğini göstermiştir. Öte yandan, izahına çalıştığımız görüşün aksine, Başsavcılığın, Daire kararını CGK. nezdinde itiraz etmesine rağmen hükmün kesinleşmiş olduğu kabul edilecek olursa, TCK.nun zamanaşımı hakkındaki hükümleri gereğince, ceza zamanaşımının da işlemeğe başladığını kabul etmek lazımdır. Oysa 322. madde hükmü gereğince, itiraz yoluna başvururlarsa, ceza infaz edilemez. Başka bir deyişle, infazla görevli makamlar, mahkûm edilen kimseyi infaz için tutamazlar. Mahkumun, infaz makamları tarafından infaz için tutuklanmamasına rağmen, ceza zamanaşımının işleyeceğini, böylelikle, hükmün CGK.ca onanıp itirazın reddedilmesi tarihine kadar, hükümlünün, hakkı olmayan bir lütfa mazhar olabileceğini kabule müncer olan bu görüşün makul sayılamayacağı ortadadır. İtiraz edilmesi halinde, ceza zamanaşımının, itiraz hakkında bir karar verilinceye kadar duracağı da söylenemez. Zira, zamanaşımını durduran ve kesen sebepler kanunda gösterilir. Oysa kanunda böyle bir durma sebebi yoktur. Esasen, mevzuatımız, yasama organı üyeliği hariç, ceza zamanaşımını durduran bir sebep kabul etmemiştir. Bu sebeplerle bir Daire kararına karşı, Başsavcılık makamı tarafından CGK. nezdinde itirazda bulunulduğu takdirde hükmün kesinleşmeyeceğini, dolayısıyla CGK. mesele hakkında onama kararı verinceye kadar dava zamanaşımının devam edeceğini kabul etmek gerekecektir. Bunun mantıki sonucu ise, mesele, CGK.da incelenmekteyken zamanaşımı süresi dolduğu takdirde, merciin düşme kararı vermesidir. Eğer, itirazın, hükmün kesinleşmesine mani olmadığı kabul edilecek olursa, itirazın Genel Kurulca yerinde görülüp Daire kararının bozulması ve mahalli mahkemeye gönderilmesinden sonra, mahkemenin, zamanaşımı sebebiyle düşme kararı vermemesi gibi hukuken terviç edilemeyecek bir sonuca varılacaktır." Savaş/Mollamahmutoğlu, s. 1768.

68 "...İtiraz nedeni konusunda varılan bu sonuç ve yerel mahkeme hükmünün, itiraz yasa yolu üzerine Ceza Genel Kurulunca belirtilen Yasaya aykırılıklar nedeniyle bozulmasına karar verilerek davanın derdest hale geldiği nazara alındığında, Özel Daire düzeltilerek onama kararı ile kesinleşen ilamın ortaya çıkan bu yeni durum karşısında zamanaşımı yönünden de değerlendirilmesi zorunluluğu doğmuş olup, zamanaşımı yönünden somut olayın değerlendirilmesine geçildiği aşamada bir Genel Kurul üyesince Özel Daire onama kararı ile Ceza Genel Kurulu inceleme tarihi

arasında geçen sürenin dava zamanaşımının hesaplanmasında göz önünde bulundurulup bulundurulamayacağının tartışılması gerektiği ileri sürüldüğünden bu hususun incelenmesine geçilmiştir... 1412 sayılı CYUY'nın 322. maddesinin 4. fıkrasında düzenlenen 'Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının itirazı', 5271 sayılı CYY'nın 308. maddesinde 'olağanüstü itiraz yasa yolu' adı altında benzer düzenlemeye konu edilmiştir. 1412 sayılı Yasanın 322/4. maddesi; 'Ceza dairelerinden birinin kararına karşı Cumhuriyet Başsavcısı, ilamın kendisine verildiği tarihten itibaren otuz gün içinde Ceza Genel Kuruluna itiraz edebilir' biçiminde iken 5271 sayılı Yasanın 308. maddesi; ...hükmünü taşımaktadır. 5271 sayılı CYY'nın 308. maddesinde yer alan düzenleme, 1412 sayılı CYUY'nın 322. maddesinin 4. fıkrasının kısmen tekrarı niteliğinde ise de, şu yönleriyle anılan hükümden farklıdır. 1- 1412 sayılı CYUY'nda olağan ve olağanüstü yasa yolları ayrımı yapılmadığı halde, 5271 sayılı CYY'nda olağan ve olağanüstü yasa yolları ayrımı yapılarak, 308. maddedeki düzenlemeye olağanüstü yasa yollarına ilişkin bölümde yer verilmiştir. 2- 5271 sayılı CYY'nın 308. maddesinde sanık lehine itirazda süre aranmayacağı kabul edilerek, tüm olağanüstü yasa yolları için geçerli olan süreye bağlı olmama ilkesi bu yasa yolu için de kabul edilmiş ve ayrıca karar düzeltme yolunun terk edilmesi nedeniyle doğabilecek olumsuzlukların önüne geçilmesi amaçlanmıştır. Ceza Genel Kurulunun 17.03.1998 gün ve 18-91 sayılı kararında da belirtildiği üzere Yargıtay Ceza Dairelerinin temyiz yargılaması sonunda verdikleri kararların kesinliği evrensel bir ilkedir. Ancak yasa koyucu hukuka aykırı gördüğü Özel Daire kararlarına karşı Yargıtay C. Başsavcılığına itiraz yolu tanıyarak Ceza Genel Kurulunun hakemliğine başvuru yolunu açmıştır. Olağanüstü yasa yollarının en temel özelliği, kesinleşmiş hükümlere karşı başvurulan istisnai nitelikte yasa yolları olmalarıdır. Bu nedenle öğretide büyük çoğunluk bugünkü yasal sistemde Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığınca Özel Dairelerin yalnızca onama kararlarına karşı itiraz yasa yoluna başvurulabileceği görüşünde ise de, Ceza Genel Kurulunun 10.04.2007 gün ve 63-87 sayılı kararında yasada sınırlama bulunmadığı ve olağanüstü de olsa Başsavcılık itirazının bir hak arama yöntemi olduğu kabul edilerek, bozma kararları hakkında da bu yola başvurulabileceği kabul edilmiştir. Yargıtay ilgili Ceza Dairesince bir hüküm onanmakla kesinleşmekte ve kesinleşme anına kadar işleyen dava zamanaşımı bu aşamada sona ermektedir. Nitekim 09.05.1956 gün ve 6/4 sayılı İBK'nda, onama ile hükmün kaziyeyi muhkem hale geleceği açıkça belirtilmiştir. 1412 sayılı CYUY'nın yürürlükte bulunduğu dönemde Yasanın 322. maddesindeki itiraz yoluna başvurulması halinde de zamanaşımının işleyeceği öğretide bir kısım yazarlar tarafından kabul edilmiş, nitekim Ceza Genel Kurulunun 10.05.1993 gün ve 11-151 sayılı kararında Özel Daire onama kararı yerinde görüldüğü takdirde Ceza Genel Kurulunda yapılan inceleme sırasında dava zamanaşımı süresi dolmuş bulunsa bile bu hususun göz önüne alınmayacağı, ancak Özel Daire onama kararı hukuka aykırı görülerek kaldırıldığı ve yerel mahkeme hükmü bozulduğu takdirde, Ceza Genel Kurulunda inceleme yapılırken dava zamanaşımı süresinin dolmuş olması halinde kamu davasının zamanaşımı nedeniyle düşmesine karar verilmesi gerekeceği kabul edilmiştir. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazı 5271 sayılı CYY'nda olağanüstü bir yasa yolu olarak düzenlenmiş olduğundan, anılan Yasa döneminde yapılan itirazlar yönünden böyle bir ayrıma gerek bulunmamaktadır. Olağanüstü yasa yollarına ilişkin tüm ilke ve kurallar yasalarda aksi belirtilmedikçe bu yasa yolu için de uygulanmalıdır. Yasa yararına bozma ve yargılamanın iadesinde dava zamanaşımına ilişkin hükümler ancak yasanın açıkça izin verdiği hallerde uygulanabiliyorsa, Yargıtay C. Başsavcılığı itirazında da aynı şekilde hareket edilmelidir. Dolayısıyla, 5271 sayılı CYY'nda olağanüstü bir yasa yolu olarak düzenlenmiş olan Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazı üzerine yapılan incelemede, Ceza Genel Kurulunca itirazın kabulü halinde, Özel Daire onama kararı ile Ceza Genel Kurulunun karar tarihi arasında geçen sürenin dava zamanaşımının hesaplanmasında göz önünde *bulundurulmaması* gerektiğinin kabulü zorunludur. Ancak itirazın kabulü üzerine dosyanın derdest hale gelmesi nedeniyle yargılamaya devam edildiğinde Ceza Genel Kurulunca itirazın kabulü tarihinden

- Dairenin onama kararı kesindir.
- Dairenin onama kararı ile Genel Kurul tarafından verilen karar arasında geçen süre kural olarak dava zamanaşımı süresinden sayılamaz.
- Dairenin onama kararına yönelik itirazın Genel Kurulca kabul edilmemesi halinde, onama kararı ile Genel Kurul kararı arasında geçen sürede dava zamanaşımı işlemeyeceği için Genel Kurulca bu gerekçe ile düşme kararı verilemez.
- Genel Kurulca itirazın kabul edilmesi halinde, kabul tarihinden itibaren dosya derdest hale gelerek yargılamaya devam olunduğu için bu tarihten itibaren, dairenin onama kararı ile duran dava zamanaşımı süresi işlemeye devam eder.[69]

Genel Kurulun **2016 tarihli** bir kararında[70] [71], 2011 tarihli karardan bir ölçüde farklı olarak şu değerlendirmeler yapılmıştır:

---

itibaren geçerli olmak üzere süre işlemeye devam edeceğinden dava zamanaşımı buna göre hesaplanmalıdır. Aksine, Özel Daire onama kararı ile Ceza Genel Kurulu inceleme tarihi arasında geçen sürenin dava zamanaşımının hesaplanmasında göz önünde bulundurulması gerektiğinin kabulü halinde, sanık lehine itirazda süre aranmadığından bahisle bir başka olağanüstü yasa yolu olan yasa yararına bozmaya dahi konu edilemeyecek nitelikte bir yasaya aykırılıktan dolayı somut olayda da olduğu gibi Özel Daire onama kararından çok uzun bir süre sonra itiraz yasa yoluna başvurulması neticesinde, itirazın kabulü ile yerel mahkeme hükmünün bozulması ve inceleme tarihi itibariyle dava zamanaşımının dolduğundan bahisle kamu davasının düşürülmesi hak ve adalet ilkelerine aykırılık oluşturacak, yargı organına olan güvenini zedeleyecek ve ileride telafisi mümkün olmayacak sonuçların doğmasına neden olacaktır." Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 22.11.2011 tarih ve 2011/6-94 Esas, 2011/133 Karar sayılı kararı. Bkz.: UYAP Karar Bilgi Bankası. Aynı yöndeki bir başka karar için Bkz.: Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 22.11.2011 tarih ve 2011/4-203 Esas, 2011/238 Karar sayılı kararı. Bkz.: UYAP Karar Bilgi Bankası.

69 Karara muhalif kalan üyeler muhalefet şerhlerinde şu ifadeleri kullanmışlardır: "…Ceza Genel Kurulunun 10.05.1993 gün ve 11-151 sayılı kararında belirtildiği üzere, Yargıtay C.Başsavcılığı itirazı ile Özel Daire düzeltilerek onama kararı hukuka aykırı görülerek kaldırıldığı ve yerel mahkeme hükmü bozulduğu takdirde, Özel Daire düzelterek onama kararı ile Ceza Genel Kurulu inceleme tarihi arasında geçen sürenin dava zamanaşımının hesaplanmasında göz önünde bulundurularak, Ceza Genel Kurulunda inceleme yapılırken dava zamanaşımı süresinin dolmuş olması halinde kamu davasının zamanaşımı nedeniyle düşmesine karar verilmesi gerekeceği, somut olayda da, 765 sayılı TCY'nın 491/ilk maddesinde düzenlenmiş olan hırsızlık suçunun 765 sayılı TCY'nın 102/4. maddesi uyarınca olağan dava zamanaşımı süresinin 5 yıl olarak belirlenmesi, zamanaşımını kesen en son işlemin ise 13.04.2005 tarihli yerel mahkeme mahkûmiyet kararı olması karşısında, bu tarihten itibaren 5 yıllık olağan zamanaşımı süresi, dosyanın Ceza Genel Kuruluna intikalinden çok önce 13.04.2010'da dolmuş olup, 1412 sayılı CYUY'nın 5320 sayılı Yasanın 8. maddesi uyarınca halen yürürlükte bulunan 322. maddesi uyarınca karar verilmesi olanaklı bulunduğundan, sanık hakkında hırsızlık suçundan açılan kamu davasının 765 sayılı TCY'nın 102/4 ve 5271 sayılı CYY'nın 223. maddeleri uyarınca düşmesine karar verilmesi gerekmektedir."

70 Karara konu olan 01.07.2010 tarihli ilk derece mahkemesi kararında dava zamanaşımı süresinin dolması nedeniyle *düşme* kararı verilmiş ve bu karar Dairece 07.10.2013 tarihinde onanmıştır. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının, onama kararına konu suçun vasıflandırılmasında hata yapıldığı gerekçesiyle 19.12.2013 tarihinde itirazda bulunması

üzerine Dairece dosya yeniden ele alınmış ve 17.02.2014 tarihinde ret kararı verilerek Genel Kurulun gündemine gelmiştir. Genel Kurulca itirazın kabulüne karar verilmiş ancak suçun yeniden vasıflandırmasıyla belirlenen tipi bakımından ise Dairenin 07.10.2013 tarihli onama kararı ile Genel Kurulunun 20.12.2016 tarihli kararının verildiği tarih aralığında 17.04.2014 tarihinde dava zamanaşımı süresinin dolmuş olduğu tespit edilerek Genel Kurulca düşme kararı verilmiştir.

71 "...Özel Daire çoğunluğu ile Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı arasında oluşan ve Ceza Genel Kurulunca çözümlenmesi gereken uyuşmazlık; sanık hakkında resmi belgede sahtecilik suçundan açılmış bir kamu davasının bulunup bulunmadığı, resmi belgede sahtecilik suçundan açılmış bir kamu davasının bulunduğunun kabulü halinde sanığın eyleminin hukuki niteliğinin belirlenmesi ve buna bağlı olarak yerel mahkemenin hüküm kurduğu tarihte dava zamanaşımının dolup dolmadığının tespitine ilişkindir. 765 sayılı TCK'nun 342/1. maddesinde düzenlenen resmi belgede sahtecilik suçunun yaptırımı iki yıldan sekiz yıla kadar ağır hapis cezası olarak öngörülmüş olup, aynı Kanunun 102/3. maddesi uyarınca bu suçun asli dava zamanaşımı süresi on yıl, 104/2. maddesi göz önünde bulundurulduğunda kesintili dava zamanaşımı süresi ise onbeş yıldır. 5237 sayılı TCK'nun 204/1. maddesinde düzenlenen resmi belgede sahtecilik suçunun yaptırımı iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası olarak öngörülmüş olup, aynı Kanunun 66/1-e maddesi gereğince asli dava zamanaşımı süresi sekiz yıl, 67/4. maddesi göz önünde bulundurulduğunda kesintili dava zamanaşımı süresi ise oniki yıldır. Bu itibarla, sanığa atılı eylemin 765 sayılı TCK'nun 342/1. maddesi ile 5237 sayılı TCK'nun 210/2. maddesi delaletiyle 204/1. maddesi kapsamında değerlendirilmesinin gerektiği ve öngörülen cezaların üst sınırına göre her iki kanun açısından da suç tarihi olan 17.04.2002 ile yerel mahkemenin hüküm tarihi olan 01.07.2010 tarihleri arasında dava zamanaşımının gerçekleşmediği anlaşıldığından, yerel mahkeme hükmü ile bu hükmün onanmasına ilişkin Özel Daire kararı isabetsizdir. İtiraz nedeni konusunda varılan bu sonuç karşısında, inceleme günü itibarıyla dava zamanaşımının gerçekleşip gerçekleşmediği konusunun da değerlendirilmesi gerekmektedir. Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 26.06.2012 gün ve 978-250 sayılı kararı başta olmak üzere birçok kararında açıkça vurgulandığı gibi, yargılama yapılmasına engel olup, davayı düşüren hallerden biri olan dava zamanaşımının yargılama sırasında gerçekleşmesi durumunda, yerel mahkeme ya da Yargıtay, re'sen zamanaşımı kuralını uygulayarak kamu davasının düşmesine karar verecektir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 21.06.2011 gün ve 94-133; 22.11.2011 gün ve 203-238 sayılı kararlarında; Yargıtay ilgili Ceza Dairesince bir mahkûmiyet hükmü onanmakla kesinleşeceğinden, kesinleşme anına kadar işleyen dava zamanaşımının bu aşamada sona ereceği, bu karara karşı Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının itirazı üzerine yapılan incelemede, Ceza Genel Kurulunca itirazın kabulü halinde, Özel Daire onama kararı ile Ceza Genel Kurulunun karar tarihi arasında geçen sürenin, dava zamanaşımının hesaplanmasında göz önünde bulundurulmayacağı, ancak itirazın kabulü üzerine dosyanın derdest hale gelmesi nedeniyle yargılamaya devam edildiğinde, Ceza Genel Kurulunca itirazın kabulü tarihinden itibaren geçerli olmak üzere sürenin işlemeye devam edeceği ve dava zamanaşımının buna göre hesaplanması gerektiği belirtilmiştir. İncelemeye konu dosyada ise, Özel Dairece onanmasına karar verilen hüküm, mahkûmiyet hükmü olmayıp düşme hükmü olduğundan, bu hükmünün kesinleşmesinin zamanaşımını kesen, durduran veya sona erdiren bir sebep olarak değerlendirilemeyeceği kabul edilmelidir. Belirtilen nedenlerle, suçun işlendiği 17.04.2002 tarihi itibarıyla sanığın lehine olan 5237 sayılı TCK'nun 66/1-e ve 67/4. maddeleri uyarınca oniki yıllık kesintili dava zamanaşımı süresi, yerel mahkemenin hüküm tarihinde dolmamış ise de, Ceza Genel Kurulunun inceleme tarihinden önce 17.04.2014 tarihinde dolmuş bulunmaktadır. Bu itibarla, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının kabulüne, Özel Daire onama kararının kaldırılmasına, yerel mahkeme hükmünün, suçun nitelendirilmesinde hataya düşülerek dava zamanaşımının gerçekleştiğinden bahisle

- Dairenin onama kararı kesindir.
- Dairece onanmasına karar verilen hüküm *mahkûmiyet* ise dairenin onama kararı ile Genel Kurul kararı arasında geçen süre dava zamanaşımı süresinde hesaba katılmaz.
- Dairece onanmasına karar verilen hüküm *düşme* ise bu hükmün, yani düşme hükmünün kesinleşmesi dava zamanaşımını kesen, durduran veya sona erdiren bir neden olmadığı için dairenin onama kararı ile Genel Kurulun kabul tarihi arasında geçen aralıkta dava zamanaşımı süresinin dolduğu tespit edilirse düşme kararı verilmelidir.

Benzer tespitler Genel Kurulun **2017 tarihli** bir kararına da[72] [73] yansımış, ancak öncekilerden farklı olarak şu tespit yapılmıştır:

Dairece onanmasına karar verilen hüküm *beraat* ise bu hükmün, yani beraat hükmünün kesinleşmesi dava zamanaşımını kesen, durduran veya sona erdiren bir neden olmadığı için dairenin onama kararı ile Genel Kurulun kabul tarihi arasında geçen aralıkta dava zamanaşımı süresinin dolduğu tespit edilirse düşme kararı verilmelidir.

---

kamu davasının ortadan kaldırılmasına karar verilmesi isabetsizliğinden bozulmasına, ancak yukarıda açıklanıp değerlendirilen sanığın fiili için 5237 sayılı TCK'nun 66/1-e ve 67/4. maddelerinde öngörülen dava zamanaşımı süresinin Ceza Genel Kurulunun inceleme tarihinden önce dolduğu anlaşıldığından, 5320 sayılı Kanunun 8. maddesi gereğince karar tarihi itibarıyla uygulanması gereken 1412 sayılı CMUK'nun 322. maddesinin verdiği yetkiye dayanılarak, sanık hakkındaki kamu davasının 5237 sayılı TCK'nun 66/1-e, 67/4 ve 5271 sayılı CMK'nun 223/8. maddeleri uyarınca düşmesine karar verilmelidir." Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 20.12.2016 tarih ve 2016/2107 Esas, 2014/11-196 Karar sayılı kararı. Bkz.: UYAP Karar Bilgi Bankası.

72 Karara konu olan ilk derece mahkemesinin 14.12.2011 tarihli kararında dava zamanaşımı süresinin dolması nedeniyle sanıklar hakkında *beraat* kararı verilmiş ve bu karar Dairece 21.11.2012 tarihinde onanmıştır. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının, beraat yerine mahkûmiyet kararı verilmesi gerektiği gerekçesiyle 05.01.2013 tarihinde itirazda bulunması üzerine Dairece dosya yeniden ele alınarak 30.01.2013 tarihinde ret kararı verilerek dosya Genel Kurulun gündemine gelmiştir. Genel Kurulca itirazın kabulüne karar verilmiş ancak dava zamanaşımı süresinin, Dairenin 21.11.2012 tarihli onama kararı ile Genel Kurulunun 28.03.2017 tarihli kararının verildiği tarih aralığında bir sanık için 30.05.2016, diğer sanık için ise 28.02.2016 tarihinde dolmuş olduğu tespit edilerek Genel Kurulca düşme kararı verilmiştir.

73 "...İncelemeye konu dosyada ise, Özel Dairece onanmasına karar verilen hüküm, mahkûmiyet hükmü olmayıp beraat hükmü olduğundan, bu hükmün kesinleşmesinin zamanaşımını kesen, durduran veya sona erdiren bir sebep olarak değerlendirilemeyeceği kabul edilmelidir... Bu itibarla, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının değişik gerekçe ile kabulüne, Özel Daire onama kararının kaldırılmasına, yerel mahkeme hükmünün, sanıklar... hakkında resmi belgede sahtecilik suçundan eksik araştırma ve yetersiz gerekçe ile hüküm kurulması isabetsizliğinden bozulmasına, ancak, atılı suç için 5237 sayılı TCK'nun 66/1-e maddesinde öngörülen dava zamanaşımı süresinin Ceza Genel Kurulunun inceleme tarihinden önce dolduğu anlaşıldığından, ...düşmesine karar verilmelidir." Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 28.03.2017 tarih ve 2013/15-192 Esas, 2017/204 Karar sayılı kararı. Bkz.: UYAP Karar Bilgi Bankası.

Değerlendirme:

Genel Kurul uygulamasını toplu olarak bir değerlendirmeye tabi tutmakta yarar bulunmaktadır. Öncelikle Yargıtay da bizim gibi, kural olarak onama niteliğindeki daire kararlarının verilmekle kesinleştiğini kabul etmektedir. Bununla birlikte, failin lehine veya aleyhine olması arasında bir ayırım yapılmaksızın itirazın kabulü ve daire kararının Genel Kurulca bozulmasına karar verilmesi halinde ise bu kabulle çelişen bir yorumla, daire kararı ile Genel Kurulca yapılan inceleme tarihleri arasında dava zamanaşımı süresinin işlemeye devam ettiği yorumu yapılmaktadır. Bunun bir sonucu olarak, gerek Genel Kurulca ve gerekse dosyanın bozularak mahalline gönderilmesi halinde ilk derece mahkemesince, bu aralıkta geçen sürenin dava zamanaşımı süresine dâhil edilerek, şayet dava zamanaşımı süresi dolmuş ise düşme kararı verilebileceği ifade edilmektedir.

Kanaatimizce bu yorum gerek kendi içinde çelişkiler barındırması ve gerekse olağanüstü kanun yollarına ilişkin olarak CMK'da öngörülen sistemle uyumlu olmaması nedeniyle sorunludur. Zira onama niteliğindeki daire kararı şayet verilmekle kesin bir hüküm niteliğinde ise yargılama sonlanmış olduğundan, fiil tarihinde başlayan veya kesme nedenlerinin ortadan kalkması ile yeniden başlayan dava zamanaşımı süresinin de artık işlemeye devam etmeyeceğinin kabulü gerekmektedir. Çünkü olağan muhakeme sürecinin kesin bir hükümle son bulmasıyla birlikte, muhakeme ile dava zamanaşımı arasındaki ilişki de son bulmaktadır. Buna karşın Genel Kurul, söz konusu sürenin itirazın reddi halinde işlemeye devam etmeyeceğini ancak itirazın kabulü halinde ise işlemeye devam edeceğini kabul ederek, hukuki veya mantıki bir temele dayanmayan bir yorumla sorunu çözmeye çalışmaktadır. Bu kabul, failin lehine yapılacak olan itirazda süre aranmadığı ve itiraz başvurusu ile Genel Kurul kararı arasında çoğunlukla birkaç yıl geçmesi nedeniyle başvuruların çoğunluğunda Genel Kurulca düşme kararı verilmesi sonucunu doğurabilir.

Öte yandan, yukarıda aktardığımız 2016 ve 2017 tarihli kararlarında Genel Kurul biraz daha ileri giderek, dairece onanmasına karar verilen hükmün niteliği bakımından bir ayrıma gitmiştir. Buna göre onanmasına karar verilen hüküm *mahkûmiyet* ise dairenin onama kararı ile Genel Kurul kararı arasında geçen süre dava zamanaşımı süresinde hesaba katılmayacak ancak hüküm *beraat* ya da *düşme* ise hesaba katılacak, yani dava zamanaşımı süresi dairenin onama kararı ile son bulmaksızın, durmaksızın veya kesilmeksizin işlemeye devam edecektir. Genel Kurul, bu kabulünün gerekçesini ise beraat veya düşme hükmünün kesinleşmesinin dava zamanaşımını kesen, durduran veya sona erdiren bir neden olmamasına dayandırmaktadır.

Kanaatimizce bu değerlendirmenin de hukuki veya mantıki bir temeli bulunmamaktadır. Zira dava zamanaşımının, dairece onanmasına karar verilen hükmün niteliğiyle herhangi bir ilgisi bulunmamaktadır. Çünkü dairenin kesin nitelikli onama kararıyla birlikte yalnızca fiile

ilişkin olağan ceza muhakemesi süreci değil aynı zamanda dava zamanaşımı süreci de son bulmaktadır. Dolayısıyla Genel Kurulun ulaştığı bu çözüm yolunun da isabetli olmadığını düşünmekteyiz.

Kanaatimizce Yargıtay, tartışamaya çalıştığımız sorunla ilgili olarak açık ve net bir kanun hükmü bulunmaması nedeniyle, önüne gelen sorunu çözmek adına birbiriyle çelişen kabullerden hareketle ve daha ziyade fail lehine bir uygulama yapmaya mecbur bırakılmış görünmektedir. Bu nedenle kanun koyucunun, uygulamayı bu tereddütlü halin sorumluluğunu yüklenmek zorunda bırakmayacak netlikte bir düzenlemeyle sorunu çözmesi acil ve gerekli bir ihtiyaç olarak ortada durmaktadır.

2. Kanun Yararına Bozma Bakımından

Konuyla ilgili olarak Yargıtay Ceza Genel Kurulunun gündemine gelen çok az sayıda karar bulunmaktadır. Bununla birlikte **2020 tarihli** bir kararda[74] konu ayrıntılı olarak ele alınıp şu tespitlerde bulunulmuştur:

---

[74] "...Anılan hükümler ve gerekçelerin birlikte değerlendirilmesi sonucunda 765 sayılı TCK'da muhakemenin iadesine karar verilmesinin dava zamanaşımına tesir edeceğine ilişkin bir hüküm mevcut değildir. Nitekim Ceza Genel Kurulunun 12.01.1942 tarihli ve 16-16 sayılı kararında; kesinleşen hükümlerin muhakemenin iadesi yoluyla yeniden incelenmesinde dava zamanaşımının mevzu bahis olamayacağına hükmedilmiştir. Buna göre, 765 sayılı TCK ve 1412 sayılı CMUK'nın yürürlükte olduğu dönemde yeniden yargılama yapılmasına karar verilmesi durumunda, yeniden yargılamaya konu edilen davada zamanaşımı söz konusu olmayacaktır. Ancak, yeniden yargılama sonucu suç vasfından değişme olmuş, değişen suç vasfına göre yeniden belirlenen zamanaşımı önceki yargılamada gerçekleşmiş ise yeniden yapılan yargılama sonucunda 765 sayılı TCK'nın 109. maddesi uyarınca sanık hakkında açılan kamu davasının da zamanaşımı nedeniyle düşmesine karar verilmesi gerekmektedir. 5237 sayılı TCK açısından konu incelendiğinde ise Kanun'un 66/5. maddesi uyarınca aynı fiilden dolayı tekrar yargılanmayı gerektiren hâllerde zamanaşımının söz konusu olacağı, ancak zamanaşımının yeniden yargılama yapılması talebinin kabulünden itibaren yeni baştan işlemeye başlayacağı hükme bağlanmış ve yeniden yapılacak bu yargılamada zamanaşımının mümkün olduğu açıkça ortaya konulmuştur. Tüm bu anlatılanlarla birlikte anılan Kanun hükümlerinde yer alan 'tekrar muhakeme' veya 'tekrar yargılama' ibarelerinin Kanun metinlerinde hangi anlamlarda kullanıldığının değerlendirilmesine gelince, bu ibareleri teknik anlamda yargılamanın yenilenmesi olarak anlamak gereklidir (...). Özellikle 765 sayılı TCK'nın 109. maddesinin karşılığı olarak 5237 sayılı TCK'da yer alan 66. maddesinin 5. fıkrasında ve aynı hükmün gerekçesinde zamanaşımı süresinin yeni baştan başlayacağı tarihin, yeniden yapılacak yargılama talebinin mahkemece kabul edildiği tarih olarak belirtilmesi ve doktrinde 'olağanüstü temyiz' olarak adlandırılan kanun yararına bozma yasa yolunda mahkeme tarafından yapılacak bir kabul müessesesinin öngörülmemesinin yanı sıra temyiz incelemesinden geçmeksizin kesinleşen bir hükmün, Yargıtayın ilgili dairesince yine temyiz incelemesine benzer şekilde incelenerek kanun yararına bozulmasına karar verilmesi ile 'talebin mahkemece kabulü' kavramının örtüşmemesi ve kanun yararına bozulan hüküm sonrasında yerel mahkemelerce yapılan yargılamanın yeniden başlayan bir yargılama olmayıp önceki yargılamanın devamı niteliğinde olması nedenleriyle 'tekrar muhakeme' veya 'tekrar yargılama' ibareleri ile kastedilenin

yargılamanın yenilenmesi kurumu olduğu, bahsi geçen hükümlerin, kanun yararına bozma kararı sonrasında devam edilen yargılamalar yönünden uygulama yerinin bulunmadığı anlaşılmaktadır. Diğer taraftan uyuşmazlık konusunun açıklığa kavuşturulabilmesi bakımından hükümlerin temyiz edilmeksizin kesinleşme biçimi ile bu şekilde kesinleşen hükümlerin Yargıtayın ilgili dairesince kanun yararına bozulması hâlinde dava zamanaşımı sürelerinin işleyip işleyemeyeceğinin değerlendirilmesinde zorunluluk bulunmaktadır. 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun karar tarihi itibarıyla uygulanması gereken 310. maddesinde, genel kural olarak tarafların temyiz isteğinde bulunabilecekleri süre, hükmün tefhiminden, tefhim edilmemiş ise tebliğinden başlamak üzere bir hafta olarak belirlenmiştir. Temyiz süresi, anılan maddenin üçüncü fıkrasındaki farklı durum hariç olmak üzere, hükmün açıklanması sırasında hazır bulunanlar bakımından bu tarihte, yokluklarında hüküm verilenler yönünden ise gerekçeli kararın tebliği tarihinde başlayacaktır. Öngörülen süre içerisinde taraflarca temyiz edilmeyen hüküm, kanun yoluna başvurma için öngörülen sürenin sonunda kesinleşir. Bu durum, 'davasız yargılama olmaz' ilkesinin bir sonucudur. Bu bağlamda, taraflara usulüne uygun şekilde tefhim veya tebliğ edilen hüküm, temyiz edilmemesi hâlinde kesinleşmekte ve kesinleşme anına kadar işleyen dava zamanaşımı, bu aşamada sona ermektedir. Ancak diğer olağanüstü yasa yollarında olduğu gibi kanun yararına bozmada da dava zamanaşımına ilişkin hükümler ancak yasanın açıkça izin verdiği hâllerde uygulanabileceğinden, kanun yararına bozma talebi üzerine yapılan incelemede, Yargıtay ilgili dairesince yerel mahkeme hükmünün kanun yararına bozulmasına karar verildiği durumda, yerel mahkeme hükmünün temyiz edilmeksizin kesinleştiği tarih ile Yargıtay ilgili dairesinin karar tarihi arasında geçen sürenin dava zamanaşımının hesaplanmasında göz önünde bulundurulmaması gerektiğinin kabulü zorunludur. Ancak yerel mahkeme hükmünün kanun yararına bozulması üzerine dosyanın derdest hâle gelmesi nedeniyle yargılamaya devam edildiğinde Yargıtay ilgili dairesinin kanun yararına bozma kararı tarihinden itibaren geçerli olmak üzere süre işlemeye devam edeceğinden dava zamanaşımı buna göre hesaplanmalıdır. Aksine, yerel mahkeme hükmünün temyiz edilmeksizin kesinleştiği tarih ile Yargıtay ilgili dairesinin kanun yararına bozma kararı tarihi arasında geçen sürenin zamanaşımının hesaplanmasında göz önünde bulundurulması gerektiğinin kabulü hâlinde, kanun yararına bozma yasa yolunda süre aranmadığından, bir kanuna aykırılıktan dolayı somut olayda da olduğu gibi hükmün temyiz edilmeksizin kesinleşmesinden çok uzun bir süre sonra kanun yararına bozma yasa yoluna başvurulması neticesinde talebin kabulü ile yerel mahkeme hükmünün bozulması ve inceleme tarihi itibarıyla dava zamanaşımının dolduğundan bahisle kamu davasının düşürülmesi hak ve adalet ilkelerine aykırılık oluşturacak, yargı organlarına olan güveni zedeleyecek ve ileride telafisi mümkün olmayacak sonuçların doğmasına neden olacaktır... Bu açıklamalar ışığında uyuşmazlık konusu değerlendirildiğinde; 765 sayılı TCK'nın 109. maddesinin karşılığı olarak 5237 sayılı TCK'da yer alan 66. maddesinin 5. fıkrasında ve aynı hükmün gerekçesinde zamanaşımı süresinin yeni baştan başlayacağı tarihin, yeniden yapılacak yargılama talebinin mahkemece kabul edildiği tarih olarak belirtilmesi ve doktrinde 'olağanüstü temyiz' olarak adlandırılan kanun yararına bozma yasa yolunda mahkeme tarafından yapılacak bir kabul müessesesinin öngörülmemesinin yanı sıra temyiz incelemesinden geçmeksizin kesinleşen bir hükmün, Yargıtay ilgili dairesince yine temyiz incelemesine benzer şekilde incelenerek kanun yararına bozulmasına karar verilmesi ile 'talebin mahkemece kabulü' kavramının örtüşmemesi ve kanun yararına bozulan hüküm sonrasında yerel mahkemelerce yapılan yargılamanın yeniden yapılan bir yargılama olmayıp önceki yargılamanın devamı niteliğinde olması nedenleriyle 'tekrar muhakeme' veya 'tekrar yargılama' ibareleri ile kastedilenin yargılamanın yenilenmesi kurumu olduğu, bahsi geçen Kanun maddelerinin kanun yararına bozulmasına karar verilen hükümler yönünden uygulama yerinin bulunmadığı kabul edilmelidir."

- TCK'nın 66/5. maddesi hükmü kanun yararına bozma halinde uygulanamaz.
- Yargıtay ceza dairesince ilk derece mahkemesi kararının kanun yararına bozulması halinde, yerel mahkeme hükmünün temyiz edilmeksizin kesinleştiği tarih ile Yargıtay ceza dairesinin bozma kararı arasında geçen süre dava zamanaşımı süresinden sayılmaz.
- Kanun yararına bozma üzerine dosyanın derdest hâle gelmesi nedeniyle yargılamaya devam edildiğinde, bozma kararı tarihinden itibaren geçerli olmak üzere süre işlemeye devam edeceğinden dava zamanaşımı buna göre hesaplanmalıdır. Yani bu durumda ilk derece mahkemesi kararının kesinleşme tarihiyle ceza dairesinin bozma kararı arasında dava zamanaşımı bir anlamda *durma*ktadır.

Görüldüğü üzere Genel Kurul, kanun yararına bozma üzerine ilk derece mahkemesince yürütülen muhakeme sürecinin yeniden ya da tekrar yargılama niteliğinde olmadığı ve dolayısıyla TCK'nın 66/5. maddesi hükmünün uygulanamayacağı görüşündedir.

Kanaatimizce kararda, kendi içinde çelişen ve TCK ile CMK'da öngörülen sistematikle uyumlu olmayan bir yorumla, kesin nitelikte yahut istinaf veya temyiz incelemesinden geçmeden kesinleşen bir kararla son bulan olağan muhakeme sürecinin, dava zamanaşımı süresi bakımından kanun yararına bozma ile birlikte bir anlamda "yeniden dirilmek" suretiyle devam ettiği kabul edilmektedir. Ayrıca zamanaşımının durmasına ilişkin olarak TCK'da öngörülmeyen bir durma hali yaratılarak, maddi ceza hukuku kurallarının kıyas yoluyla uygulanmaması ilkesi örtülü olarak ihlal edilmiş olmaktadır.

3. Yargılamanın Yenilenmesi Bakımından

Konuyla ilgili olarak Yargıtay Ceza Genel Kurulunun **2014 tarihli** bir kararında[75] konu ayrıntılı olarak ele alınıp şu tespitlerde bulunulmuştur:

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 21.01.2020 tarih ve 2017/15-618 Esas, 2020/16 Karar sayılı kararı. Bkz.: UYAP Karar Bilgi Bankası.

[75] "...765 sayılı TCK'nda muhakemenin iadesine karar verilmesinin dava zamanaşımına tesir edeceğine ilişkin bir hüküm mevcut değildir. Nitekim Ceza Genel Kurulunun 28.01.1942 gün ve 16-16 sayılı kararında; kesinleşen hükümlerin muhakemenin iadesi yoluyla yeniden incelenmesinde dava zamanaşımının mevzu bahis olamayacağına hükmedilmiştir. Yine Ceza Genel Kurulunun 29.05.1954 gün ve 84 sayılı kararında; 'Muhakemenin yenilenmesine karar verilmekle asli dava avdet etmiş olmayacağından zamanaşımı mevzu bahis olamazsa da, eski hüküm 1412 sayılı CMUK'nun 341. maddesine göre iptal olunur, yeniden hüküm kurulması gerekirse zamanaşımı nazara alınabilir. Şayet, eski hüküm iptal edilmez de tasdik olunursa zamanaşımından bahisle hüküm bozulamaz' sonucuna ulaşılmıştır. Bununla birlikte, 765 sayılı TCK'nun 109. maddesinde muhakemenin iadesi sonucu failin suçunun daha hafif cezayı gerektiren başka bir suç olduğunun belirlenmesi durumunda, bu suçun kanunda belirlenen zamanaşımının ilk yargılama süresi içinde gerçekleşmiş bulunduğunun belirlenmesi

durumunda fail hakkındaki davanın düşmesine karar verileceği hükme bağlanmıştır. Diğer bir ifadeyle, muhakemenin iadesi sonucu değişen suç vasfının önceki muhakeme sırasında doğru tespit edilmesi durumunda davanın zamanaşımı nedeniyle düşmesine karar verilecek idiyse, muhakemenin iadesi sonucunda da davanın zamanaşımı nedeniyle düşmesine kararı verilecektir. Buna göre, 765 sayılı TCK ve 1412 sayılı CMUK'nun yürürlükte olduğu dönemde muhakemenin iadesine karar verilmesi durumunda, muhakemenin iadesine konu edilen davada zamanaşımı söz konusu olmayacaktır. Ancak, muhakemenin iadesi sonucu suç vasfından değişme olmuş, değişen suç vasfına göre yeniden belirlenen zamanaşımı önceki yargılamada gerçekleşmiş ise, muhakemenin iadesi yargılaması sonucunda 765 sayılı TCK'nun 109. maddesi uyarınca sanık hakkında açılan kamu davasının da zamanaşımı nedeniyle düşmesine karar verilmesi gerekmektedir. 5237 sayılı TCK açısından konu incelendiğinde ise, kanunun 66/5. maddesi uyarınca aynı fiilden dolayı tekrar yargılanmayı gerektiren hallerde zamanaşımının söz konusu olacağı, ancak zamanaşımının yargılamanın yenilenmesi talebinin kabulünden itibaren yeni baştan işlemeye başlayacağı hükme bağlanmış ve yargılamanın yenilenmesinde zamanaşımının mümkün olduğu açıkça ortaya konulmuştur. Görüldüğü gibi, yargılamanın yenilenmesinde eski hükmün iptal edilip failin daha az bir ceza ile cezalandırılmasına karar verilmesi hali dışında 765 sayılı TCK'na göre dava zamanaşımı söz konusu olmazken, sonradan yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK'nun 66/5. maddesinde ki açık düzenleme karşısında yargılamanın yenilenmesinde dava zamanaşımı söz konusu olacaktır. Bu nedenle, inceleme konusu dosyada hükümlü lehine olduğunda tereddüt bulunmayan 5237 sayılı TCK uyarınca zamanaşımının değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu sonuca ulaşıldıktan sonra zamanaşımı bakımından daha kısa süreler öngören 765 sayılı TCK'nun 102 ve 104. maddelerinin esas alınması gerektiği ileri sürülebilir ise de; 765 sayılı TCK'nda yargılamanın yenilenmesi muhakemesinde dava zamanaşımının öngörülmemesi, bu nedenle 5237 sayılı TCK'nun lehe olduğunun kabul edilmesi karşısında, zamanaşımının da 5237 sayılı TCK'nun 66 ve 67. maddelerinde belirlenen esaslara göre hesaplanması gerekmektedir. Aksi yöndeki kabul, lehe kanun uygulamasında karma uygulama sonucunu doğuracak olup, usul ve kanuna aykırılık oluşturacaktır... Bu bilgiler ışığında ön sorun değerlendirildiğinde; Yargılamanın yenilenmesine konu olan somut olayda, suç tarihinde yürürlükte bulunan 765 sayılı TCK hükümlerine göre yargılamanın yenilenmesi aşamasında eski hükmün iptal edilip failin daha az ceza ile cezalandırılmasına karar verilmesi hali dışında dava zamanaşımı söz konusu olmadığı, buna karşılık sonradan yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK'nun 66/5. maddesi uyarınca dava zamanaşımının yargılamanın yenilenmesi talebinin kabul edildiği tarihten itibaren yeni baştan işlemeye başlayacağı sabittir. Hükümlünün sabit olan suçuna ilişkin olarak 6831 sayılı Kanunun 93/2. maddesinde belirlenen cezanın miktarına göre asli dava zamanaşımı 5237 sayılı TCK'nun 66/1-e maddesi uyarınca 8 yıl, kesintili dava zamanaşımı ise aynı kanunun 67/4. maddesi uyarınca 12 yıldır. Zamanaşımını kesme nedenlerini incelediğimizde ise, TCK'nun 67. maddesinin 2. fıkrasının (a), (b) ve (c) bentlerinde sayılan kesme nedenlerinin yargılamanın yenilenmesine konu olabilecek bir ceza davasında gerçekleşmesi mümkün değildir. Ancak anılan fıkranın (d) bendinde belirtilen kesme nedeni yargılamanın yenilenmesinde söz konusu olabilecektir. Bu kapsamda, yargılamanın yenilenmesi talebi kabul edildikten sonra yapılan duruşma sonucunda CMK'nun 323/1. maddesine göre önceki mahkûmiyet hükmünün onaylanmasına karar verilmesi durumunda sonuçları itibarıyla mahkûmiyete hükmedilmiş olduğundan bu kararın TCK'nun 67/2-d maddesinde belirtilen zamanaşımının kesme nedenleri arasında sayılan 'mahkûmiyet kararı verilmesi' olarak kabulünde zorunluluk bulunmaktadır. Buna göre, yerel mahkemece muhakemenin iadesi talebinin kabul edildiği 19.11.2004 tarihinden, önceki hükmün onanmasına karar verildiği 16.07.2008 tarihine kadar 8 yıllık asli dava zamanaşımının, Genel Kurul inceleme tarihi itibarıyla da 12 yıllık uzatmalı dava zamanaşımının gerçekleşmediği

- TCK'nın 66/5. maddesi hükmü açık olarak yargılamanın yenilenmesi kurumuna münhasır bir hükümdür.
- 765 sayılı TCK'da bu hususla ilgili bir hüküm bulunmaması nedeniyle yargılamanın lehe yenilenmesi söz konusu olduğunda TCK'nın 66/5. maddesi hükmü failin daha lehine bir düzenlemedir.
- Dava zamanaşımı, yargılamanın yenilenmesi talebinin kabul edildiği tarihten itibaren yeni baştan işlemeye başlar.

Görüldüğü üzere Genel Kurul, TCK'nın 66/5. maddesi hükmünü yargılamanın yenilenmesi kurumuna özel bir düzenleme olarak değerlendirerek uygulanması gerektiği kanaatindedir. *Bize göre* de bu yorum ve değerlendirme, yukarıda da belirtildiği üzere isabetlidir.

Sonuç

Dava ve ceza zamanaşımı kurallarıyla devlet, belirli bir zamanın geçmesiyle birlikte cezalandırmaya ilişkin hak ve yetkisinden kendi iradesiyle feragat etmektedir. Zamanaşımı kuralları esasen devletin kendisini, azami olarak belirlenen bir süre içerisinde soruşturma ve kovuşturma ile yaptırımların infazı işlemlerinin yapılması hususunda sınırlamasının yanında, söz konusu işlemlerin bu süreler geçmeden yapılacağına ilişkin olarak da bir taahhüt mahiyetindedir.

Olağan kanun yolları, ceza muhakemesinin olağan bir parçası olduğu için dava zamanaşımı uygulaması bakımından herhangi bir sorun ortaya çıkmamaktadır. Ancak olağan ceza muhakemesi evrelerinin kesin bir hükümle tamamlanması, son bulması sonrasında gündeme gelen olağanüstü kanun yolları bakımından ise dava zamanaşımına ilişkin genel kurallar yetersiz kalmaktadır. Zira dava zamanaşımına ilişkin süre kesin bir hükümle sonuçlanan yargılama ile birlikte son bulmaktadır. Kesin hükme kadar, dava zamanaşımı olarak öngörülen asgari veya azami süre tamamlanmamış olsa dahi artık bu sürelerin bir önemi, hukuken bir değeri kalmamaktadır. Dolayısıyla *kanunda açık bir hükmün bulunmaması halinde* bu andan itibaren dava zamanaşımı süresinin, bir kesme nedeni gerçekleşmiş gibi yeniden başlatılması yahut bir durma nedeni gerçekleşmiş gibi kaldığı yerden devam ettirilmesi, gerek dava zamanaşımının ve gerekse kanun yollarının temel mantığına uygun bir yorum ve uygulama değildir.

Bir maddi ceza hukuku kurumu olarak kabul ettiğimiz dava zamanaşımı kurallarının uygulama alanı kıyas yoluyla genişletilip, daraltılamaz. Buna karşın TCK'da, olağanüstü kanun yollarına ilişkin süreçlerde dava zamanaşımı kurallarının nasıl uygulanacağına ilişkin yeterli açıklıkta bir düzenleme bulunmadığı için uygulamada somut

---

anlaşılmaktadır." Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 11.03.2014 tarih ve 2012/3-909 Esas, 2014/121 Karar sayılı kararı. Bkz.: UYAP Karar Bilgi Bankası.

sorunun bir şekilde çözülmesine yönelik olarak getirilen yorumlar kıyas yasağının örtülü olarak ihlal edilmesi mahiyetinde görünmektedir.

TCK'nın 66/5. maddesi ile esasen 765 sayılı TCK döneminde de var olan söz konusu sorunun çözülmesi için bir düzenleme yapılmıştır. Buna karşın, maddenin terminolojisi ve formülasyonu ile gerekçede kullanılan ifadelerden, kanun koyucunun muradının tam olarak ne olduğunu anlamak mümkün görünmemektedir. Bu nedenle madde, yalnızca doktrinde değil uygulamada da çok farklı değerlendirmelere konu olmaktadır.

Biz söz konusu maddeyi, sorunun çözümü bakımından; olağanüstü kanun yolu muhakemesi sonucunda uyuşmazlığın ilk derece mahkemesi/hâkimliğince yeniden ele alınmasını gerektiren bütün hallerde uygulanma kabiliyeti olması gereken bir hüküm olarak yorumlamaktayız. Bu yoruma göre; olağanüstü kanun yolu denetiminde geçen sürede dava zamanaşımı süresinin, denetim sonucunda her ne karar verilirse verilsin, işlemesi mümkün değildir. Zira bu süreç olağanüstü bir muhakeme sürecidir ve bu sürecin dava zamanaşımı ile bir ilişkisi bulunmamaktadır. İnceleme sonucunda, başvurunun kabulü ve uyuşmazlığın yeniden ele alınması için dosyanın ilk dereceye gönderilmesine karar verilmesi halinde ise bu kararla birlikte dava zamanaşımı süresi yeni baştan, sıfırdan işlemeye başlamalı ve bu yeni süreç bakımından dava zamanaşımına ilişkin durma, kesme ve son bulma kurallarının geçerli olduğu kabul edilmelidir.

Konuyla ilgili olarak ele aldığımız Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararlarından da anlaşılacağı üzere Yargıtay neredeyse seksen yıldır, kendi içerisinde çelişkiler barındıran yorumlarla, incelemeye konu somut uyuşmazlıkları mümkün olduğu kadar hakkaniyeti gözetmek suretiyle çözmeye çalışmaktadır. Esasen bu durum, kanun koyucuya görevini ve sorumluluğunu hatırlatan bir mesaj olarak yorumlanmalı ve kanunda, tereddüde mahal vermeyecek bir düzenleme ile sorun çözülmelidir.

Kanun koyucu bu hususta yapacağı düzenleme ile elbette öngöreceği çözüm yolunu seçmekte mutlak bir özgürlüğe sahiptir. Ancak yapılacak düzenlemenin sorunu kesin bir şekilde çözmesinin yanında TCK ve CMK'nın mevcut sistematiğiyle de uyum içinde olması gerekmektedir.

Bu itibarla, yapılacak yeni bir düzenleme ile Yargıtay Ceza Genel Kurulunun yorumu doğrultusunda ya da TCK'nın 66/5. maddesine ilişkin olarak ortaya koyduğumuz yorum biçimi esas alınmak suretiyle mesele çözüme kavuşturulabilir.

Yargıtay'ın yorumu esas alındığı takdirde, ilgili olağanüstü kanun yolu denetiminde geçen süre dava zamanaşımı süresini durduran bir neden olarak TCK'nın 67. maddesi kapsamında düzenlenerek, olağanüstü kanun yoluna başvuru tarihi ile Başsavcının itirazı bakımından Genel Kurulun bozma kararı, kanun yararına bozma

bakımından ilgili ceza dairesinin bozma kararı, yargılamanın yenilenmesi bakımından ise ilgili mahkemenin yenileme kararı arasında geçen sürenin dava zamanaşımı süresine dâhil olmaması sağlanmalıdır. Böylece kesin hükmün otoritesinin ortadan kaldırılmasını gerektiren durumun belirlenmesi için geçen sürede, başvurunun sanığın lehine ya da aleyhine olması arasında bir fark yaratılmaksızın uygulama yapılması sağlanabilecek, olağanüstü kanun yolu denetimini yapan merci tarafından dava zamanaşımına ilişkin bir değerlendirme yapılmaksızın uyuşmazlık esas merciine iletilmiş olacaktır.

Öte yandan TCK'nın 66/5. maddesine ilişkin yukarıda ortaya koyduğumuz yorumun esas alınması halinde ise maddenin aşağıdaki şekilde yeniden formüle edilmesi isabetli olabilir.

"Kesinleşmiş bir hükümle ilgili olarak olağanüstü kanun yoluna başvurulduğu takdirde, olağanüstü kanun yolu denetiminde geçen süre dava zamanaşımı ile ilişkilendirilmez. Olağanüstü kanun yoluna başvurunun kabulü ile birlikte uyuşmazlığın yeniden ele alınması için dosyanın mahalline gönderilmesine karar verildiği takdirde, bu husustaki talebin kabul edildiği tarihten itibaren fiile ilişkin zamanaşımı süresi yeni baştan işlemeye başlar. Ancak kesin hükme kadar işleyen dava zamanaşımı süresi ile uyuşmazlığın yeniden ele alınması üzerine verilen yeni hükmün kesinleştiği tarih arasında geçen sürenin toplamı 66. maddenin dördüncü fıkrasındaki süreden fazla olamaz."

KAYNAKÇA

Akbulut, Berrin, "Dava Zamanaşımı Sürelerinin Başlaması", *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Doğan Soyaslan Armağanı,* C. VIII, S. 2013/2, s. 149-194.

Akkaya, Çetin, *Öğreti ve Yargısal Uygulamalar Işığında Kanun Yararına Bozma ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının İtiraz Yetkisi*, Kartal Yayıncılık, Ankara 2007.

Alacakaptan, Ugur, "Temyiz Mahkemesi Başsavcılığının Yaptığı İtiraz Hükmün Kesinleşmesine Mani Olur mu?", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* C. 24, S. 1-4, Y. 1967, s. 287-291.

Alşahin, Mehmet Emin, *Ceza Hukukunda Zamanaşımı*, Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi, İstanbul 2010.

Arslan, Çetin, "Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı İtirazı (CMK Md. 308)", *Ceza Hukuku Dergisi*, Y. 2, S. 5, Aralık 2007, s. 105-161.

Artuk, M. Emin/Gökcen, Ahmet/Yenidünya, A. Caner, *Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5*. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2011.

Beccaria, Cesare, *Suçlar ve Cezalar Hakkında,* Tercüme: Sami Selçuk, İmge Kitabevi, İstanbul 2004.

Centel, Nur/Zafer, Hamide, *Ceza Muhakemesi Hukuku,* 19. Baskı, Beta Basım Yayın, İstanbul 2020.

Centel, Nur/Zafer, Hamide/Çakmut, Özlem, *Türk Ceza Hukuku'na Giriş,* Beta Basım Yayın, İstanbul 2020.

Demirbaş, Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler,* 15. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020.

Donay, Süheyl, *Türk Ceza Kanunu Şerhi,* 1. Baskı, Beta Basım Yayın, İstanbul 2007.

Dönmezer, Sulhi/Erman, Sahir, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. III,* Beta Basım Yayın, İstanbul 1997.

Erem, Faruk/Danışman, Ahmet/Artuk, Mehmet Emin, *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler,* Seçkin Yayıncılık, İstanbul 1997.

Ersoy, Uğur, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Hukuki Çare ve Kanun Yolu Kavramları Bağlamında Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'nın İtiraz Yetkisi", *Ceza Hukuku Dergisi*, C. 10, S. 29, Y. 2015, s. 67-124.

Gökcen, Ahmet/Balcı, Murat/Alşahin, Mehmet Emin/Çakır, Kerim, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Adalet Yayınevi, 4. Baskı, Ankara 2020.

Hafızoğulları, Zeki, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Davanın ve Cezanın Düşürülmesi", http://www.baskent.edu.tr/~zekih/ogrenci/dava cezanin%20dus.doc, Erişim Tarihi: 15.01.2017.

Hafızoğulları, Zeki/Özen, Muharrem, *Ceza Hukuku Genel Hükümler,* 12. Baskı, US.A Yayınları, Ankara 2019.

Hakeri, Hakan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler,* 24. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2021.

İçel, Kayıhan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 6. Baskı, Beta Basım Yayın, İstanbul 2021.

İçel, Kayıhan/Akıncı, Füsun Sokullu/Özgenç, İzzet/Sözüer, Adem/Mahmutoğlu, Fatih S./Ünver, Yener, *Yaptırım Teorisi,* Beta Yayın Dağıtım, İstanbul 2000.

Karakehya, Hakan, *Ceza Muhakemesi Hukuku,* 2. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2016.

Kayançiçek, Murat, "Aynı Fiilden Dolayı Yeniden Yargılama Yapılan Hallerde Dava Zamanaşımı Süresinin Tespiti", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi,* Y. 5/2014, S. 18, s. 443-480.

Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler,* 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020.

Kunter, Nurullah, "Ceza Hukukunda Zamanaşımının Kesilmesi", *Adalet Dergisi,* S. 6, Y. 1946, s. 547-567.

Kunter, Nurullah, *Ceza Hukukunda Zamanaşımı,* Yayımlanmamış Doçentlik Tezi, İstanbul 1951.

Kunter, Nurullah, *Ceza Muhakemesi Hukuku,* Sermet Matbaası, 5. Bası, İstanbul 1955.

Kunter, Nurullah/Yenisey, Feridun, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, C. II,* Beta Basım Yayın, İstanbul 2003.

Kunter, Nurullah/Yenisey, Feridun/Nuhoğlu, Ayşe, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku,* 16. Bası, Beta Basım Yayın, İstanbul 2008.

Kuyucu, Aydın, *Ceza Yargılaması Hukukunda Kanun Yararına Bozma*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2012.

Meran, Necati, "Ceza Hukukunda Dava Zamanaşımı", *Terazi Hukuk Dergisi,* C. 10, S. 112, Aralık 2015, s. 65-72.

Meriç, Emre Oğuz, "Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının İtirazı", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan,* C. 21, Özel Sayı, Y. 2019, s. 1097-1140.

Önder, Ayhan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler, C. II*, Beta Basım Yayın, İstanbul 1989.

Özar, Süleyman, *Türk Ceza Hukukunda Zamanaşımı*, Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi, Ankara 2020.

Özbek Veli Özer/Bacaksız Pınar/Doğan Koray, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler,* 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020.

Özbek Veli Özer/Bacaksız Pınar/Doğan Koray *Ceza Muhakemesi Hukuku* 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020.

Özen, Mustafa, *Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri,* 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2019.

Özen, Mustafa, *Ceza Hukuku Genel Hükümler Dersleri, 5*. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2020.

Özgenç, İzzet, *Türk Ceza Kanunu Hukuku Genel Hükümler,* 10. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014.

Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa Ruhan, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, 20. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020.

Öztürk, Bahri/Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Gezer, Özge Sırma/Saygılar Kırıt, Yasemin F./Özaydın, Özdem/Akcan, Esra Alan/Tütüncü, Efser Erden, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı*, 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017.

Savaş, Vural/Mollamahmutoğlu, Sadık, *Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun Yorumu, C. 2*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 1995.

Soyaslan, Doğan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler,* 9. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2020.

Soyaslan, Doğan, *Ceza Muhakemesi Hukuku,* 4. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2010.

Şahin, Cumhur, "Kanun Yoluna Başvurma Hakkı Bağlamında Temyiz Edilebilen ve Edilemeyen Kararlar (Ceza Muhakemesinde Kesinlik Sorunu)", *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* C. 8, S. 2, Aralık 2013, s. 107-120.

Şahin, Cumhur/Göktürk, Neslihan, *Ceza Muhakemesi Hukuku II,* 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.

Talas, Serdar, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Başsavcılığın İtirazı", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası,* C. LXX, S. 1, Y. 2012, s. 153-176.

Tan, Mehmet, *TCK Genel Hükümler C. II,* 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2011.

Taner, Fahri Gökçen, *Ceza Hukukunda Zamanaşımı,* Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, Ankara 2007.

Taşdemir, Kubilay, *Ceza Hukukunda Zamanaşımı,* Cantekin Matbaası, Ankara 2011.

Tongür, Ali Rıza/Çetintürk, Ekrem, *Ceza Hukuku Genel Hükümler,* Adalet Yayınevi, Ankara 2020.

Toroslu, Nevzat/Feyzioğlu, Metin, *Ceza Muhakemesi Hukuku,* Savaş Yayınları, 19. Baskı, Ankara 2019.

Toroslu, Nevzat/Toroslu, Haluk, *Ceza Hukuku Genel Kısım,* Savaş Yayınları, Ankara 2019.

Tosun, Öztekin, "Ceza Muhakemesi Hukukumuzda Kanunyollarının Çeşitleri", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası,* C. XXXV, S. 1-4, Y. 1970, s. 8-48.

Turan, Hüseyin, "Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının İtirazının Silahların Eşitliği İlkesi Kapsamında İncelenmesi", *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* C. 15, S. 185-186, Ocak-Şubat 2020, s. 21-46.

Ünver, Yener/Hakeri, Hakan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 17. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2020.

Yaşar, Osman, *Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu, C. III,* 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018.

Yaşar, Osman/Gökcan, Hasan Tahsin/Artuç, Mustafa, *Yorumlu, Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C. II,* 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2014.

Yenisey, Feridun/Nuhoğlu, Ayşe, *Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı,* Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2014.

Yıldırım, Akif, "Bireysel Başvuru Öncesinde Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısına İtiraz Kanun Yolunu İşletmesi İsteminde Bulunulması, Tüketilmesi Gereken Bir Yol mudur?", *Terazi Hukuk Dergisi,* C. 9, S. 97, Eylül 2014, s. 95-97.

Yılmaz, Sacit, "Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının İtirazı (CMK md. 308)", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi,* C. I, S. 41, Y. 2020, s. 113-150.

Yurtcan, Erdener, *Ceza Yargılaması Hukuku,* 16. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.

WHATSAPP VERİ PAYLAŞIM POLİTİKASININ KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI HUKUKU KAPSAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ (AB HUKUKU ile MUKAYESELİ)

Assessment of Whatsapp Data Sharing Policy Under the Law on Protection of Personal Data (Comparison With Eu Law)

Dr. Berat DUMAN*

Özet: Günümüz teknoloji çağında kullanılan birtakım iletişim uygulamaları bir yandan iletişim ve veri paylaşımı başta olmak üzere insanoğlunun günlük iletişim rutinini kolaylaştırırken diğer yandan bu uygulamaların, özellikle veri paylaşımı ve depolanması noktasında, bireylerin temel haklarına yönelik ihlallere zemin hazırlayabildiği görülmektedir.
Bu bağlamda, özellikle "Whatsapp" vb. iletişim uygulamalarını kullanmak için dijital âlemde verilen onay neticesinde (opt/in-out rıza) bu mecralarda paylaşılan verilerin işlenmesi - paylaşılan verilerin niteliği, paylaşım şekli- göz önüne alındığında, iletişim uygulamalarının kullanılmasından kaynaklı hukuki tartışmalar, gün geçtikçe artan bir önemde hukuk gündemimizde yer tutmaktadır.
Verileri işlenen gerçek kişilerin vermiş olduğu rıza beyanına uygun olacak şekilde bu verilerin modern teknolojik uygulamalar tarafından işlenmesi ve aktarılması noktasında bir temel hak olarak kişisel verilerin korunması kapsamında whatsapp veri sözleşmesi olarak da telaffuz edilen veri paylaşım politikasının, AB hukuku ile mukayeseli olacak şekilde değerlendirilmesi bu makalenin temel amacını oluşturmaktadır.
Anahtar kelimeler: whatsapp veri paylaşım politikası, whatsapp veri güncellemesi, kişisel verilerin korunması, opt-in/out rıza

Abstract: It is seen that some communication applications used in today's technology age, on the one hand, facilitate the daily routine of human beings, especially communication and data sharing, but on the other hand, these applications can cause legal violations against the fundamental rights of individuals, especially at the point of data sharing and storage.
In this context, especially "Whatsapp" etc. considering the processing of data shared in these channels - the nature of the shared data, the way it is shared - as a result of the approval given in the digital world (opt / in-out consent) to use communication applications, it is increasingly important in our legal agenda
The main axis of this article is to evaluate the legal nature and provisions of the WhatsApp data contract within the scope of the right to protect personal data as a fundamental right at the point of processing and transferring these data by modern technological applications in accordance with the consent declaration given by the natural persons whose data is processed.
Keywords: whatsapp data sharing policy, whatsapp data update, protection of personal data, opt-in / out consent

* Tetkik Hakimi, Adalet Bakanlığı Personel Genel Müdürlüğü
berat.duman@adalet.gov.tr, ORCID: 0000-0001-7795-2286
Makale Geliş Tarihi: 12.03.2021, Makale Kabul Tarihi: 20.04.2021

GİRİŞ

Günümüzde gelişen iletişim teknolojisi ile dijital mecralarda yapılan veri paylaşımlarında, bu alanlarda sayıca artan iletişim uygulamalarına paralel olarak bir artış görülmektedir. Bireyler, bu iletişim uygulamaları vasıtasıyla telefon rehberi, fotoğraf, resmi belge, sağlık raporu, online alışveriş rutinleri gibi pek çok özel ve kişisel veri içeren bilgileri bir veya daha fazla kişi ile etkileşimde bulunarak paylaşmakta ve kullanılabilecek şekilde kaydetmektedirler.

Bu uygulamalar ile yapılan paylaşımların niteliğine baktığımızda, paylaşılan verilerin kâhir ekseriyetinin kişisel veri olarak literatürde ifade edilen bilgi ve veri olduğunu görmekteyiz. Paylaşımda bulunulan bu veriler, kişilerin özel hayatını hatta bu hayatın "giz alanını" ilgilendirebilmektedir. Eski çağlardan beri kendisine ilişkin veri paylaşımı ve alenileştirilmesi konusunda temkinli olan insanoğlu, çağlar boyunca hukuki ve teknik olarak kişisel verisini koruma gayesinde olmuştur. Bu gayenin doğal sonucu olarak kamu otoriteleri ve diğer otoriteler bu alanda hukuki, idari ve teknik düzenlemeler yaparak kişilerin genel anlamda özel hayatını dar anlamda ise kişisel verilerini hukuki koruma altına almaya adeta mecbur kalmışlardır. Diğer bir anlatımla, günümüz teknolojisinin bireylere sağlamış olduğu zaman-mekan kısıtsız iletişim konforunun yanında bu uygulamaları kullanırken bireylerin temel haklarına nasıl müdahaleler olduğu/olabileceği ve kişisel verilerin güvenliği hususları hukuk gündeminde her zamankinden daha çok yer tutmaktadır.

Eski çağlarda içgüdüsel, mesleki ve dini (Hipokrat yemini, Hristiyanlıkta günah çıkarma vb.) olarak geliştirilen motivasyona paralel düzlemde, öncelikle en üstün bağlayıcı norm olan anayasalar ve hemen ardından kanunlarda kişisel verilerin korunmasına ve bu hakka müdahalelerden kaynaklanabilecek ihlallerin önlenmesine, giderilmesine mâtuf birtakım düzenlemeler yapılmaktadır. Bu düzenlemelerin temel hedefinin, verinin korunmasını sağlamaktan ziyade verinin korunmaması nedeniyle ortaya çıkabilecek, temel hak ve özgürlük ihlallerini engellemeye yönelik olduğu görülmektedir.

Tüm bu teknolojik ve hukuki gelişmeler ışığında, kişisel verilerin korunmasında; sözleşme serbestisi, temel hak ve güvenlik dengesinde "whatsapp" adlı iletişim uygulamasının, yapmış olduğu bir güncelleme ile kişisel verilerin depolanması, paylaşılması ve analiz edilerek anlamlı çıktılar elde edilerek başta ticari alanlar olmak üzere bunları kullanma yetkisini istemesi kişisel verilerin korunması hakkını bir kez daha gündeme getirmiştir. Öte yandan adı geçen uygulamanın bu güncellemeyi AB ülkeleri dışında uygulayacağını söylemesi Türk hukukunda kişisel verilerin yeterince korunmuyor olabileceği hususu başta olmak üzere başkaca tereddütleri içeren bir algıyı beraberinde getirmiştir.

Oysa ki, Avrupa Konseyi'nin kurucu üyesi olan ülkemiz açısından kişisel verilerin korunması hukukunun 108 sayılı Sözleşmenin imzaya açılmasından bu yana, Türk hukukunun gündeminde olduğunun kabulü gerekir. Avrupa Konseyi'nin 108 sayılı Sözleşmesinin yanı sıra Türkiye'nin, üye olmamasına rağmen AB tarafından çıkartılan 95/46/AT sayılı Yönergenin ve bu yönergenin yerini alan GDPR'nin (Genel Veri Koruma Tüzüğü), KVKK (Kişisel Verileri Koruma Kanunu) üzerindeki etkisi olduğu genel kabul gören bir gerçektir. Ayrıca kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı, 2010 anayasa değişikliği ile anayasal bir hak olarak 1982 Anayasası'na dercedilmiştir. Diğer taraftan 2016 yılında 6698 sayılı KVKK yürürlüğe konarak kişisel veri işlemeden kaynaklanan ihlalleri incelemek üzere kararları idari yargı denetimine tabi olan KVKKr. (Kişisel Verileri Koruma Kurumu) oluşturulmuştur. Böylelikle AB düzeyinde idari ve yargısal denetim mekanizmaları ülkemizde 108 s Sözleşmeye ve AB hukukuna paralel olarak kurulmuştur.

Whatsapp tarafından gerçekleştirilen veri işleme ve aktarma faaliyetleri değerlendirilirken kişisel verilerin korunması hakkının temel hak kapsamına alınması nedeniyle bir yandan anayasa hukuku diğer taraftan ise medeni hukuk, ticaret ve ceza hukuku kabullerinden hareket edilmektedir. Bunlarla beraber 6698 sayılı Kanunun yürürlüğe konması sebebi ile kökleri eski zamanlara dayansa da özel ve yepyeni bir alan olarak kişisel verilerin korunması hukuku karşımıza çıkmaktadır.

Bu bağlamda kişisel verilerin korunması hukukunun genel terminolojisinden kısa bir şekilde bahsedilerek whatsapp uygulamasının yapmış olduğu veri paylaşım politikası (sözleşme) güncellemesinin hukuki mahiyeti , bu güncellemenin Türk Mevzuatındaki yeri AB hukuku ile karşılaştırmalı bir şekilde verilmesi ve güncellemenin Türk hukuku bakımından hukuki nitelendirilmesinin yapılması bu çalışmanın esas konusunu teşkil etmektedir.

I. GENEL OLARAK WHATSAPP UYGULAMASI ve VERİ SÖZLEŞMESİ (GÜNCELLEME)

Kamuoyunca malum olunduğu üzere internet alt yapısını kullanmak suretiyle sesli, görüntülü ve yazılı iletişimi sağlayan pek çok uygulama bulunmaktadır. Bu uygulamalar; bilgisayarlara, akıllı telefonlara, tabletlere indirmek (download etmek) suretiyle onların kullanıcılara sunmuş olduğu ve genelde "okudum\kabul ediyorum" şeklinde kutucukları işaretlemek neticesinde kullanılmaya başlanmaktadır. Yine bu uygulamalar üzerinden paylaşılan ve depolanan veri türlerine baktığımızda, bu veriler kişisel veri niteliğinde olabileceği gibi kamu veya özel kurum\kurumsal işlerde kullanılan birtakım belgeler veyahut sadece alelade bir manzara fotoğrafı dahi olabileceği müşahede edilmektedir.

Bu uygulamalardan dünya çapında en yaygın olanlarından biri hizmet (servis) sözleşmesini yenilemesi ile gündeme oturan "whatsapp"

olmuştur. “Whatsapp” ı; İngilizce “what is up”[1] yani “nasıl gidiyor\ne haber?” anlamlarına gelen kelimelerin “application” yani “uygulama” kelimesi ile birleşiminden oluşan dünya çapında zaman ve mekan kısıtı olmadan kişi veya birden fazla kişiyle sesli-görüntülü mesajlaşmayı sağlayan bir uygulama olarak tanımlayabiliriz.[2]

Whatsapp Inc. adlı şirket, 08.02.2021 tarihinde yürürlüğe sokacağını daha sonra bunu 2021 Mayıs ayına ertelediğini duyurduğu veri paylaşım politikası ile AB üyeleri dışındaki ülkelerde bu uygulamayı kullanacak olanların verilerini facebook başta olmak üzere sahibi olduğu diğer şirketlerle paylaşacağını, bu nedenle uygulamanın güncellemesine whatsapp veri sözleşmesi olarak bilinen sözleşmeyi kül halinde kullanıcılar tarafından onaylanmasının gerektiğini aksi halde ilgili şirket uygulamanın kullanıcılar tarafından kullanılamayacağını duyurdu.[3] Esasen whatsapp, bir kişi tarafından bir cihaza indirilmiş ve kullanılmaya başlanmış ise bahse konu güncelleme onayı öncesinde verileri zaten saklayabiliyorken bu güncelleme onayı ile verileri saklamanın bir adım ötesine geçerek verileri paylaşma yani veri aktarımı yapabilme yetkisine sahip olacaktır. Başka bir anlatımla, ilgili kişilerden almış olduğu onay – hukuki tabiri ile rıza- ile verileri saklamak ile yetinmeyerek kendi kuruluşları arasında paylaşıp onları analiz etme ve belli başlı sonuçlar çıkarabilme hatta kullanıcıların rutinlerini ve kişisel tercihlerini ortaya koyacak şekilde profilleme\profil çıkarma[4] imkânına sahip olacaktır.

04.01.2021 tarihinde yayımlanmış ve kullanıcıların onayına sunmuş olduğu veri sözleşmesi maddelerine baktığımızda[5]; sözleşme

---

1 https://tureng.com/tr/turkce-ingilizce/what%20is%20up, E.T. 17.01.2021

2 https://www.whatsapp.com/about/, “180'den fazla ülkede 2 milyardan fazla kişi arkadaşları ve ailesiyle, her zaman ve her yerde haberleşmek için WhatsApp kullanıyor. WhatsApp ücretsizdir ve dünyanın her yerindeki telefonlarda kullanılabilen kolay, güvenli, güvenilir bir mesajlaşma ve arama hizmeti sunar.” E.T. 17.01.2021.

3 https://www.sabah.com.tr/ekonomi/2021/01/15/son-dakika-whatsapp-sozlesmesi-sonrasi-o-islemler-tehlikede-uzman-isim-buyuk-riske-dikkat-cekti, E.T. 15.01.2021.

4 https://www.kisiselverilerinkorunmasi.org/wp-content/uploads/2017/09/GDPR T%C3%BCrk%C3%A7e-%C3%87eviri-AB-Bakanl%C4%B1%C4%9F%C4%B1.pdf GDPR m.4’te profil çıkarma kavramı: "*bir gerçek kişinin işteki performansı, ekonomik durumu, sağlığı, kişisel tercihleri, ilgi alanları, güvenilirliği, davranışları, konumu veya hareketlerine ilişkin hususların analiz edilmesi veya tahmin edilmesi başta olmak üzere söz konusu gerçek kişiye ilişkin belirli kişisel özelliklerin değerlendirilmesi için kişisel verilerin kullanımını ihtiva eden her türlü otomatik kişisel veri işleme biçimi*” şeklinde ifade edilmiştir. E.T.20.01.2021

5 https://www.ntv.com.tr/teknoloji/whatsapp-gizlilik-sozlesmesi-nedir-whatsapp-gizlilik-sozlesmesi-hangi-maddeleri-iceriyor,nTF6eUVSxEaiSuZqaI7ZwQ. E.T. 15.01.2021. *“Altyapının ve dağıtım sistemlerinin iyileştirilmesine yardımcı olmak, Hizmetlerimizin veya onların hizmetlerinin nasıl kullanıldığını anlamak; Facebook Şirketi Ürünleri genelinde emniyeti, güvenliği ve bütünlüğü artırmak; örneğin sistemleri güvence altına almak ve spam, tehditler, kötüye kullanım veya ihlal faaliyetleriyle mücadele etmek ;Onların hizmetlerini ve sizin bunları kullanma deneyiminizi iyileştirmek, örneğin sizin için önerilerde bulunmak (ör. arkadaşlar, grup bağlantıları veya ilginç içeriklerle ilgili öneriler), özellikleri ve içeriği*

İngilizce metin üzerinden Türkçe'ye çevrildiğinden ilk bakışta okuma yapanlar için pek bir şey ifade etmiyor gibi görünse dahi sözleşme içeriği dikkatle incelendiğinde, uygulama kullanıcılarının; hesap bilgileri, mesajlar (görsel, video ve ses kayıtları dahil) bağlantılar, durum bilgisi, işlem ve ödeme verileri, müşteri desteği ve diğer iletişimler, kullanım ve kayıt bilgileri, cihaz ve bağlantı bilgileri, konum bilgileri, çerezler, başkalarının sizin hakkınızda sağladığı bilgiler, kullanıcı şikayetleri, Whatsapp'taki işletmeler, üçüncü taraf hizmet sağlayıcıları, üçüncü taraf hizmetleri, toplanan verilerin nasıl kullanıldığı, yan hizmetler, emniyet, güvenlik ve bütünlük, Facebook şirketleri hakkındaki iletişimler, kurumsal etkileşimler, batarya seviyesi, profil fotoğrafı yer almaktadır. Bu verilerin kâhir ekseriyetinin kişisel veri[6] olduğu görülmektedir. Ayrıca metin Türkçe çevirisi itibarıyla ilk okunuşta anlaşılamayabilecek–muğlak ifadeler barındıran- bir metin olarak göze çarpmaktadır.

Başka bir anlatımla veri hukuku anlamında konuya baktığımızda WhatsApp Inc. adlı tüzel kişiliği haiz şirketin, kendi adını taşıyan iletişim uygulamasını kullanmak isteyen kişilere sunduğu hizmetin bir ön şartı olarak kullanıcılarının verilerinin işlenmesi ve bunların yurt dışında merkezleri bulunan diğer tüzel kişiliklere haiz –başta facebook olmak üzere- yabancı menşeili şirketlere aktarmasını amaçlar şekilde uygulamayı güncellediği anlaşılmaktadır. Whatsapp Inc. olumlu irade beyanı belirterek bu güncellemeyi kabul etmeyenlerin ise artık uygulamayı kullanmayacaklarını kendi uygulaması üzerinden kullanıcılarına duyurmuştur. Bu duyuruya ekli olarak kullanıcılara gönderilen bilgilendirme yazısında ise Whatsapp Inc.'in diğer şirketler ile paylaşacağı veriler için açık olmayan ifadeler ile -"*taraflara teknik destek, teslimat ve diğer hizmetleri sağlamak, araştırma yapmak, pazarlama ve anket vb-"* gibi amaç bakımından belli olmayan bir şekilde verileri aktaracağını belirtmektedir.

---

kişiselleştirmek, satın alımları ve işlemleri tamamlamanıza yardımcı olmak ve Facebook Şirketi Ürünleri genelinde ilgili teklifler ve reklamlar göstermek; WhatsApp deneyimlerinizi diğer Facebook Şirketi Ürünleri ile birleştirmenizi sağlayan entegrasyonlar sağlamak. Örneğin, WhatsApp'ta satın aldıklarınız için ödeme yapmak üzere Facebook Pay hesabınızı bağlamanıza imkan vermek veya WhatsApp hesabınızı bağlayarak arkadaşlarınızla Portal gibi diğer Facebook Şirketi Ürünleri üzerinden sohbet etmenize olanak sağlamak."

6 Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun 3. m.'sinde uluslararası belgelerdeki kişisel veri tanımının tekrar edildiği görülmektedir. Buna göre kişisel veri, "*kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi*" olarak tanımlanmıştır. Elektronik Haberleşme Sektöründe Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Gizliliğinin Korunması Hakkında Yönetmelik'in 3. Maddesindeki ayrıksı durum için; Bkz ilgili yönetmelik.

II. TÜRK HUKUKUNDA SÖZLEŞME SERBESTİSİ

Anayasamızın temel hakları düzenleyen bölümünde[7] **"sözleşme serbestliği"** ilkesi ile birlikte çalışma ve ticari girişim özgürlüğünün bulunduğunu görmekteyiz. Bu özgürlüğün Türk medeni yaşamında borçlar hukukunu düzenleyen TBK'daki (Türk Borçlar Kanunu) yansıması ise **"sözleşme özgürlüğü"** olarak literatüre geçmiştir. Bu vesileyle bireyler –ister gerçek ister tüzel kişi olsun- hukuki sınırlar içerisinde istedikleri alanda sözleşme yapabilme özgürlüğüne sahiptirler.[8] Dolayısıyla sözleşme kuracak olan taraflar sözleşmenin karşı tarafını ve sözleşmenin içerdiği edimleri seçme özgürlüğüne sahiptirler.[9]

Başka bir deyişle taraflardan her biri daha önceden anlaşmaya varılmış olması hâli dâhil sözleşmenin içerdiği edimleri değiştirme, değişimini teklif etme özgürlüğüne sahiptir. Tabi ki bu hususların irade ve sözleşme özgürlüğü temel prensiplerine eşlik edecek şekilde tarafların özgür iradesine ve anlaşmalarına bağlı olduğunda kuşku bulunmamaktadır.[10]

Sözleşmenin hukuki olarak ne anlam ifade ettiğine bakacak olursak TBK'nın 1'inci maddesindeki düzenlemede *"Sözleşme, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulur"* şeklindedir.[11] Sözleşme kelimesi geniş anlamı ile en az iki kişinin -bu kişiler gerçek veya tüzel kişi olabilir- karşılıklı olarak birbirleri uygun irade göstererek bir iş için sözleşmeleri olarak tanımlanabilir.[12]

Gerek anayasal ilkeler gerekse özel hukukta bilhassa TBK'daki genel hükümler göz önüne alındığında Türk hukukunda sözleşme özgürlüğünün sözleşmenin karşı tarafını seçme ve içeriğini belirleme özgürlüğünün yanı sıra önceden belirlenen sözleşme içeriği değiştirme özgürlüğünü kapsadığı ve bu kuralın istisnalarının pek az olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.[13]

---

7 Anayasanın 12., 13., 17., 19., 35. ve 48. Maddeleri.

8 Eren, Fikret, Borçlar Hukuku: Özel Hükümler, Ankara, 2014, s. 20.

9 Ercoşkun Şenol, Kübra, "Sözleşmenin İçeriğini Belirleme Özgürlüğü ve Bunun Genel Sınırı: TBK m. 27" İÜHFM C. LXXIV, S. 2, 2016, s. 717-718., "*hiç kimse istemediği bir kişi ile sözleşme yapmak zorunda değildir ve kişi, sözleşme yapmak istediği kişiyi serbestçe tayin etme hakkına sahiptir. Bu husus TBK'da açıkça düzenlemiş olmasa da, sözleşmenin karşı tarafını seçme özgürlüğü olmaksızın sözleşme özgürlüğünden bahsetmek mümkün değildir."*

10 Kılıçoğlu, Ahmet, *"Borçlar Hukuku Genel Hükümler"*, 17. baskı, Ankara, 2013, s. 79.

11 http://auzefkitap.istanbul.edu.tr/kitap/kamuy%C3%B6netimi_ue/borclarhuk.pdf, Borçlar Hukuku Ders Notları, E.T. 20.01.2021

12 https://kelimeler.gen.tr/sozlesme-nedir-ne-demek 281206#:~:text=a.%201.,S%C3%B6zle%C5%9Fmek%20i%C5%9Fi.&text=Hukuki%20sonu%C3%A7%20do%C4%9Furmak%20amac%C4%B1yla%20iki,toplum%20s%C3%B6zle%C5%9Fmesidir.%E2%80%9D%20%2DN.,E.T: 20.01.2021

13 Ayrıntılı bilgi için Bkz. Ercoşkun Şenol, agm., s.713. *"Kanundan doğan sözleşme yapma zorunluluğu bir kamu hukuku hükmünden doğabilir. Örneğin, kamu hukuku kuralları uyarınca*

Öte yandan, genel sözleşme hükümlerinden ayrılarak doktrinde kişisel veri işleme sözleşmesi olarak adlandırılan bir sözleşme türü de bulunmaktadır.[14] Kişisel veri işleme sözleşmesi ile veri işleyen, veri sorumlusunun iradesine uygun olacak şekilde ilgili kişinin verilerini işleme edimini taahhüt eder.[15] Burada bu sözleşme türü ile anlatılmak istenen veri sorumlusu ile veri işleyen arasında yapılan sözleşme çeşididir. Diğer bir anlatımla; verisi işlenen gerçek kişinin, kanuni terimi ile ilgili kişinin, tarafı olmadığı tamamen veri işlemeye yönelik yapılan bir sözleşmeden bahsedilmektedir. Whatsapp uygulamasının kullanıcılarına göndermiş olduğu ve veri sözleşmesi olarak zikredilen husus ise esasen özü itibarıyla opt-in\out[16] yöntemi ile ilgili kişinin rızasını almaktan ibarettir. Yani adı geçen uygulama kendi kullanım şartlarını tek taraflı değiştirerek kullanıcılarına –ilgili kişilere- bu sözleşmeyi kabul etme yönünde bir irade beyanında bulunmaları amacıyla güncellemeyi–sözleşmeyi- göndermiştir. Dolayısıyla veri koruma hukuku bağlamında burada ilgili kişi ile yapılan bir veri sözleşmesinden ziyade ilgili kişinin kişisel verilerini işleme hususunda alınan bir genel irade beyanı ve açık rızadan söz edilmelidir.

Sözleşme serbestliği genel prensip olsa da bu prensibin istisnaları bulunmaktadır. Bu bağlamda Anayasa madde 48 uyarınca bir temel hak olarak herkese dilediği alanda sözleşme yapabilme özgürlüğü tanınmıştır. TBK'nın 26'ıncı maddesivd. ise tarafların sözleşme içeriğini istediği gibi belirleme hakkına sahip olmakla beraber bu hakkın kanun ile sınırlanabileceği belirtilmiştir. Bu bağlamda TBK'nın 27'inci maddesnde , taraflarca belirlenen sözleşmedeki hükümler; kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı ise veya konusu imkânsız ise kesin olarak hükümsüzdür. Bununla beraber sözleşmenin hükümlerinden bir kısmının hükümsüz olması,

---

kamu hizmeti gören kamu kurum ve kuruluşlarıyla, imtiyazlı olarak bu hizmetleri yürüten işletmeler, şartlara uygun şekilde öneride bulunan herkesle sözleşme yapmak zorundadırlar14. Yine Devlet İhale Kanunu (DİK) ve Kamu İhale Kanunu (KİK) uyarınca ihale yapılan hallerde de, istisnalar haricinde, ihaleyi yapan idare ile ihaleyi kazanan kişi arasında ihale dokümanında belirlenmiş içerikte bir sözleşme yapma zorunluluğu doğar. Özel hukuktan kaynaklanan sözleşme yapma zorunluluğu halleri ise oldukça azdır. Mirasın (Türk Medeni Kanunu -TMK- m. 642)15 veya paylı mülkiyetin paylaşılması (TMK m. 698)16, komşular için getirilmiş zorunlu geçit ve kaynak hakkı tanıma yükümlülüğü (TMK m. 747, 761)17 bu hususta örnek olarak gösterilebilir. En çarpıcı örnek ise, tüketicinin talebi üzerine satıcı veya sağlayıcıyı18 sözleşme yapmak zorunda bırakan Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un (TKHK) 6. maddesinde düzenlenmiştir."

14 Ayrıntılı Bilgi çin Bkz., Taştan, Furkan Güven, *"Türk Sözleşme Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması"*, 2. Baskı, *age.,* s.117-150.

15 Taştan, age., s.119.

16 Bkz. Makale Opt in rıza başlığı.

diğer hükümlerin geçerlilik durumunu olumsuz yönde etkilemeyecektir.[17]

III. İLGİLİ TERMİNOLOJİ (KİŞİSEL VERİ \ VERİ İŞLEME \ İLGİLİ KİŞİ KAVRAMLARI)[18]

Giriş kısmında belirttiğimiz gibi Türk hukukunda kişisel verilerin korunması hukukunun oluşmasında şüphesiz AK (Avrupa Konseyi) ve AB (Avrupa Birliği) hukukunun reddedilemez bir katkısı vardır. Özellikle ulusal düzeyde kodifikasyon ve terim oluşturma çalışmalarında AB yönerge ve tüzüklerinden istifade edildiği belirtilmelidir. Bu bağlamda hatta mukayese edildiğinde, 6698 sayılı Kanununun 95/46/EC sayılı AB yönergesinden büyük oranda esinlendiğini ama GDPR'den de izler taşıdığını söylemek yanlış olmayacaktır.[19]

Türkiye'de kişisel verilerin korunması hakkına yönelik mevzuat çalışmalarına kronolojik sıra ile değinecek olursak; AK üyesi olan ülkemiz açısından 1981 tarihli 108 sayılı AK Sözleşmesi ile esasen kişisel verilerin korunması hukukunun temel anlamda oluşmaya başladığı görülmektedir. Anayasal anlamda ise ilk olarak 2010 yılında Anayasanın 20'inci maddesine eklenen üçüncü fıkranın ardından kanun düzeyinde 2016 yılında 6698 sayılı Kanun yürürlüğe konularak kişisel verilerin korunması hukukunun mevzuat alt yapısı oluşturulmuştur.

6698 sayılı Kanunun 2'inci maddesinde kanunun kapsamı diğer bir deyişle uygulama alanı açık bir şekilde ifade edilmiştir. Adı geçen Kanunda tamamen veya kısmen otomatik olan ya da her hangi bir veri kayıt sisteminin parçası olmak kaydıyla otomatik olmayan yollarla veri

---

17 Bunlara ilaveten TBK. madde 28 anlamında aşırı yararlanma (gabin) hususu tartışılabilir. Şöyle ki, Whatsapp Inc. bu sözleşme içeriğinin yenilenmesi sayesinde, kullanıcıların –ilgili kişiler- neredeyse tüm verilerini elde etmesi ve bunları paylaşma yetkisini kendisine alması Whatsapp Inc.'e büyük avantaj sağlayacaktır. Sözleşmenin yenilenmesinin akabinde ise kullanıcılar sadece iletişimlerine devam edebilecektir. Elde edilen kazanımlar değerlendirldiğinde arada büyük bir uçurumun varlığı görülmektedir. Ama bu husus daha ziyade özel hukuk alanına girdiğinden çalışmamızın dışında kalmaktadır

18 Ayrıntılı bilgi için Küzeci Elif, *"Kişisel Verilerin Korunması"*, 4.Baskı, Oniki Levha, 2020, s.100 vd.; Taştan, Furkan Güven, *age.*, s.50-117.; Şimşek, Oğuz, *"Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması"*, 2008, Beta yayınları s. 4 vd. ; Ayözger, Ayşe Çiğdem, *"Elektronik Haberleşme Sektöründe Kişisel Verilerin Korunması"*, Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2016. s. 14 vd.; Council of Europe, "Handbook on European Data Protection Law", European Union Agency for Fundamental Rights, 2014, s. 43 vd.; Başalp, Nilgün, *"Kişisel Verilerin Korunması ve Saklanması"*, Ankara 2004, Yetkin Yayınevi, s. 33., Duman, Berat, *"Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması"*, 2020, Doktora Tezi, s.47vd.

19 Ayrıntılı bilgi için Bkz., Çekin Mesut Serdar, *"Kişisel Verilerin Korunması Hukuku, AB hukuku ile Mukayeseli Olarak 6698 sayılı Kanun Çerçevesinde"*, 3. Baskı, Onikilevha, 2020, s. 10 vd. ; Başalp, Nilgün *"Avrupa Birliği Veri Koruması Genel Regülasyonu'nun Temel Yenilikleri"* MÜHF, Cilt: 21, Sayı: 1, s. 92 vd.

işleyen gerçek veya tüzel kişiler hakkında bu Kanunun uygulanacağı belirtilmiştir. Bu tanımdan sonra ise verisi işlenen ilgili kişi, veri işleyen ve veri işleme eylemleri nedeniyle doğabilecek olan hukuki uyuşmazlıklarda sorumluluk yüklenen veri sorumlusu gibi terimler ortaya konularak mezkûr Kanunda tanımlanmıştır.

Bu bağlamda whatsapp uygulamasının verileri otomatik yollarla işleyen internet alt yapısını kullanan bir uygulama olduğu hususunda şüphe yoktur.

A. KİŞİSEL VERİ

Veri kelimesinin, bir kimseye veya nesneye yönelik ham bilgiyi ifade ettiğini söyleyebiliriz. Veri sözcüğü köken itibarı ile Latinceden dilimize geçerek verilen bir şey anlamında kullanılagelmektedir.[20] Yine sözlük anlamına baktığımızda veri kelimesinin, bilgi veya data ile eş anlamlı olacak şekilde kullanıldığı görülmektedir.[21] İşte bu bilgi veya data herhangi bir kişi ile ilişkilendirilebiliyorsa kişisel veri halini almaktadır. Burada verinin niteliğinin çok önemi bulunmamaktadır. Yazı, resim, harf, rakam veya bunlardan oluşan herhangi bir kayıt-belge vs. olabilir. Bu bağlamda örneklemek gerekirse kimlik numarası ne kadar veri ise bir kişi ile özdeşleşmiş olan araç plakası hatta herhangi bir aksesuar –yüzük gibi- kişisel veri sayılabilir.[22]

Kanuni tanıma baktığımızda 6698 ssayılı Kanunun 3.'üncü maddesinde "*kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi*" olarak tanımlanmıştır.[23] Bu tanımdan yola çıkılarak, kişisel veri kavramının esasen üç temel unsurdan teşekkül ettiği ileri sürülmektedir. Bu çerçevede, kişisel verinin unsurlarını *"bilgi"*, "*kimliği belirli veya belirlenebilir bir kişi*" ve bu *"bilginin kişiye ilişkin olması*" olarak sıralamak mümkündür. Diğer taraftan 6698 sayılı Kanun bazı verilerin daha hassas olduğu kabulünden hareketle özel nitelikli veri sayarak bunları özel koruma altına almıştır. KVKK'nın 6'ncı maddesinde *"kişilerin ırkı", "etnik kökeni", "siyasi düşüncesi", "felsefi inancı", "dini, mezhebi veya diğer inançları", "kılık ve kıyafeti", "dernek, vakıf ya da sendika üyeliği", "sağlığı", "cinsel hayatı",*

---

20 Van Belle, Gerald /Ruiter, Leslie, *"Data and Law: Beyond the Sweat of the Brow: Who Owns Published Data? And What Is Data?"*, April, 2014, Journal of Significance, S.11, s. 28.

21 https://sozluk.gov.tr/, *isim* Bilgi, data, E.T. 22.01.2021.

22 Oğuz, Habip, *"Elektornik Ortamda Kişisel Veriilerin Korunması Bazı Ülke Uygulamaları ve Ülkemizdeki Durum"* Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, 2013, İngiliz Temyiz Mahkemesince "kişisel veri", "*belirli veya kimliği belirlenebilir gerçek ve tüzel kişilere ilişkin bütün bilgileri" "bireylerin kişisel ya da aile yaşantıları, iş veya meslekî kapasiteleri yönünden özel hayatını etkileyen bilgi"* olarak tanımlanmıştır.

23 Burada ilgili kişinin kanun metininin lafzından ve yorumundan "gerçek kişi" olduğunda şüphe yoktur. Ancak kanundan kapsam itibarıyla ayrışan düzenleme olarak Elektronik Haberleşme Sektöründe Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Gizliliğinin Korunması Hakkında Yönetmelik 3. Maddesi ile tüzel kişiler de koruma kapsamına alınmıştır.

"ceza mahkumiyeti ve güvenlik tedbirleri", "biyometrik ve genetik" verileri özel veri olarak belirtmiştir.

AB hukukununa baktığımızda, AB'nin 95/46/AT sayılı Yönergesinin 2/a m.'sinde kişisel veri: *"Bir gerçek kişinin belirli veya belirlenebilir olması, şifre numarasına göre ya da psişik, psikolojik, fiziksel, ekonomik, kültürel veya sosyal benliği ifade eden bir veya birden fazla unsura, aidiyeti aracılığıyla doğrudan veya dolaylı olarak teşhis edilebilmesi anlamına gelmektedir"* şeklinde tanımlanmışken bu yönergenin yerini alan GDPR'de kişisel verilerin tanımı yapılmamıştır.[24]

B. KİŞİSEL VERİLERİN İŞLENMESİ

KVKK'nın 3'üncü maddesinde kişisel verilerin işlenmesi ile *-kişisel verilerin tamamen veya kısmen otomatik olan ya da herhangi bir veri kayıt sisteminin parçası olmak kaydıyla-* şu faaliyetleri ifade edilmektedir; "otomatik olmayan yollarla elde edilmesi, kaydedilmesi, depolanması, muhafaza edilmesi, değiştirilmesi, yeniden düzenlenmesi, açıklanması, aktarılması, devralınması, elde edilebilir hâle getirilmesi, sınıflandırılması ya da kullanılmasının engellenmesi gibi veriler üzerinde gerçekleştirilen her türlü işlemin kastedildiği anlaşılmaktadır.

AB hukukuna baktığımızda ise, veri işleme deyiminden kastedilenin GDPR'nin 4'üncümaddesi uyarınca "*toplama, kaydetme, düzenleme, yapılandırma, depolama, uyarlama veya değiştirme, erişme, başvurma, kullanma, yaymak, yayınlamak veya diğer şekillerde ulaşılır hale getirmek suretiyle açıklama, sıralama veya birleştirme, kısıtlama, silme veya imha etme gibi eylemler"* olarak ifade edildiği[25] görülmektedir.

Başka bir deyişle, kişisel verilerin elde edilmesi, saklanması, kopyalanması veya aktarılmasıyla ilgili herhangi bir aşamada gerçekleştirilebilecek herhangi bir iş/eylem olarak kabaca işlenme hususu tanımlanabilir.[26]

Öte yandan veri işleme eylemi alelade bir eylem olmamasından ötürü hukuki öngürülebilirliğin sağlanması ve verilerin kötüye kullanımının önlenmesi amaçları ile belli başlı hukuki prensiplere bağlanmıştır. Türk hukukunda 6698 sayılı Kanunun 4'üncü maddesinde veri işlemeye hakim olan ilkelerin sarih bir şekilde belirtildiğini görmekteyiz. Anılan madde uyarınca *"kişisel verilerin,* ***hukuka ve dürüstlük kurallarına*** *uygun,* ***belirli, açık ve meşru amaçlarla*** *ve* ***işlenme amacı ile bağlı****, sınırlı ve ölçülü olma ilkelerine uygun olarak işlenmesi,* ***hangi kişisel verilerin işleneceği veya hangi amaçlarla kimlere aktarılacağı***

---

[24] Duman, Berat, age., s. 50-51.

[25] GDPR.m.4,bkz.https://www.kisiselverilerinkorunmasi.org/wp-content/uploads/2017/09/GDPRT% C3%BCrk%C3%A7e-%C3%87eviri-AB-Bakanl%C4%B1%C4%9F%C4%B1.pdf, Erişim Tarihi, 09.03.2021.

[26] Peter, Carey, *"Privacy and Data Protection"*, 2009, Volume 10, Issue 1, November, Articles/Data Protection: Backto Basics, s. 2

hususlarında gerekli bilgilendirmenin yapılmış olması" ilkeleri etrafında işleme faaliyetinin yapılması gerekmektedir. Bu ilkelerin kamu düzenine dair olduğu ve 6698 sayılı Kanunun emredici hükümlerinden olduğu gözden kaçırılmamalıdır.

Kişisel verilerin işlenmesi hususuna baktığımızda; whatsapp uygulamasının güncelleme ile yapmak istediği veri işleme faaliyetleri; -yukarda da belirtiğimiz üzere- hesabı olan kullanıcılara ait olan, hesap bilgileri, mesajlar (görsel, video ve ses kayıtları dahil) bağlantılar, durum bilgisi, işlem ve ödeme verileri, müşteri desteği ve diğer iletişimler, kullanım ve kayıt bilgileri, cihaz ve bağlantı bilgileri, konum bilgileri, çerezler, başkalarının sizin hakkınızda sağladığı bilgiler, kullanıcı şikayetleri, Whatsapp'taki işletmeler, üçüncü taraf hizmet sağlayıcıları, üçüncü taraf hizmetleri, toplanan verilerin nasıl kullanıldığı, yan hizmetler, emniyet, güvenlik ve bütünlük, Facebook şirketleri hakkındaki iletişimler, kurumsal etkileşimler, batarya seviyesi, profil fotoğrafı gibi oldukça geniş ve birtakım muğlak ifadeler içeren veri işleme faaliyetleri olduğunda şüphe yoktur.

İlk bakışta, Whatsapp Inc' in yaptığı veri işleme faaliyetinde kişisel verilerin işlenmesinde hâkim olan ilkelere muhalefet ettiği dikkat çekmektedir. Şöyle ki, 6698 sayılı Kanunun 4'üncümaddesinde belirtilen kişisel verilerin; **hukuka ve dürüstlük kurallarına uygun**, **belirli**, açık ve meşru amaçlarla ve **işlenme amacı ile bağlı, sınırlı ve ölçülü olma** ilkelerine uygun olarak işlenmesi, hangi kişisel verilerin işleneceği veya hangi amaçlarla **kimlere aktarılacağı hususlarında** gerekli bilgilendirmenin yapılmış olması ve her bir işleme/aktarma faaliyetine yönelik seçenek sunulmak suretiyle aktarma ve işleme konularında birbirinden ayrı açık rıza alınması gerekmektedir. Bu bakımdan özellikle şirketin tek taraflı yapmış olduğu sözleşme içeriği değişikliği ile kolayca anlaşılamayan birtakım muğlak ifadeler ile -"*taraflara teknik destek, teslimat ve diğer hizmetleri sağlamak, araştırma yapmak, pazarlama ve anket vb-"* amaç bakımından belli olmayan bir şekilde verileri aktaracağını, kendilerine gönderilen metni kabul etmeyenlere ise hizmet sunmayacağını beyan etmesi hukuka ve dürüstük kurallarına uyguna olarak veri işleme ve veri işleme amacı ile bağlı olma ilkesine aykırıdır.[27]

Bu bağlamda, whatsapp güncellemesi Whatsapp Inc. tarafından sunulan hizmetin açık rıza şartına bağlanması anlamını da beraberinde

[27] https://kvkk.gov.tr/Icerik/6856/WHATSAPP-UYGULAMASI-HAKKINDA-KAMUOYU-DUYURUSU, E.T.27.03.2021, *"Söz konusu bilgilendirme metninde yönlendirme yapılan Gizlilik Politikasında ise, hangi verilerin hangi amaçlarla işleneceği ifade edilmekle birlikte, işlenen kişisel verilerin WhatsApp Inc. tarafından yurtdışında yerleşik bulunan hizmet aldığı ve hizmet verdiği Facebook grup şirketleri, tedarikçileri, iş ortakları, hizmet sağlayıcıları ve diğer üçüncü taraf veri sorumluları gibi net olarak belirli olmayan taraflara teknik destek, teslimat ve diğer hizmetleri sağlamak, araştırma yapmak, pazarlama ve anket vb. gibi yine belirli olmayan amaçlarla aktarılacağının ifade edilmekte olduğu görülmektedir."*

getirmektedir. Verilerinin ilgili kişilere sunulan yeni metne göre işlenmesini kabul etmeyen kullanıcıların söz konusu hizmetten yararlanmaya devam edemeyecekleri açık bir şekilde belirtilmiştir. Buna benzer bir durumda Kurum, veri sorumlusunca sunulan hizmetin açık rıza şartına bağlı olarak gerçekleştirilmesinin Kanunun 4'üncü maddesinde yer alan ***hukuka ve dürüstlük kurallarına uygun olma*** ve ***işlenme amacı ile bağlı, sınırlı ve ölçülü*** olma ilkelerine aykırılık teşkil etmesi nedeniyle, Kanunun 12'nci maddesinin birinci fıkrası çerçevesinde veri güvenliğini sağlamaya yönelik gerekli teknik ve idari tedbirleri alma yükümlülüğünün veri sorumlusunca yerine getirilmemesinden bahisle veri sorumlusu hakkında idari yaptırım uygulanmasına karar vermiştir.[28]

Burada özellikle hukuka ve dürüstlük kuralına uygun bir şekilde very işleme ilkesi diğer ilkelerin kaynağını teşkil etmesi ve yorum yolu ile diğer ilkeleri de barındırması sebebiyle asıl ilke olarak değerlendirilmelidir.[29]

C. İLGİLİ KİŞİ

KVKK''nın 3'üncü maddesinin birinci fıkrasının (ç) bendinde ilgili kişi kavramı *"kişisel verisi işlenen gerçek kişiyi ifade eder"* şeklinde tanımlanmıştır.

AB hukukuna baktığımızda **ilgili kişi** deyiminden ise GDPR'nin 4'üncü maddesinin birinci fıkrasında veri sahibi şeklinde bir tanım yapılarak veri sahibinin "*tanımlanmış bir gerçek kişi, özellikle bir isim, kimlik numarası, konum verileri, çevrim içi tanımlayıcı ya da söz konusu gerçek kişinin fiziksel, fizyolojik, genetik, ruhsal, ekonomik, kültürel veya toplumsal kimliğine özgü bir ya da daha fazla sayıda faktöre atıfta bulunularak doğrudan veya dolaylı olarak tanımlanabilen bir kişi"* olarak söz edildiği görülmektedir. Öte yandan GDPR'de, kişisel veriler yerine, veri sahibinin tanımı belirlenir ve kişisel veriler, veri sahibinin tanımına atıfta bulunarak kısaca belirtilir.[30]

Buradan hareketle kişisel verilerin korunması hukukunda Türk hukuku ile AB hukuku mukayese edildiğinde; kişisel veri, ilgili kişi, veri işleme gibi kavramların hemen hemen aynı tanımlamalara sahip

---

[28] Söz konusu husus KVKKr'nın ilgili kararında da Kanunun 4'üncü maddesi gereğince hukuka aykırı bir veri işleme olarak nitelendirilmiştir.

https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/5412/Acik-Rizanin-Hizmet-Sartina-Baglanmasi, Erişim tarihi, 21.03.2021.

[29] Küzeci, a.g.e., s. 195 vd.

[30] GDPR. m.12, veri sahibi olarak da çeviriler mevcuttur. Ayrıca bkz.

https://www.kisiselverilerinkorunmasi.org/wp-content/uploads/2017/09/GDPRT%C3%BCrk%C3%A7e-%C3%87eviri-AB-Bakanl%C4%B1%C4%9F%C4%B1.pdf, Erişim Tarihi, 09.03.2021.

olduklarında bir şüphe bulunmamaktadır. Dolayısıyla gerek Türk hukukunda gerekse AB hukukunda kişisel verilerin korunmasına müteallik işlemlere temel teşkil eden terminoloji ve veri işleme ilkelerinin birbirlerine eş değer olduğu dolayısıyla ilgili kişilere eşit düzeyde bir koruma sağladığı söylenebilir.

IV. VERİ İŞLEME ŞARTI "RIZA"

Sözlük anlamı ile rıza kelimesi "razı olma, isteme" demektir.[31] Başka bir deyişle, bir şeyin gerçekleşmesi için izin verilmesi veya bir şeyin yapılması için uzlaşılması anlamına gelmektedir.[32] Yani, rıza, ilgili kişinin –kişisel veri koruma hukuku bakımından veri sahibinin- kişisel verisi üzerinde yapılacak olan veri işleme faaliyetine yönelik olarak özel ve her yönü ile bilgilendirilmiş durumuna işaret etmektedir.

Kişinin, verilerinin yetkili kamu ve özel hukuk organları tarafından işlenebilmesi için rıza, neredeyse tüm hukuk sistemlerinde aranmıştır. Buradaki amaç ise, bireyi korumanın yanında kişisel verilerinin geleceğini belirleme hakkının uygulamasını sağlamaktır. Bu anlayışın temelinde Alman AYM'sinin vermiş olduğu meşhur ve kişisel verileri koruma hukukunda büyük etkisi olan "Nüfus Sayımı Kararı" yatmaktadır. Bahsi geçen karara göre, kişilerin, kişisel verileri üzerinde haklarının bulunduğu belirtilerek kişilerin kendi verileri üzerinde tasarrufta bulunma ve akıbetini tayin etme hakkı olduğu vurgulanmıştır.[33] Dolayısıyla ilgili kişiler vermiş oldukları rızayla hangi verilerinin ne için işlendiğini ne kadar süre ile nasıl saklanacağını ve kimlerle paylaşılacağını bilme hakkına sahiptirler.

KVKK, genel kural olarak ilgilinin açık rızası bulunmaksızın genel ve özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesini ve aktarılmasını yasaklamıştır. Bununla beraber; sağlıkla[34] (cinsel hayat dahil)[35] ilgili

---

31 https://sozluk.gov.tr/, Erişim tarihi, 20.03.2021.

32 https://en.oxforddictionaries.com/definition/consent, Erişim tarihi, 20.03.2021

33 Küzeci, age., s. 75 vd.; Duman, age., s.175.

34 "*Sağlık verilerinin işlenmesine ilişkin bir diğer çelişki ise, İş Sağlığı ve Güvenliği Hizmetleri Yönetmeliği 98.maddesi gereğince işverene getirilen işyerinde gerçekleştirilen iş sağlığı ve güvenliği faaliyetleri konusunda tutulan bütün kayıtlar ve işten ayrılma tarihinden itibaren en az 15 yıl boyunca çalışanların kişisel sağlık dosyalarını saklama yükümlülüğüne ilişkindir. İlgili yönetmelik uyarınca, işverenin çalışanlarının sağlık verilerini 15 yıl süreyle saklama yükümlülüğü getirilmiştir. Ancak işveren bu yükümlülüğü yerine getirmesi halinde 6698 sayılı Kanun m. 6/3 hükmüne aykırı davranmış olacaktır. Zira sağlık verilerinin işlenmesi için kanunlarda açıkça öngörülme şartı getirilmemiştir. Bu nedenle 6698 sayılı Kanun uyarınca işveren, çalışanının sağlık verilerini saklayamayacaktır.*", Anı, a.g.e., s. 122.

35 " *...sağlık ve cinsel hayata ilişkin kişisel veriler ise ancak kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbî teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi, sağlık hizmetleri ile finansmanının planlanması ve yönetimi amacıyla, sır saklama yükümlülüğü altında bulunan kişiler veya yetkili kurum ve kuruluşlar tarafından ilgilinin açık rızası aranmaksızın işlenebilir*." KVKK m. 6/3.

zorunluluklar hariç olmak üzere; cari mevzuatta açıkça düzenlenen durumlarda özel nitelikli verilerin, ilgili kişinin açık rızası alınmadan dahi işlenebileceği istisnai olarak kabul edilmiştir.

Gerek AB hukuku gerekse iç hukukumuz bakımından GDPR[36] ve KVKK'ya[37] baktığımızda "ilgilinin rızası" olmaksızın veri işleme faaliyetlerinden herhangi biri yapılamayacaktır. Şöyle ki; AB hukuku kapsamında, meşru veri işlemenin temeli olarak düzenlenen rıza, Anayasamızın 20'inci maddesi ve KVKK'nın 3'üncü maddesinde "*açık rıza*" şeklinde düzenlenmiştir. İlgili kanun maddesine göre açık rıza, *"belirli bir konuya ilişkin, bilgilendirilmeye dayanan ve özgür iradeyle açıklanan rızayı"* ifade etmektedir.[38] Yani bireyler, kendilerine ilişkin verilerin işlenmesine, tamamen kendi istekleri doğrultusunda ya da karşı tarafın talebine onay vermek suretiyle rıza göstermelidir. Rızanın açık olmasının diğer önemli bir yönü de veri işleyen kişiye gerçekleştireceği fiil hakkında yol gösterici olmasıdır.[39] Açık rızanın bu bakımdan, rıza sahibinin "olumlu irade beyanı" nı içermesi bir zorunluluktur. Meri mevzuat değerlendirildiğinde rızanın alınmasında bu işlemin yazılı şekilde yapılması zorunlu değildir. Açık rızanın gerek internet gibi elektronik ortam yoluyla gerekse telefon görüşmesi gibi çağrı merkezi aracılığıyla da alınması mümkündür.[40]

GDPR'nin 8'inci maddesinde, rıza, *"Rıza, veri konusunun, kendisi ile ilgili kişisel verilerin işlenmesine ilişkin olarak, elektronik araçlar da dahil olmak üzere yazılı bir beyanat ya da sözlü ifade gibi, serbestçe verilmiş, spesifik, bilgili ve açık bir şekilde belirlenmesini sağlayan açık ve olumlu bir kararla verilmelidir.* ***Bu, bir internet sitesini ziyaret sırasında bir kutuyu işaretlemeyi, bilgi toplumu hizmetleri için teknik ayarları seçmeyi veya bu bağlamda, veri konusundaki kişinin kendi kişisel verilerinin önerilen şekilde işlenmesini kabul ettiğini açıkça belirten başka bir açıklama veya davranışı içerebilir****. Sessizlik, önceden işaretlenmiş kutular veya hareketsizlik bu nedenle onayı oluşturmamalıdır. Onay aynı amaç veya amaçlarla gerçekleştirilen tüm işlem faaliyetlerini kapsamalıdır. İşlemin birden fazla amacı olduğunda, hepsine onay verilmelidir. Eğer veri konusu kişinin onayı bir elektronik yola yapılan talebin ardından verilecekse, talep açık, özlü*

---

36 GDPR m. 6/1-a.

37 KVKK m. 5/1.

38 KVKK. Madde 3 gerekçesinden*: "Açık rıza, 95/46 EC sayılı Direktif dikkate alınarak tanımlanmaktadır. Buna göre, açık rıza ilgili kişinin kendisiyle ilgili veri işlenmesine, özgürce, konuyla ilgili yeterli bilgi sahibi olarak, tereddüde yer bırakmayacak açıklıkta ve sadece o işlemle sınırlı olarak verdiği onay beyanı şeklinde anlaşılmalıdır."*

39 https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/2037/Acik-Riza-Alirken-Dikkat-Edilecek-Hususlar, Erişim tarihi, 25.03.2021.

40 İspat yükü ise veri sorumlusundadır.Ayrıntılı bilgiiçin Bkz., Küzeci, age., s. 77 vd.

olmalı ve sağlanan hizmetin kullanılmasına gereksiz yere zarar vermemelidir."[41] şeklinde tanımlanmıştır.

Öte yandan Türk hukuku bakımından 1982 Anayasasının 20'inci maddesine baktığımızda *"kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir."* hükmü bulunmaktadır. Buradan da anlaşılacağı üzere Türk hukuk sisteminde kişisel verilerin işlenmesinde "*açık rıza*" usulünün benimsendiğini söyleyebiliriz.[42] Mefhumu muhalifinden hareketle yorum yapmak gerekirse üstü kapalı veya hareketsiz kalma ile verilen rıza (opt out rıza gibi) Türk hukuku bakımından kişisel verilerin işlenmesi için geçerli bir rıza olmayacaktır.

Bunlara ilaveten, Türk hukukunda, ilgili kişi öncelikle aydınlatılmalı yani konuya ilişkin bilgilendirilmeli ardından ise rızası alınmalıdır. İki eylemin aynı anda yapılması hususu cari mevzuat bakımından tartışmalı görülmektedir. Şöyle ki; Aydınlatma Tebliği[43] m. 5/1(f) hükmünde *"kişisel veri işleme faaliyetinin açık rıza şartına dayalı olarak gerçekleştirilmesi halinde, aydınlatma yükümlülüğü ve açık rızanın alınması işlemlerinin ayrı ayrı yerine getirilmesi gerekmektedir."* denilmektedir. Kanaatimizce; bu hüküm gereği ilgili kişinin, kişisel verilerinin işlenmesi için gereken rıza, ilgili kişinin aydınlatılmasının akabinde ikinci bir eylem ile yazılı, sesli, görüntülü, mail yoluyla veya herhangi bir şekilde ispat yükü veri sorumlusuna ait olacak şekilde, kişisel verilerinin işlenmesine özgür irade beyanı ile icazet verdiği bir hukuki işlem şeklinde tanımlanabilir.

Ezcümle, Türk hukukunda, ilgili kişinin verisinin işlenebilmesi için genel kural[44] olarak ilgili kişinin Anayasa, yasa ve ilgili yönetmelik ve

---

41 http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=en,Erişimtarihi, 25.03.2021

42 Yine TCK'nın 26. m.'si ile kişinin üzerinde mutlak tasarruf yetkisi olan haklarda rızasının varlığı durumunda işlenen eylem nedeniyle cezaya hükmolunamayacağı açıkça belirtilmiştir.

43 "*Bu Tebliğin amacı, 24/3/2016 tarihli ve 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanununun 10 uncu maddesi uyarınca veri sorumluları veya yetkilendirdiği kişilerce yerine getirilmesi gereken aydınlatma yükümlülüğü kapsamında uyulacak usul ve esasları belirlemektir*.", 10.03.2018 tarihli ve 30356 sayılı Resmî Gazete.

44 Tüm hukuk sistemlerinde rıza şartı kabul görmüş ise de ilgilinin rızasının aranmadığı istisna haller, aynı şekilde, her hukuk sisteminde mevcuttur. İç hukukumuz bakımından, rızanın aranmayacağı haller KVKK m. 5 gereğince şu şekilde sayılmıştır:

- Kanunlarda açık bir şekilde öngörülmesi,
- Fiili imkânsızlık sebebiyle rızasını açıklayamayacak halde bulunan veya rızasına hukuki geçerlilik tanınmayan kişinin kendisinin ya da bir başkasının hayatı veya beden bütünlüğünün korunması için zorunlu olması,
- Bir sözleşmenin kurulması veya ifasıyla doğrudan doğruya ilgili olması kaydıyla, sözleşmenin taraflarına ait kişisel verilerin işlenmesinin gerekli olması,
- Veri sorumlusunun hukuki yükümlülüğünü yerine getirebilmesi için zorunlu olması,
- İlgili kişinin kendisi tarafından alenileştirilmiş olması,
- Bir hakkın tesisi, kullanılması veya korunması için veri işlemenin zorunlu olması,
- İlgili kişinin temel hak ve özgürlüklerine zarar vermemek kaydıyla, veri sorumlusunun meşru menfaatleri için veri işlenmesinin zorunlu olması.

adsız düzenleyici işlemler minvalinde ilgili kişinin aydınlatılmış rızasının alınması gerektiğini görüyoruz. Bu bakımdan AB hukuku ile arasında bir fark bulunmamaktadır. Hatta anayasal bir teminat olarak ilgili kişinin vereceği açık rıza kavramının kişisel verileri işleme faaliyetlerinde karşımıza AB hukukundan daha güçlü bir şekilde çıktığını söylemek yanlış olmayacaktır. AB'de yalnızca hassas-özel verilerin işlenmesi faaliyetinde açık rıza istenmekteyken Türk hukukunda genel prensip olarak her türlü kişisel verinin işlenmesinde açık rıza aranmaktadır.[45] Bu bakımından Türk mevzuatı, AB düzenlemelerine göre daha fazla koruma öngörmektedir

V. WHATSAPP GÜNCELLEMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

A. VERİ İŞLEYEN\VERİ SORUMLUSU OLARAK WHATSAPP INC.

KVKK'nın 3'üncü maddesinin birinci fıkrasının (ı) bendinde veri sorumlusu *"kişisel verilerin işleme amaçlarını ve vasıtalarını belirleyen, veri kayıt sisteminin kurulmasından ve yönetilmesinden sorumlu olan gerçek veya tüzel kişi"* şeklinde ifade edilmiştir. Burada kişisel verisi korunan kişi sadece gerçek kişiyken veri sorumlusunun hem gerçek hem de tüzel kişi olabildiği görülmektedir. Dolayısıyla hem kamu hem de özel hukuk tüzel kişiliğini haiz yapılar veri sorumlusu olabileceklerdir. Örneklemek gerekirse şirket şeklinde yapılanmaya gitmiş olan bir özel hukuk tüzel kişisi şayet holding şeklinde farklı iş tanımları bulunan birden fazla şirketi bünyesinde barındırmıyor ise kendisi veri sorumlusudur. Bağlı şirketlerin her biri, kişisel veri işleme amaç ve vasıtalarını kendileri belirliyorsa ve bir veri kayıt sisteminin kurulmasından ve yönetilmesinden sorumlularsa, Kanuna göre veri sorumlusu statüsüne sahip olacaklardır.[46] Yahut kuruluş sözleşmesinde her bir şirket kendi veri sorumlusu olabileceği gibi kuruluş sözleşmesinde farklı birimlere iş bölümü yapılmak suretiyle veri sorumlusu ve veri işleyen başka başka şirketler olabilecektir.[47]

Veri işleyen ise; KVKK''nın 3'üncü maddesinin birinci fıkrasının (ğ) bendinde "*veri sorumlusunun verdiği yetkiye dayanarak onun adına kişisel verileri işleyen gerçek veya tüzel kişi"* şeklinde tanımlanmıştır. Yukarıdaki tanımlar göz önünde bulundurulduğunda veri işleyenin faaliyetlerinin

---

45 https://www.kvkk.gov.tr/yayinlar/K%C4%B0%C5%9E%C4%B0SEL%20VER%C4%B0LER%C4%B0N%20KORUNMASI%20KANUNU%20VE%20UYGULAMASI.pdf, Erişim Tarihi 21.03.2021

46 https://kvkk.gov.tr/SharedFolderServer/CMSFiles/ca752cda-c3df-4645-8d5e-e2a507e63200.pdf (Kvkk Hakkında Doğru Bilinen Yanlışlar, s.20), Erişim tarihi, 21.03.2021

47 https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/4195/Veri-Sorumlusu-ve-Veri-Isleyen, Erişim tarihi, 21.03.2021.

esasen veri elde etmenin teknik kısımları ile ilgili olduğu ve bu kişinin herhangi bir inisiyatifinin bulunmadığı anlaşılmaktadır. Veri işleyen Kanunda sayılan işlemleri yapan bir kimse olarak tanımlanabilir ki onun bu yönü veri sorumlusundan ayrılmasına yardımcı olur.[48] [49]

GDPR madde 4/7'de*"kontrolör' -sorumlu- yalnız başına veya başkalarıyla birlikte kişisel verilerin işlenmesine ilişkin amaçlar ve yöntemleri belirleyen gerçek veya tüzel kişi, kamu kuruluşu, kurumu veya diğer herhangi bir organdır; söz konusu işleme amaçları ve yöntemlerinin birlik ya da üye devlet hukukuna göre belirlenmesi durumunda, kontrolör veya kontrolörün belirlenmesine özgü kriterler birlik ya da üye devlet hukukuna göre belirlenebilir"* şeklinde ifade edilmiştir. Dolayısıyla, veri sorumlusu, kişisel verilerin işlenmesinin amaçlarını ve araçlarını belirleyen herhangi bir gerçek veya tüzel kişidir. GDPR madde 4/8'de ise işleyici, *"kontrolör (sorumlu) adına kişisel verileri işleyen bir gerçek ya da tüzel kişi, kamu kuruluşu, kurumu veya diğer herhangi bir organdır."* şeklinde ifade edilerek yönergedeki tanım tekrar edilmiştir.

Bu tanımlamalardan hareketle Whatsapp Inc.'in hukuki statüsünü veri sorumlusu ve yerine göre verileri kendisi işliyor ise veri işleyen olarak tayin etmek gerekir. Esasen Whatsapp Inc.'in Türkiye'de mukim olmayan bir veri sorumlusu olduğunda şüphe yoktur. Bu nedenle ilgili mevzuat uyarınca bir temsilci de ataması gerekmektedir.[50]

B. WHATSAPP KULLANICILARI (İLGİLİ KİŞİ)

İlgili kişinin belirlenmesinde herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır. Şöyle ki, whatsapp uygulamasını, bu uygulamayı çalıştırabilir durumda bulunan herhangi bir cihaza indiren herhangi bir kişi yani genel tabiri ile whatsapp kullanan gerçek kimseler ilgili kişi sıfatını haizdir. Burada belki tüzel kişilik sıfatına haiz olan veya işletme olarak uygulamayı kullanan kimselerin gerçek kişi sayılmaması sebebiyle ilgili kişi sıfatına haiz olamayacakları ileri sürülebilir. Kanaatimizce tüzel kişi dahi olsa, o tüzel kişilik veya işletme, herhangi

---

[48] https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/4195/Veri-Sorumlusu-ve-Veri-Isleyen,Erişim tarihi, 21.03.2021.

[49] Carey, a.g.e., s. 3. "*Veri sorumlusu (controller), kişisel verilerin işlenmesini kontrol eden bir kişi veya kuruluş olarak tanımmlanabilir. Örneğin; bankalar, sigorta şirketleri, borsacılar, hukuk firmaları, süpermarketler, devlet daireleri vb. tüm organizasyonlar veri sorumlularıdır."*

[50] Bunlara ilaveten, ulusal hukukumuzda, Veri Sorumluları Sicili Yönetmeliğinin yürürlük kazanması ile birlikte veri sorumlularının, kişisel verileri işlemeye başlamadan önce bir sicile kayıt olması gerekmektedir.[50] Kişisel Verileri Koruma Kurumu tarafından oluşturulan bir otomatik sistem olan "VERBİS (*Veri Sorumluları Sicil Bilgi Sistemi*)" vasıtasıyla bu kayıt işlemi gerçekleştirilecektir. Öte yandan, "*veri sorumlusu temsilcisi"* kavramı hukukumuza girmiştir. Adı geçen yönetmeliğin 4/1-p m.'sine göre veri sorumlusu temsilcisi, *"Türkiye'de yerleşik olmayan veri sorumlularını... asgari temsile yetkili Türkiye'de yerleşik tüzel kişi ya da Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı gerçek kişi"* olarak düzenlenmiştir.

bir gerçek kişi ile irtibatlandırılabiliyor ise ilgili kişi olarak korumadan faydalanacaktır. Her ne kadar uygulamayı kullanmak için bir hat sahibi olmak gerekiyorsa da hat tüzel kişinin üstüne kayıtlı olsa bile kullanıcı bir gerçek kişi ile irtibatlandırıldığında kullanıcı ilgili kişi sıfatını haiz olacaktır.

C. DAHİLİ RIZA[51] (OPT IN RIZA)

İlgili kişilerden alınacak olan rızanın herhangi bir şekil şartına bağlı olmadığını ancak Türk hukuku bakımından aydınlatılmış bir şekilde alınacak olan açık rızanın kişisel veri işleme faaliyetinin temelini oluşturduğunu belirtmiştik.

Bu bakımdan internet tabanlı iletişim uygulamalarında ilk değinilmesi gereken konulardan biri sanal ortamda, kullanıcılardan alınan rızaların ne şekilde olacağıdır. Zira bir uygulama kullanıcısı; kişisel verisini bir uygulama aracılığıyla diğer kişiye gönderdiğinde veri internet âleminde akışa girmiş bulunmaktadır. Bu akış sırasında akışa müdahale edilebildiği ve verilerin herhangi bir rıza beyanı olmadan bu veri aktarma alanından çekilebildiğine dair raporlamalar mevcuttur.[52] [53] Dolayısıyla kanaatimizce, ilgili kişiden rıza alınırken, rıza alınmasını sağlayan aydınlatma metninde veya whatsapp uygulamasının kullanıcılarına gönderdiği gibi onay mesajında, verinin akışa girmesi halinde karşılaşabileceği her türlü dış müdahaleye yer verilmesi gerekir. Böylelikle ilgili kişi neye rıza gösterdiğini tam manası ile idrak eder ve veri işleme faaliyetinin hukuki öngörülebilirliği sağlanır. Yine internet ortamında sunulan veri metni fazla uzun ve teknik olarak ortalama zekaya sahip olan birinin anlayamayacağı şekilde ise doktrinde bu şekilde alınan rızanın geçersiz olması gerektiğini savunan yazarlar bulunmaktadır.[54]

Bu bağlamda internet ortamında verilen rızalara değinecek olursak, "opt in \ opt out" şeklinde ifade edilen rıza beyanlarına rastlanmaktadır. Esasen "opt-out" zımni rıza anlamındadır. Bireyin hareketsizliğinden kaynaklanan durumuna işaret eder. "Opt-in" ise kullanıcılara ilişkin verilerin paylaşılmasına yönelik bir kutucuk işaretlemek veya "okudum kabul ediyorum" yöntemi ile ilgili kişinin onayı alınıyorsa bu opt-in rıza beyanı olmaktadır. Burada ilgili kişinin olumlu bir edimde bulunarak rıza vermesi gerekmektedir. Yani icrai bir hareketin olduğu görülmektedir.[55]

---

[51] Literatürde rızaya ilişkin böyle bir terim olmamakla beraber terimin İngilizcesinin Türkçe'ye çevirisi bu şekilde yazılmıştır.

[52] Article 29 DataProtection Working Party, Working Document: Privacy on the Internet-An Integrated EU Approach to Online Data Protection,

[53] https://www.kvkk.gov.tr/veri-ihlali-bildirimi/, Erişim tarihi 09.04.2021

[54] Küzeci , a.g.e., s.270.

[55] Küzeci, a.g.e., s.270.

Whatsapp Inc.'in kullanıcılarından almış olduğu rıza bu hali ile opt-in rızaya örnek olarak gösterilebilir. Zira burada kullanıcı uygulamanın gönderdiği aydınlatma metnini okuyarak "kabul ediyorum" şeklinde kutucuğu işaretlemek suretiyle bir rıza göstermektedir. Hareketsiz kalması neticesinde alınan bir rıza yoktur. Hatta gönderilen metni kabul etmeme gibi bir kutucuğun bulunmadığı dahi görülmektedir. Ancak Whatsapp Inc. kullanıcılarına göndermiş olduğu onay metninde sadece "kabul ediyorum" kutucuğuna yer vermiştir. Bu manada ilgili kişilere seçme hakkı tanımaması yönünden opt in rıza şekli tartışılabilir.

D. YURT DIŞINA VERİ AKTARIMI

Yukarıda da belirttiğimiz üzere WhatsApp Inc. şirketince kendi adını taşıyan iletişim uygulamasından istifade etmek isteyen ilgili kişilerin, kişisel verilerinin işlenmesi faaliyetine ilaveten bu verileri yurtdışında mukim şahıslar –facebook başta olmak üzere- ile paylaşabilmek için kullanıcının onay-rıza vermesini içerecek şekilde kullanım şartlarının tek taraflı olarak değiştirdiği, bu bakımdan rıza göstermeyen ilgili kişilerin uygulamayı kullanamamaları için hesaplarının silineceğine ilişkin bir bilgilendirme mesajını tüm kullanıcılarına gönderdiğini belirtmiştik. Yani Whatsapp Inc. Türkiye'deki ilgili kişilerin verilerini yurt dışına aktaracağını ifade etmiştir.

KVKK'nın 9'uncu maddesinde; kişisel verilerin, ilgili kişinin açık rızası olmaksızın yurt dışına aktarılamayacağı; ancak anılan hükmün ikinci fıkrası uyarınca Kanunun 5'inci maddesinin ikinci fıkrası ile özel nitelikli kişisel veriler bakımından 6'ncı maddesinin üçüncü fıkrasında belirtilen şartlardan birinin varlığı ve kişisel verinin aktarılacağı yabancı ülkede yeterli korumanın bulunması, yeterli korumanın bulunmaması durumunda Türkiye'deki ve ilgili yabancı ülkedeki veri sorumlularının yeterli bir korumayı yazılı olarak taahhüt etmeleri ve Kurum izninin bulunması kaydıyla kişisel verilerin ilgili kişinin açık rızası aranmaksızın yurt dışına aktarılabileceği düzenlenmiştir.

SONUÇ

İletişim, insanoğlu ile beraber var olagelen ve günümüze değin değişik teknolojik aşamalardan geçen dinamik bir alan olarak karşımıza çıkmaktadır. İnsanoğlu, kişisel verilerini, teknolojik iletişim uygulamaları üzerinden zahmetsizce paylaşma, depolama ve sınıflandırma imkânına kavuşmuştur. Bu işlemleri yapabilmek kabiliyetine haiz otomatik sistemler ile veriler işlenebilir hale gelmiştir. Günümüzde bu uygulamalara en güzel örnek, kişiler ile zaman-mekân kısıtı olmadan paylaşım yapma imkânı sunan ve internet alt yapısını kullanan iletişim uygulamalarıdır.

Modern iletişim uygulamalarının en popülerlerinden biri olan WhatsApp Inc. adlı tüzel kişiliği haiz şirket; tek taraflı olarak kullanıcıları ile olan protokolün içeriğini değiştirerek kendi adını taşıyan iletişim uygulamasını kullanan kişilerin verilerinin işlenmesi ve yurt dışında merkezleri bulunan diğer tüzel kişiliklere haiz –başta facebook olmak üzere- yabancı menşeili şirketlere verilerin aktarmasını amaçlar şekilde uygulamayı güncellediğini kullanıcılarına onay metni niteliğinde bir mesaj ile bildirmiştir. Yine Whatsapp Inc., sözleşme içeriğini tek taraflı irade beyanı ile değiştirerek karşı tarafa –ilgili kişi- (uygulama kullanıcısına) bu hali ile sözleşmeyi kabul etmemesi halinde kendisine hizmet sunmayacağını belirterek bir nevi hizmet sunmayı kullanıcının rıza vermesi ön şartına bağlamıştır. Bunun yanında Whatsapp Inc. üçücü kişiler ile paylaşacağı veriler için, açık olmayan ifadeler ile verileri aktaracağını bahse konu veri paylaşımı poitikası-güncelleme-sözleşme ile ifade etmiştir.

Yukarıda belirttiğimiz gibi whatsapp uygulamasının bu yetki istemi, AB ülkeleri dışında uygulanacaktır. Bu husus ister istemez AB mevzuatı ile Türk mevzuatının mukayesesini gerektirmektedir. Esasen Whatsapp Inc. şirketi AB ülkelerinde cari olan GDPR'nin bireylerin kişisel verilerini korduğunu düşüncesi ile böyle bir adım atmış olabilir. Fakat ülkemizin AK üyesi olması sebebiyle neredeyse tüm AB üye ülkeleri ile aynı zamanda, kişisel verilerin korunması hakkı hukuk gündemimizde kendisine yer bulmuştur. Yukarıda mukayeseli hukuk kapsamında değerlendirdiğimiz üzere KVKK neredeyse AB hukuku esas alınarak hazırlanmıştır. Bu minvalde 95/46/AT sayılı yönerge ve GDPR'nin düzenleme yaptığı her alanda KVKK'nın düzenleme yaptığı görülmektedir. Dolayısıyla Türk hukukuna tabii bireyler açısından hukuki koruma, anayasa başta olmak üzere yasa ve yönetmelik seviyesindeki düzenlemeler hatta adsız idari işlemler ile AB ile –en azından- eşdeğer seviyede mevcuttur. Hatta AB'de yalnızca hassas-özel verilerin işlenmesi faaliyetinde açık rıza istenmekteyken Türk hukukunda genel prensip olarak her türlü kişisel verinin işlenmesinde açık rıza aranmaktadır. Bu bakımından Türk mevzuatının, AB düzenlemelerine göre daha fazla koruma öngördüğü ileri sürülebilir. Başka bir anlatımla AB hukuku kapsamında ilgili kişilere sağlanan koruma ile Türk hukuku bağlamında sağlanan koruma arasında bir fark bulunmamaktadır. Bunun neticesi olarak Whatsapp Inc. AB ülkelerinde yapamadığı bir kişisel veri işleme faaliyetini yürürlükteki mevzuat çerçevesinde Türkiye'de yapamaz durumdadır.

Whatsapp Inc. adlı şirketin, kendi geliştirdiği uygulamanın kullanım şartlarını düzenleyen hukuki manada sözleşme sayılabilecek bir düzenleme yapması pekala mümkündür. Bu bağlamda, ilk bakışta, Whatsapp Inc. in yapmış olduğu güncelleme ile Anayasa'nın 48'incive TBK'nın 26 ve 27'nci maddelerinde kendisine yer bulan sözleşme serbestliğini oluşturan unsurlardan sözleşmenin içeriğini belirleme, değiştirme ve karşı tarafını seçme hakkı ile Anayasa'nın 20'nci maddesinin üçüncü fıkrası kapsamında anayasal bir temel hak olan

kişisel verilerin korunması hakkı ve bu hakka bağlı olarak gelişen ve kendine özgü kaideler ile istisnaları bünyesinde barındıran kişisel verilerin korunması hukukunun ana kaynağı olan 6698 sayılı Kanunun çatışma ve çekişme halinde olduğu görülmektedir.

Bu bağlamda, kanaatimizce, whatsapp sözleşmesi (güncellemesi) Anayasa'nın 20/3, 48 ve 90'ıncı maddeleri atfı ile AİHS (Avrupa İnsan hakları Sözleşmesi'nin 8'inci maddesi), TBK'nın 26 vd. maddeleri ile KVKK ilgili hükümleri uyarınca kanunun emredici hükümlerine ve kişisel verilerin korunması hakkı bağlamında kişilik hakları ile özel hayatın gizliliğine müdahale oluşturabileceği düşünülerek ele alınmalıdır. Bunun neticesi olarak anayasa ve kanun seviyesinde bireylere tanınan sözleşme içeriğini belirleme ve karşı tarafını seçme özgürlüğü, mutlak bir temel hak olarak tanımlanmaması nedeniyle, kişisel verileri koruma hukukunun kendisine özgü getirilen birtakım ilkeler ile çatışmaktadır. Bu ilkeler KVKK'da kendisine yer bulmuştur. Bu hali ile kanunun emredici hükmü halini almıştır. TBK'nın 27'nci maddesi uyarınca kanunun emredici hükümlerine ve kişilik haklarına aykırı olarak yapılan düzenleme kesin hükümsüzlük ile sakattır.

6698 sayılı Kanun uyarınca yapılacak değerlendirmede ise bu kanun ile kurulan KVKKr.'nin yaklaşımı[56] önem arz etmektedir. Türkiye'de kişisel verilerin korunmasını temin eden bağımsız idari otorite olarak KVKKr.'nin 6698 sayılı Kanunun yorumu ile birtakım ilkeler çerçevesinde bireylerin kişisel verilerini koruduğu gözlemlenmektedir. Bu doğrultuda, KVKKr.'nin yukarıda bahsedilen kararları göz önüne alındığında, Whatsapp Inc. şirketinin yapmış olduğu son düzenlemenin, hukuki anlamda pek çok sorunlu alanı barındırdığı görülmektedir. Şöyle ki, KVKKr.'nin benzeri incelemelerde vermiş olduğu kararlarda, bir hizmetin rıza verme ön şartına bağlanması ile aydınlatma metninde anlaşılmayan veya ucu açık ifadeler kullanılması eyleminin, kişisel veriler hukukuna hâkim olan ilkelerden hukuka ve dürüstlük kuralına uygun şekilde veri işleme ile işlenme amacı ile bağlı, sınırlı ve ölçülü olma ilkelerine aykırılık teşkil ettiğini belirtmiştir. Dolayısıyla Whatsapp Inc.'in veri sorumlusu olarak bu şekilde tek taraflı karar ile sözleşme içeriğini değiştirerek ilgili kişinin eğer rıza vermez ise hizmetten yararlanamayacağını belirtmesi ve onay metninde "vb." muğlak ifadeler kullanması Türk hukuku bakımından bu metin neticesinde opt-in şeklinde alınan rızanın geçerliliği hususunda sorun olduğunu göstermektedir. Başka bir deyişle ilgili kişilerden alınan rıza geçerli bir rıza olarak kabul edilmeyebilecektir. Bu halde ise TCK (Türk Ceza Kanunu) bağlamında Whatsapp Inc.'in veri işleme faaliyetleri hukuka aykırı hale gelebileceğinden idari anlamda sorumluluğun yanı sıra cezai sorumluluk ortaya çıkabilecektir.

Türk hukuku bakımından Whatsapp Inc. tarafından opt-in şeklinde alınan rızanın esastan veri koruma hukukuna hakim olan ilkeler

[56] 16.02.2018 tarihli ve 2018/19 sayılı Karar

ile çeliştiğini yukarıda belirtmiştik. Öte yandan kullanıcıların –ilgili kişinin- vermiş olduğu rızanın şekli değerlendirilmesi yapıldığında; kullanıcılardan alınan rızanın şeklen de hukuka aykırı olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Şöyle ki, yukarıda belirttiğimiz gibi Aydınlatma Tebliği uyarınca ilgili kişi, rızası alınmadan önce veri işleme faaliyetinin tüm yönleri ve aşamaları ile ilgili olarak aydınlatılmalıdır. İlgili kişi, önce bir şekilde aydınlatılmalı ve onun akabinde ikinci bir icrai hareketle rızasının alınması gerekmektedir. Whatsapp Inc.'in yaptığı gibi sadece ilgili kişilere gönderilen bir metnin onaylatılması sureti ile hem aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmesi hem rızanın alınması Türk hukuku bakımından sorunlu bir alan olarak göze çarpmaktadır. Ancak şunu da belirtmeliyiz, kanaatimizce bir tebliğ ile düzenlenmiş olan aydınlatma hususunun kanun düzeyinde yapılması kişisel verilerin korunması açısından daha güçlü bir koruma sağlayacaktır.

Diğer taraftan whatssapp uygulamasından ilgili kişilere gönderilen onay metninde, kullanıcının verisi akışa girdiğinde, sanal âlemde ne gibi müdahalelere maruz kalabileceği, rıza ve aydınlatma metnine benzer bir metin olan onay mesajında belirtilmeli ve bu mesajın anlatım şeklinin ise orta zekâlı bir kişinin anlayacağı şekilde olması gerekmektedir.

Yine ilgili kişinin rızasının alınması veri işleme faaliyetlerinde kişisel verilerin korunması hukukunda temel prensip ise de 6698 sayılı Kanunun istisnalarının sayıca çok olduğu dikkate alındığında prensibin istisna, istisnaların ise kural olduğu eleştirisi gündeme gelebilir. Ama tabiki Whatsapp Inc. uygulamasının bu sayılan istisna alanları içerinde olmadığını dolayısıyla rıza prensibinin uygulanması gerektiğini belirtmemiz gerekir.

Öte yandan 6698 sayılı Kanunda ilkelerin sayıldığı hükümlerde örnekseyici bir sayım yapılarak hangi hareketin hangi ilke ile çatışacağının belirtilmesinde hukuki öngörülebilirliğin sağlanması ve bu kanunu uygulayan kamu ve özel hukuk otoritelerine uygulamada yeknesaklık kazandırması açısından önemli olduğu kanaatindeyiz. Yine aynı şekilde opt-in/out rızanın kanunda veya en azından yönetmelik seviyesinde tanımlanması yerinde bir düzenleme olacaktır.

Ez cümle; Whatsapp Inc.'in veri paylaşım politikasında yapmış olduğu güncellemenin, AB hukuku ile paralel düzenlemelere sahip olmanın yanında kişisel verilerin korunması hakkını anayasal bir temel hak olarak tanıyan Türk hukuku karşısındaki durumuna özet olarak değinecek olursak; burada Whatsapp Inc. kişisel verileri koruma hukuku terminolojisine göre "veri sorumlusu", bu uygulamayı kullananlar ise "ilgili kişi" sıfatını haizdir. Whatsapp Inc.'in kullanıcılarına göndermiş olduğu onay metni hukuki manada Anayasa'nın 48'inci maddesi ve TBK'nın 27'nci maddesinde kendisine yer bulan sözleşmenin içeriğinin değiştirilmesi ve karşı tarafını seçme özgürlüğü ile ilgili bir metindir. Bu metin, hem aydınlatma hem rıza almak için ilgili kişilere gönderilmesi itibarıyla Türk hukuku bakımından yürüklükteki mevzuata aykırıdır. Zira yukarıda bahsettiğimiz üzere aydınlatma ve rıza alma işlemi iki ayrı icrai işlem ile yapılması gereken işlemlerdir. Yine KVKKr. daha önce

almış olduğu kararlara[57] paralel bir şekilde bu Whatsapp Inc. in ilgili kişilere hizmet sunmasını alacağı rızaya bağlı bir önşart olarak göstermesi "hukuka ve dürüstlük ilkelerine" aykırı veri işleme faaliyetidir. Öte yandan gönderilen metinde ucu açık ve "vb." gibi muğlak ifadeler geçmesi amaç bakımından belli olmayan bir şekilde veri işleme faaliyeti kapsamına girer bu husus da kişisel verilere hâkim olan ilkelere aykırıdır. Bu bağlamda ve yukarıda anılan gerekçelerle, Whatsapp Inc.'in yapmış olduğu güncelleme, Anayasa'nın 48'inci maddesindeki düzenleme mutlak bir hak olmadığından sözleşme serbestisinin istisnalarından olan kanunun emredici hükümlerine ve kişilik haklarına aykırı bir sözleşme hükmü gibi değerlendirilmelidir. Dolayısıyla Whatsapp Inc.'in Türkiye'deki kullanıcıları hakkında bahsettiği veri işleme ve aktarma faaliyetini yapamayacağı yapması halinde idari ve adli yaptırımlara maruz kalabileceğini söylemek yanlış olmayacaktır.

[57] 16.02.2018 tarihli ve 2018/19 sayılı Karar, kvkk.gov.tr., E.T: 21.03.2021

KAYNAKÇA

Ayözger, Ayşe Çiğdem, "Elektronik Haberleşme Sektöründe Kişisel Verilerin Korunması, Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2016.

Council of Europe, "Handbook on European Data Protection Law", European Union Agency for Fundamental Rights, 2014

Başalp, Nilgün, "Kişisel Verilerin Korunması ve Saklanması", Ankara 2004, Yetkin Yayınevi,

Çekin Mesut Serdar, 'Kişisel Verilerin Korunması Hukuku, AB hukuku ile Mukayeseli Olarak 6698 sayılı Kanun Çerçevesinde", 3. Baskı, Onikilevha, 2020

Başalp, Nilgün "Avrupa Birliği Veri Koruması Genel Regülasyonu'nun Temel Yenilikleri" MÜHF, Cilt: 21, Sayı: 1

Duman, Berat, *"Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması"*, 2020, Doktora Tezi,

Eren, Fikret, Borçlar Hukuku: Özel Hükümler, Ankara, 2014

Ercoşkun Şenol, Kübra, "Sözleşmenin İçeriğini Belirleme Özgürlüğü ve Bunun Genel Sınırı: TBK m. 27" İÜHFM C. LXXIV, S. 2, 2016

Kılıçoğlu, Ahmet, *"Borçlar Hukuku Genel Hükümler"*, 17. baskı, Ankara, 2013,

Taştan, Furkan Güven, *"Türk Sözleşme Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması"*, 2. Baskı

Küzeci Elif, *"Kişisel Verilerin Korunması"*, 4.Baskı, Oniki Levha, 2020,

Şimşek, Oğuz, "Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması", 2008, Beta yayınları

Van Belle, Gerald /Ruiter, Leslie, *"Data and Law: Beyond the Sweat of the Brow: Who Owns Published Data? And What Is Data?"*, April, 2014, Journal of Significance, S.11, s. 28.

Article 29 DataProtection Working Party, Working Document: Privacy on the Internet- An Integrated EU Approach to Online Data Protection

İNTERNET KAYNAKLARI

https://kvkk.gov.tr/SharedFolderServer/CMSFiles/ca752cda-c3df-4645-8d5e-e2a507e63200.pdf (Kvkk Hakkında Doğru Bilinen Yanlışlar, s.20), Erişim tarihi, 21.03.2021

https://www.kisiselverilerinkorunmasi.org/wp-content/uploads/2017/09/GDPRT%

https://sozluk.gov.tr/, Erişim tarihi, 20.03.2021.

https://en.oxforddictionaries.com/definition/consent, Erişim tarihi, 20.03.2021.

https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/2037/Acik-Riza-Alirken-Dikkat-Edilecek-Hususlar,

http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=en, Erişim tarihi,20.03.2021.

http://auzefkitap.istanbul.edu.tr/kitap/kamuy%C3%B6netimi_ue/borclarhuk.pdf, Borçlar Hukuku Ders Notları, E.T. 20.01.2021

https://kelimeler.gen.tr/sozlesme-nedir-ne-demek E.T: 20.01.2021

https://www.whatsapp.com/about/, E.T. 17.01.2021.

https://www.sabah.com.tr/ekonomi/2021/01/15/son-dakika-whatsapp-sozlesmesi-sonrasi-o-islemler-tehlikede-uzman-isim-buyuk-riske-dikkat-cekti, E.T. 15.01.2021.

https://www.kisiselverilerinkorunmasi.org/wp-content/uploads/2017/09/GDPR. E.T.20.01.2021

https://www.ntv.com.tr/teknoloji/whatsapp-gizlilik-sozlesmesi-nedir-whatsapp-gizlilik-sozlesmesi-hangi-maddeleri-iceriyor,nTF6eUVSxEaiSuZqaI7ZwQ. E.T. 15.01.2021.

https://tureng.com/tr/turkce-ingilizce/what%20is%20up, E.T. 17.01.2021

ORGAN VEYA DOKU NAKLİNDE "HUKUKEN GEÇERLİ RIZA"

"Legally Eligible Consent" in Transplantation of Organs or Tissues

Dr. Süleyman ÖZAR*
Türkan HALICI**

Özet Organ ve doku nakli, kişilik hakları ile yakından ilgili bir tıbbi müdahale çeşididir. Belli şartlar altında bu müdahale, vücut bütünlüğünü hukuka aykırı ihlal niteliğinde görülmemektedir. Bu şartların temeli, hukuken geçerli rıza ölçütüdür. Geçerli rızanın anlam ve sonuçları ise 2238 sayılı "Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılanması ve Nakli Hakkında Kanun" çerçevesinde değerlendirilecektir. Zira tedavi, teşhis ve bilimsel amaçlarla organ ve doku alınması, saklanması, aşılanması ve nakli bu Kanun hükümlerine tabidir. Bu çalışmada geçerli rızaya dayalı ve 2238 sayılı Kanun kapsamında yapılan organ ve doku nakli ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: Rıza, Organ Nakli, Doku Nakli, Organ veya Doku Alma Suçu.

Abstract: Organ and tissue transportation is a kind of medical intervention which is closely related with personal rights. Under certain conditions, this kind of intervention is not described as an aggression to physical integrity rights. Main pillar of those conditions is a "legally eligible consent". The meaning and consequences of an eligible consent shall be evaluated within the framework of "Harvesting, Storage, Grafting, and Transplantation of Organs and Tissues" (Law No: 2238). In fact, the harvesting, storage, grafting, and transplantation of organs and tissues for treatment, diagnostic and scientific purposes are subject to the provisions of this law. In this study, transplantation of organs and tissues which is consensual and in accordance with the scope of Law No: 2238 shall be addressed.

Keywords: Consent, Transplantation of Organs, Transplantation of Tissues, Crime of Removing an Organ or Tissue.

* Londra Adalet Müşaviri, suleyman.ozar@adalet.gov.tr, ORCID: 0000-0003-0934-9594
** Bakırköy Asliye Ticaret Mahkemesi Başkanı, trknhlc@gmail.com, ORCID:0000-0002-4846-1899
Makale Geliş Tarihi: 20.01.2021, Makale Kabul Tarihi: 30.04.2021

GİRİŞ

Çalışmamızın konusu, organ veya doku alma fiiline yönelik hukuken geçerli rıza beyanıdır. Rıza gösterilen işlem, yaygın tabirle "organ nakli" olarak bilinmektedir. Organın, canlıdan canlıya ya da ölüden canlıya nakli mümkündür. Rıza kavramından söz ettiğimize göre, bu makalede canlı bir insandan canlı bir insana, diğer tabirle sağlar arası organ nakli etrafında bir inceleme yapılacaktır.

Kişi, fiziki varlığını koruma ve geliştirme konusunda mutlak bir hakka sahiptir. Bu nedenle organ ve doku nakli, kişilik haklarını yakından ilgilendiren bir tıbbi müdahale biçimi olarak karşımıza çıkmaktadır. Hukuk düzenimizde, sadece insani amaçlarla ve tıbbi sebeplerle gündeme gelen bir organ nakline rıza beyanında bulunulabilir. Dolayısıyla bu çalışmada "geçerli rıza" ibaresini kullanırken, Türk Ceza Kanunu'nun 91. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen organ veya doku alma suçunun oluşmasını önleyen rıza kavramından söz etmiş olacağız.

Bu noktada, vücut bütünlüğü hakkının kişisel tasarruf alanı bakımından sınırları karşımıza çıkmaktadır. Organ veya doku verme eylemi de bu hakka ilişkin tasarruf yetkisinin en önemli başlıklarından biridir. Bu işlem için verilen rızanın hukuken geçerli olması ne anlama gelmektedir ve buradaki rızayı bir hukuka uygunluk sebebi olan rızadan ayırt etmek gerekir mi? Çalışmamızda bu sorulara cevap aranırken, organ veya doku alma suçunun yasal düzenlemesi ile hukuki ve maddi konusuna da değinmek gerekecektir.

Kişinin yaşam hakkından irade hürriyetine kadar bir dizi temel hakkını ilgilendiren organ nakli konusuna çalışırken, öncelikle Anayasal zemin yoklanmalıdır. Türk Ceza Kanunu'ndaki suç tipini incelemeye sıra geldiğinde ise 2238 sayılı "Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılanması ve Nakli Hakkında Kanun" ve tıbbi müdahaleye ilişkin ikincil mevzuat ile birlikte yol almak gerekmektedir. Dolayısıyla bu çalışmada konuya ilişkin norm çeşitliliğinin de dikkatle ortaya konulması amaçlanmaktadır. Bu çerçevede, ilk bölümde organ naklinin normatif zemini incelenecek, ikinci bölümde ise rızayı geçerli hale getiren şartlar ortaya konulacaktır.

I.ORGAN VEYA DOKU NAKLİNİN HUKUKSAL ZEMİNİ

A.Vücut Bütünlüğü Hakkı Karşısında Tıbbi Müdahale

1. Vücut Bütünlüğü Hakkı

Her insanın salt insan olması sebebiyle sahip olduğu, dokunulamaz "temel hakları" anayasaların ve uluslararası insan hakları müktesebatının güvencesi altındadır. Nitekim 1982 Anayasası'nın 17/1. maddesinde, insanın maddi ve manevi varlığıyla bir bütün olarak

kendini koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu ifade edilmektedir[1]. Böylece vücut bütünlüğü anayasal teminat altına alınırken, bu hakkın dokunulmazlığı da vurgulanmıştır.

Vücut bütünlüğüne ancak rıza ile dokunulabilir. Rıza, bir hukuki değer sahibinin başka bir kimse tarafından o değerin ihlal edilmesini onamasına ilişkin irade beyanıdır[2]. Öte yandan, kişi özgürlüğü kişinin kendisine karşı bile korunduğundan, bu özgürlük aleyhine verilen her rıza, fiili hukuka uygun hale getirmeyecektir[3]. Rızanın, bir müdahaleyi hukuka aykırı olmaktan kurtarabilmesi için rıza verenin rıza konusu hak üzerinde tam ve serbestçe tasarruf edebilme yetkisine sahip olması gerekmektedir[4]. Ceza Kanunumuz bu durumu "*kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hak"* olarak ifade etmektedir (m. 26/2). Örneğin, ağır hasta bir kişinin yaşamına rızası dâhilinde son verildiğinde (ötenazi) bu irade, fiili hukuka uygun hale getirmeyecek, kişi kasten öldürme suçundan sorumlu olacaktır[5]. Çünkü yaşam hakkı üzerinde tasarruf yetkisi kabul edilmemekte, insanın iradi olarak kendi hayatına son vermesi, etik ve hukuki bakımdan tasvip edilmemektedir[6]. Bu konuda, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, yaşam hakkını kişinin kendi geleceğini belirleme hakkından üstün tutan yaklaşımını da hatırlatmakta yarar bulunmaktadır[7].

Şu halde, kişinin vücudu üzerinde tasarrufta bulunma hakkı vardır ama sınırsız değildir, bu konudaki rıza beyanı her zaman hukuka aykırılığı önlemez[8]. Hatta hangi durumda rızanın fiili hukuka uygun hale getireceği konusu dar yorumlanmaktadır[9].

---

1 Anayasa m. 17/1: *"Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir."*

2 Ünver, Yener, *Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer*, Ankara 2003, s. 976.

3 Yücel, Özge, *"Medeni Hukuk Bakış Açısıyla Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Koşulları"*, Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları, Ankara 2018, s. 198.

4 İçel, Kayıhan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul 2018, s. 394; Centel, Nur/ Zafer, Hamide/ Çakmut, Özlem Yenerer, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, İstanbul 2020, s. 337; Koca, Mahmut/ Üzülmez, İlhami, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2017, s. 291; Demirbaş, Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2020, s. 339; Toroslu, Nevzat, *"Organ Aktarma ve Cezai Sorumluluk"*, AÜHFD, 1978, S:1-4, s. 95; Gökcen, Ahmet, *"Organ ve Doku Nakli Üzerine Düşünceler"*, SÜHFD, Milenyum Armağanı, C.8, S.1-2, 2000, s. 67.

5 Demirbaş, s. 342.

6 Koca, Mahmut, İntihara Yönlendirme Suçu (TCK m. 84), CHD, Cilt: 5, Sayı: 12, 2010, s. 20.

7 Bu bağlamda *Pretty v. the United Kingdom* davası bağlamında değerlendirmeler için bkz. Sulu, Muhammed, *"Ötenazi Üzerine"*, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 22 (1), 2017, s. 565.

8 Centel-Zafer-Çakmut, s. 337. Türk Medeni Kanunu (m. 23/3) bu konuda şu düzenlemeyi içermektedir: *"Yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılanması ve nakli mümkündür. Ancak, biyolojik madde verme borcu altına girmiş olandan edimini yerine getirmesi istenemez; maddi ve manevi tazminat isteminde bulunulamaz."*

9 Toroslu, Nevzat-Toroslu, Haluk, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, Ankara 2019, s. 188.

Kişinin kendi bedenine yönelik tasarruf yetkisini sınırlayan genel kıstasın belirlenmesi konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. Bu ölçüt bazı yazarlara göre, insanın kendini vatanına, topluma, ailesine karşı yerine getirmesi gereken görevlerini yerine getiremeyecek hale sokmasıdır[10]. Bu yaklaşım, dengeyi kişi özgürlüğü aleyhine bozabilecek bir soyutlamaya sahiptir. Bunun yanında, şikâyete bağlı derecede yaralamayı gerektirir nitelikteki halleri kişinin tasarruf yetkisine bırakıp, resen takip edilen nitelikteki sonuçlar açısından ise kişinin böyle bir tasarruf yetkisinin bulunmadığını savunan görüşler de bulunmaktadır[11]. Rızanın fiili hukuka uygun hale getirmediği (reşit olmayanla cinsel ilişki gibi) suçlarda bu ölçütün de geçersiz kalacağı anlaşılmaktadır[12]. Diğer bir yaklaşım ise, tasarruf yetkisinin sınırı olarak kişiliğe bir zarar gelmemesinin kabul edilmesidir[13]. Bu öneri de hâlihazırda belli durumlarda var olan tasarruf yetkisini açıklayamamaktadır. Görüldüğü üzere, kişinin hangi konular üzerinde mutlak surette tasarrufta bulunabileceğine ilişkin genel bir kural koymak mümkün değildir[14].

2. Tıbbi Müdahale

Vücut bütünlüğüne ancak rıza ile dokunulabileceği kuralının istisnaları, Anayasa'nın 17/2. maddesi gereğince tıbbi zorunluluk ve kanunda yazılı hallerdir. Dolayısıyla bir tıbbi müdahale ilgilinin rızasına dayanabileceği gibi, tıbbi zorunluluk veya kanunda yazılı hal[15] gerekçesiyle rıza dışı da yapılabilir.

Her tıbbi müdahale, ilgilinin vücut bütünlüğüne yönelik bir eylem şeklinde ortaya çıkmaktadır[16]. Her ne kadar Anayasa Mahkemesi tıbbi müdahaleyi *"hastalıkların teşhisi, tedavisi veya önlenmesi amaçlarına yönelik olarak tıp mesleğini icraya yetkili kişiler tarafından gerçekleştirilen faaliyetler"* olarak tanımlamış ise de[17], kişilerin rızasına dayalı olarak nakil amaçlı doku ve organ alınması gibi tedavi amacı dışındaki işlemlerin de tıbbi müdahale kavramı içerisinde değerlendirilmesi gerekmektedir[18].

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarının da ortaya koyduğu gibi tıbbi müdahale ve dolayısıyla organ nakli konusu, müdahalenin

---

10 Dönmezer- Sulhi-Erman, Sahir, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, C.2, İstanbul 1994, n:758.

11 Içel, s. 394; Önder, Ayhan, *Ceza Hukuku Dersleri*, İstanbul 1992, s. 260.

12 Koca-Üzülmez, s. 292.

13 Dural, Mustafa-Ögüz, Tufan, *Türk Özel Hukuku,* C.II Kişiler Hukuku, 6.b., İstanbul 2002, s.102.

14 Koca-Üzülmez, s. 292.

15 Örneğin bir suça ilişkin delil elde edebilmek için şüphelinin vücudundan kan alınması (CMK m. 75).

16 Demirsoy Aşikoğlu, Eda, *"Kişi Dokunulmazlığı Hakkı Bağlamında Rıza Olmaksızın Yapılan Tıbbi Müdahaleler"*, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl:9, Sayı:35, Temmuz 2018, s. 320.

17 11.11.2015 tarih ve 2013/1789 sayılı bireysel başvuru kararı.

18 Atak, İsmail, "Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluk Şartları", Türk Ortopedi ve Travmatoloji Birliği Derneği Dergisi, 2020/4, s. 20.

haklı olup olmadığı meselesi bir yana, öncelikle özel hayatın korunması hakkı kapsamında yorumlanmalıdır. Zira bu konu kişinin kendi varlığını, kimliğini koruma ve geliştirme, kendi kaderini tayin etme, diğer bir ifadeyle özerkliğine saygı duyulmasını isteme hakkı ile ilişkilidir[19]. Dolayısıyla tıbbi müdahaleye rızanın anayasal özünde, kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı ve insan onurunun dokunulmazlığı ilkesi bulunmaktadır[20]. Rızaya dayanmayan her türlü muamele tabiatıyla insan onurunun dokunulmazlığı ilkesini ihlal etmiş olacaktır.

Anayasa'nın 17. maddesi, kişinin rızası olmadan vücut bütünlüğüne yapılacak müdahalelerin temel zeminini oluşturmaktadır. Organ ve doku naklindeki tıbbi müdahale ise (organ veren bakımından) mutlak surette rızaya bağlıdır ve bu iradenin geçerliliği sıkı şartlara bağlanmıştır. 29.5.1979 tarih ve 2238 sayılı "Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılanması ve Nakli Hakkında Kanun" (ONK) işlemin şartlarını ve çerçevesini düzenlenmiştir[21]. ONK, tedavi veya teşhis maksadıyla ya da bilimsel amaçlarla organ ve doku alınması, saklanması, aşılanması ve naklini hüküm altına alan özel bir kanundur. Organ nakline özgü kanunların Avusturya'da 1982, Belçika'da 1986, İngiltere'de 1989 ve İtalya'da 1993 yılında çıktığı göz önünde bulundurulunca, Türkiye'nin bu konuda oldukça hızlı davrandığı anlaşılmaktadır[22].

B.Hukuken Geçerli Rızaya Dayalı Olmaksızın Organ veya Doku Alma Suçu

1. Yasal Düzenleme

Öncelikle belirtmek gerekir ki, 2238 sayılı Organ Nakli Kanunu'nun 15/11/2018 tarih ve 7151 sayılı Kanunla değişik 15/1. maddesi, organ veya doku suçlarında 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 91. maddesinin uygulanacağını belirtmektedir. Bu durumda, ceza normu bakımından özel-genel kanun ya da önceki-sonraki kanun gibi tartışmalara gerek kalmamıştır. Hukuka aykırı olarak yapılan organ naklinin cezalandırılması da TCK kapsamında olacaktır. Organ ve doku nakline ilişkin uyulması gereken usul ve esaslar bakımından ise 2238 sayılı Kanun uygulama alanı bulmaya devam edecektir.

---

19 Yücel, s. 197.

20 Aygörmez, Gülsün Ayhan, *"Hukuki Kurum Rızanın, Tıp Ceza Hukukunda Geçerli Olarak Kurulması"*, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 6, Sayı: 2, Aralık 2009, s. 138.

21 Gökcen, s. 64.

22 Çiftçioğlu, Cengiz Topel, *"Türk Ceza Kanununda Organ veya Doku Ticareti Suçu"*, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 14 S. 2, Temmuz 2015, s. 113.

Organ veya doku alma suçu, TCK'nın "Kişilere Karşı Suçlar" başlığını taşıyan 2. kısmının, "Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar" başlığını taşıyan 2. bölümünde, "Organ veya Doku Ticareti" başlıklı 91. maddenin birincisi fıkrası ile hüküm altına alınmıştır. Maddenin ikinci fıkrası organ veya doku almanın ölü üzerinde gerçekleşmesini, aynı zamanda maddeye başlık olan üçüncü fıkrası ise organ ve doku ticaretini düzenlemektedir. Şu halde, madde başlığı ile içeriğin uyuştuğunu söyleyebilmek güçtür[23].

TCK m. 91/1'de *"hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın"* kişiden organ veya doku *almak* fiili suç olarak tanımlanmıştır. Alınan organın bir başkasına nakledilip nakledilmemesinin suçun oluşması bakımından bir önemi yoktur; organ veya dokunun vücuttan alınmasıyla birlikte suç tamamlanır[24]. Suçun takibi şikâyete bağlı değildir.

2. Hukuki Konu

Kanun sistematiğine göre bu suçta hukuki konunun vücut dokunulmazlığı olduğu açıktır. Ceza kanunları, genel olarak kişiye karşı işlenen suçlarla sadece insanın kendi hayatı ve fizik bütünlüğü üzerindeki hakkını değil; toplumsal bir değer olarak da insan hayatını ve fiziki bütünlüğünü korumaktadır[25]. Ancak organ alma suçunda tek bir hukuki konudan bahsetmek eksik olacaktır, çünkü korunan hukuki menfaat ve değer oldukça karma niteliktedir. Burada ceza normu ile korunan değerler; yaşam hakkı, vücut bütünlüğü, insan onuru ve irade hürriyeti olarak sıralanabilir. Bu hukuki değerler arasında en başa yaşam hakkını koymak gerekmektedir. Zira diğer değerler ancak yaşam hakkı varsa bir anlama sahip olabilecektir.

Herhangi bir nedenle insanın vücuduna ait bir parçanın hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın alınması, insan onuruyla bağdaşmayacak bir durumdur[26]. Bu nedenle, organ almaya ilişkin ceza normuyla vücut bütünlüğü ve yaşam hakkının yanı sıra, kişinin onuru da korunmaktadır.

Organ veya doku alma suçuna ilişkin düzenlemede korunmak istenen bir diğer hukuki değer de irade hürriyetidir. İrade hürriyetinin tam olarak gerçekleşebilmesi için neyin nasıl irade edildiğinin bilinmesi gerekmektedir. Aydınlatılmış rıza kavramı tam burada karşımıza çıkmaktadır. Aşağıda ayrıntılı olarak ele alınacağı üzere, hukuka uygun organ ve doku almadan söz edebilmek için organın aydınlatılmış rızayla verilmesi şarttır. Aydınlatılmamış yahut fesada uğramış 'sözde' rızayla

---

23 Özbek, Veli Özer-Doğan, Koray-Bacaksiz, Pınar, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara 2020, s. 265.
24 Özbek-Doğan-Bacaksiz, s. 267.
25 Toroslu, *"Organ Aktarma..."*, s. 95.
26 Aygörmez, s. 137.

yapılan organ veya doku naklinde kişinin irade hürriyeti de gasp edilmiş demektir.

3. Fail ve Mağdur

Doktrinde genel kanı, organ veya doku alma suçunun failinin herhangi bir kimse olabileceği, bu nedenle, bu suçun sadece belli sıfat ve niteliklere sahip insanlarca işlenebilecek türden "mahsus" (özgü) suç olmayıp, herkes tarafından işlenebilecek genel bir suç olduğu yönündedir[27]. Bu eğilimi anlaşılır bulmakla birlikte, hiçbir eğitimi ve uzmanlığı olmayan alelade bir kişinin organ alma fiili, rızaya dayalı olsa bile, TCK m. 91/1 kapsamında değerlendirilmemelidir.

Bu konuda 2238 sayılı Kanun'un 10. maddesini hatırlamakta yarar vardır. Söz konusu düzenlemeye göre *"organ ve doku alınması, taşınması, saklanması, aşılanması ve nakli ile yurt dışından temin edilmesi, Sağlık Bakanlığınca yetkilendirilmiş gerekli uzman personel ve donanıma sahip kurumlarca yapılır."* Bu düzenleme bu işin bir ihtisas gerektirdiğini, organ naklinin doğası gereği herkes tarafından, hatta her hekim tarafından yapılamayacağını göstermektedir. Organ nakli de bir tıbbi müdahale olduğundan, tıbbi müdahalelere ilişkin kurallar çerçevesinde bu işlem yapılacaktır[28].

Şu halde, ilgilinin rızası ancak yetkili bir hekime yöneldiğinde bu rızanın geçerli olup olmadığı tartışılabilecektir. Fail hekim olmakla birlikte, bu konuda yetkili ve uzman değilse zorunluluk haline ilişkin şartlar (TCK m. 25/2) irdelenmelidir[29]. Fail hekim değilse, TCK 91/1 gereğince organ alma suçundan değil, meydana gelen zararın niteliğine göre öldürmeye teşebbüs veya neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçlarından sorumluluk doğmalıdır.

Ölüm neticesi ortaya çıkarsa, fail ister uzman kişi ister alelade biri olsun, kasten öldürme suçuna ilişkin hükümler uygulanacaktır (TCK m. 91/8). Aslında, nakil eylemi yetkili uzman hekim tarafından gerçekleştirilmişse, sırf hukuken geçerli rıza yokluğundan dolayı kasten öldürme suçundan sorumluluk doğması bazı durumlarda adalete aykırı sonuçlara yol açabilecektir. Rızanın geçerlilik şartlarının sıkı ve ayrıntılı kurallara tabi olması karşısında, bu gibi olasılıklarda hekimin kusurluluğunu olaya özgü koşullar içinde dikkate alan, makul ve farklı bir yaptırım öngörülmelidir[30].

Suçun bir tüzel kişinin faaliyetleri çerçevesinde işlenmesi halinde, ilgili tüzel kişi hakkında güvenlik tedbiri uygulanabilecektir (TCK m.

---

27 Özbek-Doğan-Bacaksiz, s. 267; Ömeroğlu, Ömer, *"Organ ve Doku Ticareti Suçu"*, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt 5 S. 42, Şubat 2010, s. 61.

28 Parlak, Şafak, *"Organ Bağışı ve Organ Naklinde Ortaya Çıkan Sorunlar"*, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 22.83, (2009), s. 196.

29 Özgenç, İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2014, s. 361.

30 Özbek-Doğan-Bacaksiz, s. 271.

91/7). Örneğin özel bir hastanede, organ ve doku alımı ile ilgili geçerlilik koşulları yerine getirilmeden bu eylemin gerçekleştirilmesi durumunda hastanenin izninin iptali yoluna gidilebilecektir.

Suçun mağduru, kendisinden hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın organ veya dokusu alınan kişidir. Dolayısıyla mağdur, canlı herhangi bir kimse olabilir. Fiilin TCK m. 91/1 kapsamında değerlendirilebilmesi için, suçun icrai hareketlerine başlandığı anda mağdurun "canlı" olması gerekmektedir. İcrai hareketlere başlandığı an itibarıyla şahsın cansız olması halinde bu durum, aynı maddenin ikinci fıkrası kapsamında "ölüden organ alma" olarak kabul edilmelidir.

4. Suçun maddi konusu olarak organ ve doku

Canlı bir organizmanın, birçok dokuya ve hücre tipine sahip, belli sınırları ve işlevleri olan kısmı 'organ'; aynı kökten gelen hücre topluluğu olarak organı oluşturan yapı ise dokudur[31]. Buna göre, kalp kapağı, kornea, kemik iliği, kıkırdak dokudur; kan ise, tıbbi açıdan doku olmasına rağmen birçok ülkede organ ve doku nakli kapsamı dışında tutulmaktadır[32]. Organ Nakli Kanunu'nun 2/2. maddesi gereğince ülkemizde de kan nakli organ ve doku nakli kapsamında olmayıp, tıbbi müdahalenin genel koşullarına bağlı olacaktır. Kök hücre konusunda ONK'da herhangi düzenleme yoktur. Bu durum, çağın geldiği seviyeye uygun değişikliklerin mevzuatımıza yansıtılması ihtiyacını gösteren örneklerden biridir[33].

Organlar dokulardan, dokular ise özellikleri ve fonksiyonları birbirine benzeyen hücrelerden oluşmaktadır. Organın sınırları ve fonksiyonları tespit edilebilmesine rağmen, dokuda bu mümkün değildir. Ayrıca, doku kabul edilen bazı vücut kısımları alındıkları zaman vücut tarafından yenilenebilmesine rağmen, organların yenilenebilmesi mümkün değildir[34].

Şüphesiz, yargılamada veya soruşturmada insan vücudundaki bir parçanın organ olup olmadığının tespiti, bilirkişi tarafından halledilmesi gereken tıbbi bir meseledir[35].

---

31 Gökcen, s. 64; Akinci, Şahin, *Türk Özel Hukukunda İnsan Kökenli Biyolojik Madde (Organ - Doku) Nakli Kavramı ve Bundan Doğan Hukuki Sonuçlar*, Ankara 1996, s. 10.

32 Koçak Süren, Özlem, *"Organ ve Doku Naklinin Yasal ve Etik Açıdan İncelenmesi"*, TBB Dergisi, Sayı 73, 2007, s. 175.

33 Uygun, Çağatay, *"Organ ve Doku Nakli"*, İstanbul Barosu Dergisi, 90.4, 2016, s. 159.

34 Akinci, s. 11.

35 Yargıtay 4. CD, 20.04.1992, 2772/2857.

II.HUKUKEN GEÇERLİ RIZA

A."Hukuken Geçerli Rızanın" Suça Etkisi

Organ naklinin hukuken geçerli rızaya dayanması gerekmektedir, aksi takdirde organ alma suçu oluşacaktır. Organ alma, rızanın bulunmayışının bir gerek şart olarak özel olarak ifade edildiği suçlardan biridir. Bu bağlamda, herhangi bir suçta "hukuken geçerli rıza" arayışının tipikliğe ait bir unsur niteliğinde mi, yoksa hukuka uygunluk nedeninin bir tekrarı mı olduğu üzerinde durmak gerekmektedir.

Bir kimsenin kendi hakkı aleyhine bir davranışa rıza göstermesinin anlamı üzerine bütüncül ve düalist olmak üzere iki ayrı yaklaşım bulunmaktadır. Bütüncül anlayışa göre her suç hukuksal değer sahibinin iradesine karşı gerçekleştirilen bir fiildir. Bir bakıma hukuksal değer ile o değer üzerindeki tasarruf yetkisi arasında bir boşluk yoktur. Düalist yaklaşıma göre ise hukuka uygunluk nedeni olan rıza ile suç tipini ortadan kaldıran rıza olmak üzere iki farklı türde rıza söz konusudur[36].

Türk Ceza Hukuku doktrininde, fiili hukuka uygun hale getiren rıza ile fiilin tipe uymasını önleyen rıza arasında fark gözeten düalist görüş hâkimdir[37]. Bizim de katıldığımız bu ayrımı göz önünde bulundurarak Ceza Kanunumuza baktığımızda, rıza olgusuna önce 26/2. maddede[38] genel bir hukuka uygunluk nedeni olarak rastlarken, özel hükümlerde ise bazı *suç tiplerinde* rıza yokluğunun arandığını görüyoruz. *"Rızası olmaksızın"* veya *"rızasına aykırı olarak"* gibi tabirlerle ifade edilen bu düzenlemelerde kanun koyucu neden yeniden rıza hatırlatmasında bulunmuştur? Örneğin çalışmamızın konusunu oluşturan organ nakli fiilinde, *"hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın"* şeklinde bir ibare olmasaydı da zaten rıza varsa fiil hukuka uygun olacaktı, burada kanun bu ilavesiyle özel bir vurgu yapmıştır denilebilir mi? İşte bu sorulara çoğunlukla "hukuka özel aykırılık" hipoteziyle cevap verilmektedir[39].

Hukuka özel aykırılık yaklaşımına karşı çıkan görüş ise, hukuka aykırılığın bir bütün olduğuna dikkat çekerek genel ve özel aykırılık şeklinde bir tasnifin doğru olmayacağını ifade etmektedir[40].

---

36 Ekici Şahin, Meral, *Ceza Hukukunda Rıza*, İstanbul 2012, s. 72. Karşılaştırmalı hukuktaki tartışmalar ve düalist yaklaşıma ilişkin değerlendirme için bkz. Koca-Üzülmez, s. 287-289.

37 Koca-Üzülmez, s. 288; Ekici Şahin, s. 64; Artuk, Mehmet Emin-Gökçen, Ahmet-Yenidünya, Ahmet Caner, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2016, s. 455, Hakeri, Hakan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2013, s. 356, Hafizoğullari, Zeki-Özen, Muharrem, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar*, Ankara 2015, s. 100.

38 "Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez."

39 Dönmezer, C II, s. 692- 694; Demirbaş, s. 261; Soyaslan, s. 436.

40 Kunter, Nurullah, Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi, İstanbul 1949, s. 154., ÖNDER, s. 148-149.

Kanaatimizce ikinci görüş yasa tekniği ve amaçsal yorum bakımından daha uygundur. Aksi takdirde, neden şahsa karşı işlenen tüm suç tiplerinde "rıza olmaksızın" ibaresinin kullanılmadığını, niçin sadece bazı suçlarda bu kavrama yer verildiğini açıklayamazdık. Yani, genel hükümlerde zaten var olan bir hukuka uygunluk nedeninin özel hükümlerde tekrar edilmesine anlam vermek güçleşirdi[41].

O halde, rızanın bulunmamasına suç tipinde ayrı bir unsur olarak yer verilen durumlarda artık hukuka özel aykırılıktan değil, tipe uygunluk bakımından maddi unsurun bir parçasından söz ediyor olmak gerektir. Diğer bir anlatımla, suçun kanuni tanımında rızanın bulunmaması bir unsur olarak düzenlenmişse, bu suç tipleri açısından rızanın varlığı suçun oluşmasına engel olur. Dolayısıyla, organ veya doku alma fiilinin tipe uygun hale gelebilmesi için ilgilinin rızasına aykırı olarak ve bunun fail tarafından *bilinerek* gerçekleştirilmiş olması gerekecektir. Çünkü rızanın bulunmamasının suçun tanımında düzenlenmesini tipikliğin unsurlarından biri olarak nitelendirdiğimizde, failin bunu bilmemesi unsur yanılgısı oluşturup kastını bertaraf edecektir. Zira failin kastından söz edilebilmesi için, tipikliğe dâhil olan bu unsurun hukuka aykırılık özelliğini failin bilmesi gerekir[42]. Bu kapsamda dayanılacak hüküm TCK'nın 30/1. maddesidir: *"Fiilin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz. Bu hata dolayısıyla taksirli sorumluluk hali saklıdır."*

Bu durumda, tipikliğin unsuru olan rızanın mahiyetine ilişkin tartışma teorik bir değerden başka, pratik alana ilişkin de bir şey söylemektedir: Rızanın yokluğu veya geçersizliği fiilin sübutunda gözetilecek, suçun oluşabilmesi için failin rızanın geçersizliğini *bilmesi* gerekecektir[43]. Örneğin, organı alınan/nakledilen ilgilinin rızasının geçerli olmadığının bilinmemesi, hekimin kastını ortadan kaldıracak[44] ve bu durumda cezai sorumluluğu bakımından taksirli sorumluluk kapsamında bir yoklama yapılacaktır.

---

41 Ekici Şahin, s. 97.

42 Göktürk, Neslihan, *"Suçun Yasal Tanımında Yer Alan 'Hukuka Aykırılık' İfadesinin İcra Ettiği Fonksiyon",* İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt:7 Sayı:1 Yıl 2016, s. 427. Bu konuda ayrıca bkz. Sarigül, Ali Tanju, *"Ceza Hukukunda Hata Kavramı ve Suçun Maddi Unsurlarında Hatanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi",* Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 14 / 2, Ekim 2019, s. 663-692.

43 Ekici Şahin, s. 98.

44 Koca-Üzülmez, s. 289.

B.Organ Vermeye Rızayı Geçerli Kılan Şartlar

1. Genel Olarak

Tasarruf yetkisinin söz konusu olduğu durumlarda mağdurun rıza göstermesi halinde suç oluşmayacağı fikri çok eskiden beri kabul edilmektedir. Hekim-hasta ilişkisinin temeli de bu çerçevede *"volenti non fit iniuria"* (rıza gösterene karşı haksızlık söz konusu olmaz) etik/hukuki kuralına dayanmaktadır[45]. Hekimin tıbbi müdahalede bulunma yetkisinin kullanmasında başta gelen şartlardan olan rıza, organ ve doku nakli işlemlerinde de önemli bir yer tutmaktadır.

Hukuk, sadece insani amaçlarla ve belli koşullar altında organ bağışına izin verir. Bu nedenle, organ ticareti söz konusu ise rıza olsa bile bu irade, eylemi suç olmaktan çıkarmayacaktır[46]. Örneğin kişinin maddi kazanç elde etmek için böbreğini satması hukuka aykırıdır[47].

Hekimin vücuda müdahalesi, organ veya doku veren kişi bakımından ONK'daki şartlar ile belirlenen rıza ile açıklanırken, alıcı bakımından ise tıbbi müdahaleye rızanın genel koşulları karşılanmalıdır. Alıcının rızası sorulamamış olsa bile hayati tehlikeden doğan zorunluluk altında müdahalede bulunulabilir, ancak verici açısından mutlaka hukuken geçerli rızanın aranması gerekmektedir[48]. Kanunda organ alma tabiri kullanıldığına göre burada vericinin rızası zorunluluk haliyle açıklanmaz[49]. Açık-seçik ve usulüne uygun şekilde verilmiş rıza gereklidir. Organ naklinin diğer tarafı olan alıcının rızası ise varsayılan rızaya veya zorunluluk durumuna dayanabilir ki, oradaki rızanın vericideki "geçerli rıza" kavramıyla bir ilgisi bulunmamaktadır.

Hayati tehlikenin bulunduğu acil hallerde hekimin hastayla rıza ilişkisinin sınırlarını aşarak müdahale etmesi durumunda "gerçek

---

45 Centel-Zafer-Çakmut, s. 332.

46 Özen, Muharrem, *"Organ Ticareti Suçu"*, Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu (İnönü Üniversitesi 18.10.2014), Malatya 2014, s. 35.

47 *"...Sanığın savunmalarında belirttiği üzere, bir araba alış-verişi sebebiyle borçlanarak borcunu ödemek için böbreğini satmaya karar verip, diğer köylüleri aracılığıyla tanıştığı organ ticareti yapan sanıklarla irtibata geçerek anlatılan şekilde atılı suçların işlendiği olayda, kendi eylemiyle bilerek ve isteyerek neden olduğu ekonomik sıkıntısını, hayati önem taşıyan bir organını para karşılığında satmak dışında başka bir yolla giderebilme imkanının bulunması, öte yandan kişinin ekonomik sıkıntısını bu şekilde gidermeyi tercih etmesinde tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasındaki orantıdan da söz edebilme imkanının bulunmaması ve söz konusu eylemin hukukun genel ilkeleri gereğince kişinin bedeni üzerindeki tasarruf yetkisinin sınırlarının aşılması niteliğinde olması karşısında, TCK'nın 92. maddesi gereğince ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesine yeterli şartların oluşmadığı gözetilip, atılı suçlardan mahkumiyeti yerine, yazılı şekilde zorunluluk halinin varlığının kabulü ile ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi, aleyhe temyiz bulunmadığından bozma nedeni yapılmamıştır..."* (Yargıtay 12. Ceza Dairesi 10/02/2015 2015/1531 E., 2015/2378 K sayılı karar)

48 Toroslu, *"Organ Aktarma..."*, s. 101.

49 Aydin, Murat, *Organ ve Doku Nakli ve Ceza Sorumluluğu*, Ankara 2008, s. 109.

vekâletsiz iş görme" söz konusu olup hekimin haksız fiil sorumluluğu doğmaz[50]. Ceza sorumluluğu bakımından ise bu durum genellikle "varsayılan rıza" kavramıyla açıklanmaktadır. Bunun için beklenmedik bir tehlikeyle karşılaşılmış olması ve bu tehlikenin derhal müdahaleyi zorunlu kılması gerektiği ifade edilmektedir[51]. Aslında varsayılan rıza gibi *"uydurma bir kavram"* yerine görevin ifası veya hakkın kullanılması gibi ilkeler üzerinden de aynı sonuca varmak mümkündür[52]. Hekim bu olasılıkta mesleki hakkını icra ettiği için hukuka uygunluğun temelinde görevin ifası görülmelidir[53]. Nitekim Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 24/7. maddesinde hastanın hayati tehlikesinin bulunduğu ve bilincinin kapalı olduğu acil durumlarda veya hastanın organının işlevini kaybetmesi söz konusu olduğunda, hekimin rıza almadan da tıbbi müdahale gerçekleştirebileceği düzenlenmektedir.

Elbette, organ alacak kişide hastalığın arz ettiği özellikler ile hastanın içinde bulunduğu sağlık şartları göz önünde bulundurularak yapılan müdahalenin hayati risk oluşturması, müdahalenin hukuka uygunluğunu etkilemez[54]. Sağlık hizmetlerinin doğasında risk vardır, sağlık hizmetini gören kişinin bu konuda yükümlülüğü rizikonun artmasını önlemekten ibarettir[55]. Ancak, sonuçları bakımından daha az riskli olan tıbbi müdahale yönteminin tercih edilmesi şarttır. Bu şekilde tıp biliminin verilerine uygun olarak yapılan bir müdahale, kişi hayatını kaybetse bile hukuka uygundur[56].

TCK'nın 91/1. maddesinde belirtilen hukuken geçerli rızaya dayanmama olgusu, gerek Organ Nakli Kanununda belirlenmiş bulunan geçerlilik şartlarını karşılamaksızın, gerekse de hiç rıza olmaksızın organ

---

50 Şahin, Musa Furkan, *"Hekimin Gerçek Vekâletsiz İş Görmeden Kaynaklanan Sorumluluğu"*, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (2019/1), s. 145.

51 Centel-Zafer-Çakmut, s. 335.

52 Koca-Üzülmez, s. 294.

53 Gökcen, s. 64; Çakmut, Özlem, *Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi*, İstanbul 2003, s.157; Organ ve doku naklinde insancıl amaçların ön planda tutulması gerektiği, hekimin de bu amaçla tıbbi müdahalede bulunduğu, hukuka uygunluğun temelinde hümanist doktrinin olduğu yönündeki görüş için bkz. EREM, Faruk, *"Organ Nakli Hakkında Kanun"*, Yargıtay Dergisi, C.5,1 S. 4, Ekim 1979, s. 716.

54 Özgenç, s. 363. Örneğin, mağdurun böbrek taşlarının alınması gerektiğinden bahisle hastaneye yatırıldığını ve yoğun bakımda vücuduna diren takılması sırasında yapılan yanlışlıklar sonucunda gelişen enfeksiyonun bütün vücuduna yayılması karşısında bir böbreğinin alınmasına mecburen rıza gösterdiğini beyanla tedavi hatalarını yapan, böbreğini alan şahıslardan şikâyetçi olduğu bir soruşturma dosyasında alınan Adli Tıp Kurumu 2. İhtisas Kurulu raporunda; müştekinin böbrek taşına müdahalenin tıbbi kurallara uygun olduğu, bilahare gelişen enfeksiyonun bilinen bir risk olduğu, ameliyat öncesi gerekli ve yeterli tedbirlerin alındığı, tedaviyi yapan hekimlere atfı kabil ihmal ya da kusur tespit edilemediğinin belirtilmesi üzerine Ankara Cumhuriyet Başsavcılığınca şüpheliler hakkında kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilmiştir. (Söz konusu soruşturma ve Adli Tıp raporu için bkz. Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 25. Hukuk Dairesi, 11/04/2018 tarihli, 2018/365-2018/578 sayılı kararı.)

55 Hakeri, Hakan, *Tıp Hukuku*, Ankara 2012, s. 191.

56 Özgenç, s. 363.

veya dokunun alınmasını ifade etmektedir. Kanun, belli ve sıkı şartlar altında kişiye hayati tehlikeye varmayacak biçimde vücut bütünlüğüne dokunulmasına, zarar verilmesine rıza gösterme yetkisi vermektedir. ONK'nın sağlar arasında organ veya doku naklini düzenleyen ilgili hükümlerinde belirlendiği şekliyle, hukuken geçerli rızaya dayanılarak yapılan operasyonlar, TCK'nın 91/1. maddesindeki suç tipine uymayan, hukuka uygun fiiller olacaktır.

Cebir, şiddet, tehdit veya iradeyi hukuka aykırı biçimde etkileyen başka herhangi bir yolla kişinin organ vermeye razı edilmesi durumunda rızanın geçerliliğini ve dolayısıyla TCK 91/1. maddeyi değil, kasten öldürmeye teşebbüs gibi suç tiplerini tartışmak gerekmektedir. TCK'nın 91. madde gerekçesinde de işaret edildiği üzere[57], organ naklinde geçerli bir rızanın sağlaması ancak 2238 sayılı Kanun kapsamında yapılabilir. Buna göre geçerli bir rıza için; kişinin rıza ehliyetinin bulunması, verilen rızanın aydınlatılmış olması, rızanın amaç, konu ve kişi bakımından yasal sınırlar içinde kalması ve emredici şekil şartlarına uygun şekilde beyan edilmesi gerekmektedir.

2. Rıza Ehliyeti

Bir kimsenin rıza beyan etmeye ehliyetinin olabilmesi için normun koruduğu hukuksal yararın sahibi olması ve rıza açıklama yetisinin bulunması gerekir[58]. Hasta açısından rızaya ehliyet, karşılaşacağı tedavi ve müdahaleleri, tıbbi fiilleri anlaması, değerlendirmesi ve bunların vücudu üzerinde uygulanmasını isteyebilmesidir[59]. Organ alınmasına verilecek rıza da bundan farklı olmamakla birlikte ONK, bedensel ve ruhsal yeterlilik bakımından ilave hükümler içermektedir.

ONK'daki ilave hükümler, sağlık hukuku alanındaki genel nitelikte düzenlemelerin (örn. Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu) rızaya ilişkin hükümleriyle birlikte değerlendirilecek, çelişme halinde özel niteliği gereği bu kanun uygulanacaktır. Ayrıca, Hasta Hakları Yönetmeliği de verici ve alıcının haklarına ilişkin temel kılavuz olma özelliğini sürdürecektir. Kaldı ki, Yönetmelik de organ veya doku naklinde 2238 sayılı Kanun ile paralel hükümler içermekte, örneğin 18 yaşından küçük ve mümeyyiz olmayanların bu işleme taraf olamayacağını ifade etmektedir (m. 29).

2238 sayılı ONK, organ verecek kişinin mutlaka on sekiz yaşını doldurmuş, mümeyyiz ve akli ve ruhi durumu açısından kendiliğinden böyle bir karar verebilecek durumda olmasını aramaktadır (m. 5 ve

---

[57] *"Açıklanan rızanın hangi koşullarda hukuken geçerli olacağı ilgili mevzuatta düzenlenmiştir."*

[58] Içel, s. 394.

[59] Bayraktar, Köksal, *Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu*, Doktora Tezi, İstanbul 1972, s. 130.

7/c)[60]. Evlenmeyle ya da hâkim kararıyla on sekiz yaşını doldurmadan ergin olanlar da organ bağışında bulunamazlar[61].

Ayrıca, küçüklerden, vesayet ve hacir altında olanlardan veli veya vasileri aracılığı ile dahi organ ve doku alınamayacaktır[62]. 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un küçüklere tıbbi müdahaleye ilişkin hükümlerinin[63] organ nakli konusunda uygulanmasına imkân bulunmamaktadır[64]. 2238 sayılı Kanun'un 5. maddesindeki yasak çok açık ve nettir: *"On sekiz yaşını doldurmamış ve mümeyyiz olmayan kişiden organ ve doku alınması yasaktır."* Bu hüküm karşısında, on sekiz yaşını doldurmamış kişilerin bu konudaki rızaları geçerli olmayacağı gibi, anne veya babalarının rızaları da hükümsüz olacaktır.

---

60 Bayraktar, s. 16; Çakmut, s. 161.

61 Kiliçoğlu, Ahmet, *"Organ Nakli ve Doku Alınmasının Hukuksal Yönleri"*, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 1991/2, s. 250.

62 *"...2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılanması ve Nakli Hakkında Kanun'un 5. maddesinde, onsekiz yaşını doldurmamış ve mümeyyiz olmayan kişilerden organ ve doku alınması yasaklanmış; 10.08.2003 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan 2003/5960 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun Velayet, Vesayet ve Miras Hükümlerinin Uygulanmasına İlişkin Tüzüğün 15. maddesinde ise, vasinin vesayetine verilen kişinin bakımına, eğitimine, kişilik haklarının korunmasına ve hukuki işlemlerde temsiline ilişkin olarak gereken özeni göstermek, mal varlığını iyi bir yönetici gibi özenle yönetmek zorunda olduğu hükmü getirilmiştir. Dosya içindeki bilgi ve belgelerin incelenmesinden; T.Y'nin, ...sayılı kesinleşen ilamıyla kardeşi Ş.Y'ye vasi olarak atandığı, kısıtlı ile müşterek kardeşleri olan D,Y'ye, kısıtlı Ş'den organ nakli yapılabilmesi için vasi ....mahkemesinden, mahkemece Adli Tıp'tan "bir böbreğin alınması halinde diğer böbrekte hastalık veya hasar oluşmaması durumunda yaşam boyu vücut fonksiyonlarının idamesi için yeterli olacağı ancak kişide mevcut akıl zayıflığının olayın anlam ve sonuçlarını kavrama, hukuki ve psikolojik yanının değerlendirilmesine engel olacağına" ilişkin olarak alınan rapor doğrultusunda söz konusu iznin verildiği ve bu kararın 18.02.2013 tarihinde kesinleştiği anlaşılmaktadır. Yasa koyucu, vasinin yapmasının yasak olduğu iş ve işlemleri, vesayet makamının izni gereken haller ile vesayet makamının izninden sonra denetim makamının da izninin gerekli olduğu halleri açıkça saymakla, bunun dışındaki iş ve işlemlerin yapılamayacağını da göstermiştir. Kaldı ki, en temel insan hakkı olan yaşam hakkı ve vücut bütünlüğüne ilişkin olarak Anayasa'da, tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı, rızası olmadan bilimsel ve tıbbı deneylere tabi tutulamayacağı, Türk Medeni Kanunu'nda ise, ancak yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılanması ve naklinin mümkün olacağı, biyolojik madde verme borcu altına girmiş olandan da edimini yerine getirmesinin istenemeyeceği, maddi ve manevi tazminat isteminde bulunulamayacağı açıkça düzenlenmiştir. Yukarıda açıklanan mevzuatın emredici hükümleri dikkate alındığında... sayılı hükmü ile kısıtlı Ş,Y'den kardeşi E.Y'ye böbrek nakli hususunda irade beyanında bulunmak ve bu doğrultuda gerekli işlemleri yapmak üzere vasi T.Y'ye izin ve yetki verilmesine ilişkin karar usul ve yasaya aykırıdır."* (Yargıtay 18. Hukuk Dairesi'nin 06/03/2014 tarihli, 2013/16178 Esas. 2014/3998 sayılı kararı)

63 1219 SK m. 70: *"hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evvelemirde muvafakatını alırlar. Büyük ameliyei cerrahiyeler için bu muvafakatin tahriri olması lazımdır. (Veli veya vasisi olmadığı veya bulunmadığı veya üzerinde ameliye yapılacak şahıs ifadeye muktedir olmadığı takdirde muvafakat şart değildir.)"*

64 Zevkliler, Aydın, *"2238 Sayılı Yasa Kapsamında Organ- Doku Nakli Kavramı ve Hukuki Sorunlar"*, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı, 12/16 Ocak 2000, s. 282.

Öbür yandan, Avrupa İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin 20/2. maddesinde *"istisnai olarak ve kanun tarafından öngörülmüş koruyucu şartlar altında"* uygulanabileceği belirtilen farklı bir düzenleme bulunmaktadır. Buna göre, uygun bir verici bulunamadığında ve bağışın alıcı bakımından hayat kurtarıcı olma beklentisinin bulunması halinde, alıcının rıza gösterme ehliyeti bulunmayan kardeşinden de yenilenebilir dokuların alınabileceği öngörülmüştür. Ancak bunun için, yasal temsilcinin yazılı izni ve rıza açıklama ehliyetine sahip olmayan vericinin itiraz etmemiş olması gerekmektedir. Türkiye, Sözleşmede yer alan bu hükme, Organ Nakli Kanunu'ndaki yasak nedeniyle çekince koymuştur. Bu nedenle hukukumuzda sadece on sekiz yaşından büyük ve ayırt etme yeteneğine sahip olan kişilerin organ ve doku bağışında bulunabileceğine ilişkin kuralın bir istisnası yoktur[65]. Kanımızca, söz konusu Sözleşmeye Kanunu mazeret gösterip çekince koymak yerine, Sözleşmeye dayanarak Kanunu değiştirmek daha doğru bir yol olurdu.

Çocuğun organ verme yasağı mutlak iken, çocuğa organ nakledilmesi gereken durumlarda, anne ve babanın birlikte rızaları alınarak tıbbi müdahale gerçekleştirilebilecektir[66]. Veli veya vasi bu konuda karar vermekten kaçınırsa Medeni Kanun'un hâkime tedbir alma görevi veren 346. maddesi[67] gündeme gelebilecektir. Veli veya vasinin çocuğun yaşam hakkı açısından böylesine önemli bir kararı almaması, *"menfaatinin ve gelişmesinin tehlikeye düştüğü durum"* olarak kabul edilerek söz konusu madde hükmü uygulanabilecektir[68]. Nitekim benzer bir düzenleme Hasta Hakları Yönetmeliği'nde de bulunmaktadır. Yönetmeliğin 24/4. maddesi, *"müdahalede bulunmak tıbben gerekli ise"* tıbbi müdahalenin Türk Medeni Kanunu'nun 346 ve 487. maddeleri uyarınca mahkeme kararına bağlı olduğunu belirtmektedir[69].

Çocuğun hayati tehlikesi nedeniyle derhal müdahale etme zorunluluğu varsa, izin aramakla vakit kaybedilmemelidir. Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 24/7. maddesi bu gibi acil durumlarda organ nakledilecek çocuğa izinsiz-rızasız doğrudan tıbbi müdahalede bulunulmasına imkân tanımaktadır. Esasen bu imkân, Anayasanın 17/2. maddesindeki *"tıbbi zorunluluklar"* istisnasına dayanmaktadır.

2238 sayılı Kanun'un 7/c maddesi, organ vermede rıza ehliyetini yaş şartı ve mümeyyiz olma eşiğinin bir adım daha ötesine taşımış, akli ve ruhi durumu itibarıyla kendiliğinden karar veremeyecek durumda

---

65 Şahin, s. 312.

66 Hakeri, Hakan, *"Organ ve Doku Ticareti Suçu"*, Organ ve Doku Naklinde Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sorunları, İstanbul 2007, s.158.

67 *"Çocuğun menfaati ve gelişmesi tehlikeye düştüğü takdirde, ana ve baba duruma çare bulamaz veya buna güçleri yetmezse hakim, çocuğun korunması için uygun önlemleri alır"*

68 Erman, Barış, *Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu*, Ankara 2003, s. 88.

69 Bu konuda ayrıntılı bir çalışma için bkz. Ateş, Zeynep, *Küçüklerin Tıbbi Müdahaleye Rızası,* Kadir Has Üniversitesi Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2010.

olmayan kişilerden organ veya doku almayı hekimin reddetmesi zorunluluğunu da ihdas etmiştir. Bu zorunluluğa aykırı işlemlerde, hukuken geçerli bir rızadan söz etmek mümkün olmayacaktır. O halde, verici her türlü etkiden uzak bir akli olgunlukla beyanda bulunmuş olmalıdır. Aynı şekilde, vericinin isnat kabiliyetinin akıl hastalığı, sarhoşluk, sağır ve dilsizlikle malul olmaması gerekmektedir. Verici, bu amaçla bir dizi psikolojik test ve incelemeden geçirilmelidir[70].

Geçerli bir rıza beyanından söz edebilmek için her halükarda kişinin rıza iradesini dış dünyaya ortaya koyabilecek, kendisini ifade edebilecek yetenekte olması gerekir. Bu durumda, bilinci kapalı kişilerin rıza açıklamaları mümkün olmadığından rıza ehliyetlerinin varlığından da söz edilemez[71].

2238 sayılı Kanun'un 7/d maddesinde, hekimin vâkıf olduğu rızada araştırması gereken bir husus daha belirtilmiştir. Buna göre, organ verecek kişi evli ise hekim organ veya doku verme kararından eşin haberi olup olmadığını araştırıp öğrenmek ve öğrendiğini bir tutanakla tespit etmek zorundadır. Burada, eşin müdahaleden haberi olması koşulu aranmıştır. Ancak rıza ehliyetine dair bir şart söz konusu olmadığından, eşin müdahaleden haberdar olmaması, TCK 91/1 bağlamında rızayı geçersiz hale getirmeyecektir[72].

3. Aydınlatılmış Onam Hakkı

Kişinin hukuken geçerli rızasından söz edebilmemiz için, rızayı açıklayan kişinin neye razı olduğunu tam olarak bilmesi şarttır. Bu nedenle, özellikle tıbbi müdahale gibi teknik bilgi gerektiren durumlarda kişinin gerek müdahalenin ne şekilde yapılacağı, gerekse sonuçları konusunda yeterli şekilde aydınlatılmış olması gerekliliği tartışmasız bir biçimde kabul edilmektedir[73]. Zira aydınlatılmış onam hakkı, kişiye kendi yaşamı, vücudu, geleceği hakkında serbestçe karar alma, kaderini belirleme hakkı temin etmektedir[74]. Bu yönüyle aydınlatılmış onam, organ nakli gibi tıbbi müdahalelerde verilecek rıza ile başka müdahalelere verilebilecek rıza arasındaki en belirgin fark olarak görünmektedir.

Organ Nakli Kanunu'nun *Bilgi verme ve araştırma yükümlülüğü* kenar başlıklı 7. maddesinin a ve b bentlerinde hekime şu görevler yüklenmektedir:

---

70 Bayraktar, s.191.

71 Şare, Ersin, *"Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlarda İlgilinin Rızası"*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 21 (2) , 977-1023, 2019, s. 982.

72 Bayraktar, s. 17.

73 Erman, s. 99.

74 Yücel, s. 197.

a) Vericiye, uygun bir biçimde ve ayrıntıda organ ve doku alınmasının yaratabileceği tehlikeler ile, bunun tıbbi, psikolojik, ailevi ve sosyal sonuçları hakkında bilgi vermek;

b) Organ ve doku verenin, alıcıya sağlayacağı yararlar hakkında vericiyi aydınlatmak.

Görüldüğü üzere, ONK hekimin zaten var olan genel aydınlatma yükümlülüğünün[75] konu ve kapsamını, organ nakline ilişkin müdahaleler bakımından daha somut bir içerikle özel olarak düzenlemektedir[76]. Aynı şekilde, Avrupa Biyotıp Sözleşmesi'nin 5. maddesinde de aydınlatmanın kapsamı *"önceden, müdahalenin amacı ve niteliği ile sonuçları ve tehlikeleri hakkında uygun bilgiler"* olarak belirlenmiş, aynı maddede ilgilinin onamını her zaman serbestçe geri alabileceği belirtilmiştir.

Ancak unutmamak gerekir ki, hekimin muhatabını aydınlatabilmesi için önce kendisinin vaka konusunda tamamen aydınlanmış olması gerekir. Bu nedenle hekimin ONK'nın 9. maddesinde belirtildiği şekliyle müdahale öncesinde organ ve doku nakli konusundaki muhtemel riskleri en aza indirebilmek amacıyla gerekli tıbbi inceleme ve tahlilleri yapması ve sonucunu bir olurluluk raporu ile tespit etmesi gerekmektedir[77]. Bu işlem yapıldıktan sonra organı alınacak kişi aydınlatılıp rızası sorulmalıdır.

Aydınlatmanın amacı, kişinin rızasının sağlıklı şekilde doğmasını ve serbest iradesinin oluşmasını sağlamaktır. Kendisinden organ veya doku alınacak kişi gerektiği gibi aydınlatılmadan rızası alınmışsa, bu rıza hukuken geçersiz sayılacak, geçersiz rızaya dayanılarak yapılan organ veya doku alma fiili suç teşkil edecektir.

---

[75] 2014 yılında Hasta Hakları Yönetmeliği'nde yapılan değişikliklere kadar Türk Hukukunda hekimin aydınlatma yükümlülüğünün koşullarını ve sınırlarını belirleyen ayrıntılı bir hüküm mevcut değildi. O dönem içerisinde bu konuda en temel düzenleme olarak Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 14. maddesi gösterilmekteydi. Düzenlemeye göre, *"Tabip ve diş tabibi, hastanın vaziyetinin icabettirdiği sıhhi ihtimamı gösterir. (...) Hastanın maneviyatı üzerinde fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimali bulunmadığı takdirde, teşhise göre alınması gereken tedbirlerin hastaya açıkça söylenmesi lazımdır."* (Ozanoğlu, Hasan Seçkin, *"Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü"*, AÜHFD, C.52, S.3, Ankara 2003, s. 70.). Hasta Hakları Yönetmeliği'nde yapılan 8 Mayıs 2014 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan değişiklerle, hastanın bilgi alma ve hekimin aydınlatma yükümlülüğüne ilişkin olarak hekimlere oldukça kapsamlı ve çağdaş standartlarda bir çerçeve sunulmuştur. Organ veya doku alma fiilinde de bu zemin yoklanmalı ve somut vakaya uyan tüm hususlara riayet edilmelidir.

[76] Abik, Yıldız, *"Canlıdan (Sağlararası) Organ ve Doku Nakli"*, Ankara Barosu V. Sağlık Hukuku Kurultayı, 2013, s. 107.

[77] Gökcen, s.69.

Organ veya dokuyu alacak hekim, özellikle müdahalenin tehlikeleri, riskleri ve ileride ortaya çıkabilecek olumsuzluklar hakkında vericiyi bilgilendirmelidir[78]. Bu bilgilendirmenin uygun bir biçimde ayrıntılı şekilde yapılması; müdahalenin tıbbi, psikolojik, ailevi ve sosyal sonuçlarını kapsayacak boyutta olması gerekmektedir. Örneğin; bir böbreğini vermek isteyen vericinin tek böbrekle yaşamanın muhtemel sakıncaları hakkında aydınlatılması şarttır. Hekimin tüm tehlike ve riskleri ayrıntılı biçimde açıklaması gerekir. İlgilinin eksiz veya yetersiz şekilde bilgilendirilmiş olması durumunda bu aydınlatmaya dayalı olarak alınmış rıza da hukuken geçersiz sayılacaktır[79].

Ayrıca, aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı belirlenirken, ülkenin sosyo-kültürel yapısı, somut olayın koşulları, hastanın eğitim düzeyi, fiziksel ve psikolojik yapısı da göz önünde bulundurulmalıdır[80]. Hekim, organ nakli ile ilgili aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirirken, tıbbi kavram ve deyimlerden olabildiğince kaçınmalı, muhatabının anlayabileceği bir dili tercih etmelidir. Amaç, bilgi aktarımı değil, ilgilinin anlamasıdır[81].

Aydınlatmanın yapılacağı zaman konusunda kesin bir kural koymak mümkün değildir. Doğal olarak, aydınlatma rızanın alınmasından hemen önce değil, vericiye düşünme ve isterse yakınları ile görüşme fırsatı tanınarak yapılmalıdır. Bilgilendirmenin, hastanın

---

78 Gökcen, s. 71.

79 *"...Salt ameliyata rıza göstermek yeterli değildir. Ayrıca, komplikasyonların da izah edilmesi gerekmektedir... Yukarıda izah edilen açıklamalar ışığında somut olaya bakılacak olursa, davacılardan M.D'nin geçireceği operasyonlarla ilgili "Ameliyatlar ve Girişimsel İşlemler İçin Bilgilendirilmiş Onam Formu"na imzasının alındığı, anılan formda olası risk ve komplikasyonların açıklandığı ve hastanın da bu işleme rıza gösterdiği yazılı ise de, bu rızanın az yukarıda vurgulandığı üzere aydınlatılmış rıza olması gerekir. Anılan belgelerde önerilen tedavi yönteminin başarı şansı ve süresi, bu yöntemin hastanın sağlığı için taşıdığı riskler, tıbbi sonuçları ve olası komplikasyonları konularında bir açıklama bulunmamaktadır. Her ne kadar mahkemece, davacının 2006 yılı Hasta Hakları Yönetmeliğine uygun biçimde onayının alındığı, yapılacak ameliyatların hasta onam belgesine kısaltılarak yazıldığı ancak davacının bunu anlayıp acil operasyon da olmak üzere onay verdiği, dosya kapsamına göre, tıbbi konuda tedavisini yürüten doktorlara ve hastaneye kolaylıkla ulaşabildiği, yapılan tıbbi müdahale sonrası oluşan durumda davalı tarafa yüklenecek kusur bulunmadığı, benimsenmiş ise de, dosyaya kazandırılan 25.02.2017 tarihli bilirkişi heyeti raporunda da açıklandığı gibi, aydınlatılmış onam formunda yapılan cerrahi girişime ait spesifik herhangi bir tıbbi bilgi bulunmadığı, hasta hakları yönetmeliğine ve etik ilkelere göre hastaya yeterince sözlü bilgi verilip verilmediği konusunda da ispatın olmadığı gözlemlenmiştir. O halde, aydınlatılmış onamda ispat külfetinin hekim yada hastanede olduğu gözetilerek davalıların sorumlu olduğu kabul edilmeli ve hasıl olacak sonuca uygun bir karar verilmeliyken, yanılgılı değerlendirmeyle, yazılı şekilde hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.."* (Yargıtay 13.Hukuk Dairesinin 22/05/2019 tarihli, 2017/8664 Esas., 2019/6410 sayılı kararı)

80 Ozanoğlu, s.70.

81 Yücel, s. 207.

serbest iradesiyle karar verebileceği bir zamanda yapılması gerekmektedir[82].

Aydınlatma açısından herhangi bir şekil şartı öngörülmemiş olup, bu konunun hekimin görevine uygun şekilde kullanacağı takdirine bırakılmış olduğu kabul edilmektedir[83]. Türk Tabipler Birliği'nin 1 Şubat 1999 tarihinde ilan ettiği Hekimlik Meslek Etiği Kuralları bu bağlamda yardımcı olabilecek yol gösterici bir kılavuz niteliği taşımaktadır.

3. Rızanın Amaç, Konu ve Kişi Bakımından Sınırları

Rızaya ilişkin genel hipotezin organ nakline yansıması bakımından Organ Nakli Kanunu, kişinin organı üzerindeki tasarruf yetkisine 8. maddede şöyle bir sınır çizmiştir: *"Vericinin yaşamını mutlak surette sona erdirecek veya tehlikeye sokacak olan organ ve dokuların alınması yasaktır"*. Bu maddeden anlaşılacağı gibi, rıza bulunsa dahi, vericinin hayatını sona erdirecek ya da tehlikeye sokabilecek bazı organ ve dokuların örneğin kalp gibi vücuttaki tek ve hayati önemde olan organ ve dokuların alınması yasaktır[84]. Dolayısıyla, böyle bir organ nakline ilişkin rıza da hukuken geçersiz olacaktır.

Bu itibarla organ nakli, vericide hayati tehlikeye neden olmamalı, bunun da ötesinde bu organın yokluğuna rağmen kişi gündelik hayatını, mesleğini, toplumsal ilişkilerini aksatmadan sürdürebilmelidir[85]. Başka bir deyişle, rızanın kapsamı bakımından aranan şart, vericinin bilerek ve isteyerek feda ettiği menfaatinin alıcının menfaatinden daha az olması ve vericinin verdiği organ dolayısıyla kendisine bir zarar gelmemesidir[86].

Organ nakline rızanın geçerli olmasının diğer bir şartı olarak, naklin tıpta denenmiş, tehlikeli sonuçları büyük ölçüde bertaraf edilmiş bir yöntemle yapılması gerektiği ileri sürülmüştür[87]. Bizim de katıldığımız bu görüşe göre, organ nakli tedavi amacı dışında ya da henüz deneme safhasında olan bir yöntemle yapılacaksa, buna ilişkin rıza kural olarak geçerli olmaz[88]. Gerçekten, Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi m. 11/3[89] ile Hasta Hakları Yönetmeliği m. 27/2[90]

---

82 Gökcen, s.71.

83 Erman, s.104.

84 Alaboğa Abdullah, *"Organ veya Doku Ticareti Suçu Üzerine Düşünceler"*, Konya Barosu Dergisi, Cilt 2 S. 1, Ocak 2018, s. 250.

85 Aksaray, Buse, *"Organ ve Doku Naklinin Hukuki Boyutu"*, Sağlık Hukuku Makaleleri II, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2012, s. 158.

86 Bayraktar, s.191.

87 Dural-Öğüz, s 109

88 Dural-Öğüz, s. 109.

89 *"Evvelce tecrübe edilmiş olmamakla beraber, zarar vermesine ihtimal bulunmayan ve hastayı kurtarması kati görülen bir müdahale yapılabilir."*

90 *"Evvelce tecrübe edilmemiş bir tıbbi tedavi ve müdahale usulü, ancak zarar vermeyeceğinin ve hastayı kurtaracağının mutlak olarak öngörülmesi halinde yapılabilir."*

hükümleri istisna niteliğinde yaklaşım sergileyerek genel kuralı dolaylı olarak teyit etmektedir.

Söz konusu düzenlemelere göre, ilk defa denenecek bir yöntemde ancak hastaya zarar verme ihtimali bulunmaması ve hastayı kurtaracağına kati surette inanılması halinde kişinin rızasına başvurulabilir. Fakat şu hususu da dikkatten uzak tutmamakta yarar bulunmaktadır; organ alma suçu bakımından araştırılan "geçerli rıza" alıcının değil, vericinin rızasıdır. Dolayısıyla, Hasta Hakları Yönetmeliği m. 27 ve Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi m. 11'de ifadesini bulan istisna, organ nakledilecek kişi bakımından söz konusu olacaktır. İlk defa denenecek yöntemde verici bakımından hayati tehlike varsa, bu konuda verilecek rıza her durumda geçersizdir.

Rızanın kapsamına ilişkin bir diğer konu da alıcı kişi yönünden sınırlamadır. Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği'nin 16/1. maddesi gereğince, sağlar arası organ nakli; *"alıcının en az iki yıldan beri fiilen birlikte yaşadığı eşi ile dördüncü dereceye kadar (dördüncü derece dâhil) kan ve kayın hısımlarından yapılabilir."* Benzer düzenleme daha önce Ulusal Organ ve Doku Nakli Koordinasyon Sistemi Yönergesi'nin 9/1-f maddesinde de bulunmaktaydı. Organ Nakli Kanunu'nda bu konuda herhangi bir sınırlama yapılmamışken, yani yasal hiçbir engel yokken ikincil mevzuatla kapsamın daraltılması doktrinde haklı olarak eleştirilmektedir[91]. Bu tarz bir kısıtlama yapılacaksa bunun yerinin kanun olduğu konusunda tereddüt edilmemelidir.

4. Rıza Beyanının Şekil Şartı

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 28. maddesi, mevzuatın öngördüğü istisnalar dışında rızanın herhangi bir şekle bağlı olmadığını belirtmektedir. Organ Nakli Kanunu, *"mevzuatın öngördüğü istisnalar"*dan biridir. ONK'ya göre, organ verecek kişinin en az iki tanık huzurunda açık, bilinçli ve tesirden uzak olarak verdiği yazılı rıza beyanının hekim tarafından onaylanması ya da vericinin yine en az iki tanık önünde sözlü olarak rıza beyan edip, bu beyanın aktarıldığı tutanağı imzalaması ve bunun hekim tarafından onaylanması gerekmektedir (m.6).

Şu halde, organ alınmasına rıza verirken yazılılık şarttır. Bu şart, doğrudan kişinin yazmasıyla gerçekleşebileceği gibi, ilgilinin beyanını yazıya döken tutanağın onun tarafından imzalanması şeklinde de olabilecektir. Yazının el yazısı mı dijital mi olduğu veya resmi dilde olup olmadığı önemli değildir[92]. Kişi rızasını sözlü olarak beyan etmiş olsa da bu beyan tutanağa geçirilerek imzalandığı takdirde rıza yine yazılı olarak verilmiş kabul edilmelidir[93].

---

91 Hakeri, Tıp Hukuku, s. 175.
92 Bayraktar, s.17.
93 Zevkliler, s. 282; Gökcen, s. 68.

Kural olarak; rızanın icrai hareketin başladığı anda mevcut olması ve hareketin bitimine kadar devam etmesi gerekmektedir. Hareket başladıktan sonra rızanın geri alınması ise, bu andan itibaren devam edecek her davranışı geçersiz ve hukuka aykırı hale getirecektir[94]. Hasta Hakları Yönetmeliği bu konuda farklı bir düzenleme içermekte, rızanın geri alınmasını tıbbi yönden sakınca bulunmamasına bağlamaktaydı. Rıza kavramının mahiyetine ters olan bu hüküm 2014 yılında yapılan değişiklikle yönetmelikten kaldırılmıştır.

Son olarak, rızada temsilin mümkün olmadığını da belirtmeliyiz. Vücut bütünlüğünü ihlal eden bir fiilin işlenmesine razı olmak, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir değer ya da hak olduğundan, bu değerin ya da hakkın zarara uğratılmasına veya tehlikeye sokulmasına razı olma kararının bir başkasına vekâleten devredilmesi halinde geçerli bir rızadan söz edilemez[95]. Buna karşılık, müdahaleye şahsın kendisi rıza göstermesi kararının bir temsilci vasıtasıyla açıklanması mümkündür[96].

Öte yandan, 2238 sayılı Kanun, rızada temsil yasağına ilişkin istisnai bir hüküm içermektedir. Kanunun 14/1. maddesine göre; bir kimse sağken resmi veya yazılı bir vasiyetle organ bağışında bulunmamış veya bu konudaki isteğini iki tanık huzurunda açıklamamış ise sırasıyla ölüm anında yanında bulunan eşi, reşit çocukları, ana veya babası veya kardeşlerinden birisinin; bunlar yoksa yanında bulunan herhangi bir yakınının[97] muvafakatiyle ölüden organ veya doku alınabilir. Bu düzenleme olmasaydı, başka birinin rızası ölü üzerinden organ alınmasını sağlayamayacaktı. Zira her ne kadar organı bir başkasına nakledilecek kişi tıbben ölü kabul edilse de, öldükten sonra vücudu üzerinde ne gibi tasarrufta bulunulabileceği kararı sağken yine o kişiye aittir. Düzenleme sayesinde sağken böyle bir iradesi ve rızası bulunmamasına rağmen, yakınlarının kararıyla, öldükten sonra kişinin organları bir başkasına bağışlanabilmektedir[98]. Kuşkusuz, kişi sağken ölümünden sonra organ veya doku alınmasına karşı olduğunu belirtmişse hiçbir koşulda organ ve doku alınamaz (2238 SK m. 14/3). Aksine davranış, ölüden organ veya doku alma suçundan sorumluluk doğmasına yol açacaktır.

---

94 Dönmezer-Erman, II, n.751.

95 Soyaslan, Doğan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2016, s. 359.

96 Içel, s. 397.

97 Kanunda yer alan *herhangi bir yakınının* ibaresinin belirsiz ve geniş yorumlanabilecek nitelikte olduğu, uygulamada komşuluk, hemşehrilik boyutuna kadar varabilecek şekilde değerlendirilerek rızayı tamamen önemsizleştirme riskini içinde barındırdığı, bu nedenle daha açık bir düzenlemeye ihtiyaç olduğu yönündeki görüş ve değerlendirmeler için bkz. ŞAHİN, s. 320.

98 Şare, s. 977.

SONUÇ

Organ ve doku nakli, modern tıbbın insanlığa sunduğu en büyük hizmetlerden biridir. İnsan hayatının korunması ve insanın yaşatılması, bireysel olduğu kadar toplumsal da bir ihtiyaçtır. Tıptaki gelişmelerin haklar temelinde topluma sunulmasının teminatı olan hukuk, bu ihtiyacı karşılayan kurallar öngörmektedir.

Hukuk sistemimiz, sağ iki insan arasındaki organ naklinde vericinin rıza gösterme hakkını istisnai olarak tanımaktadır. Vericinin hayati tehlikesinin olmaması, bunun da ötesinde nakil sonrasında herhangi bir olumsuz etkilenmeye maruz kalmaması gerekmektedir. Bu şartlar altında verilip de başkasının hayatını kurtaracak organ türü oldukça sınırlıdır.

Hukuk, yaşam hakkı konusunda kişilere fedakârlık yapma hakkı tanımamaktadır. Geçerli bir rızaya dayanarak organ veya doku verilebilmesi ancak insani ve üstün etik gayelerle yapılabilir. Bu eylem ticari bir amaçla yapıldığında geçerli rıza olsa da eylem organ veya doku ticareti suçuna dönüşecektir.

Kişilere karşı işlenen her suç zaten rızaya rağmendir, kişinin üzerinde tasarruf edebileceği her hukuki konuda rıza hukuka uygunluk sebebidir. O halde özel hükümlerde yeniden rıza kavramına başvurulmasının anlamı farklı olmalıdır. Organ alma suçunda rızanın geçersiz olduğunun fail tarafından bilinip bilinmediğini, bilebilecek durumda olup olmadığını suçun manevi unsuru bakımından araştırmak gerekecektir. Yine failin bu konudaki hatası, hukuka uygunluk sebebinde hata değil, unsur yanılgısı olarak kabul edilmelidir.

Türkiye, pek çok ülkeden önce mevzuatına organ ve doku nakline ilişkin hükümleri kazandırmıştır. 1979 gibi görece erken bir dönemde hayata geçen 2238 sayılı "Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılanması ve Nakli Hakkında Kanun" bu alanda birçok soruya cevap vermektedir. Ancak, organ nakli alanında yeni gelişmelerin, tıpta ve hukukta yeni eğilimlerin sık sık görüldüğü kuşkusuz bir gerçektir. 2238 sayılı Kanun'un bu dinamik yapıya uygun bir seyir izlemesi gerekmektedir. Bu kapsamda, 03.12.2003 tarihinde kabul edilip 20 Nisan 2004 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Avrupa İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi perspektifinden 2238 sayılı Kanun'un standartları gözden geçirilmelidir.

Aynı şekilde, Organ Nakli Kanunu'nda yer almayıp da ikincil mevzuatla getirilen sınırlamaların da Kanun içine alınması, gözetilen hukuki konu bakımından daha uygun olacaktır. Örneğin, Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği'nin 16/1. maddesi gereğince, sağlar arası organ nakline getirilen eş ya da akrabalık sınırlaması kanunla düzenlenmelidir.

KAYNAKÇA

Abik, Yıldız, *"Canlıdan (Sağlararası) Organ ve Doku Nakli"*, Ankara Barosu V. Sağlık Hukuku Kurultayı, 2013.

Akıncı, Şahin, *Türk Özel Hukukunda İnsan Kökenli Biyolojik Madde (Organ -Doku) Nakli Kavramı ve Bundan Doğan Hukuki Sonuçlar*, Ankara 1996.

Aksaray, Buse, *"Organ ve Doku Naklinin Hukuki Boyutu"*, Sağlık Hukuku Makaleleri II, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2012.

Alaboğa Abdullah, *"Organ veya Doku Ticareti Suçu Üzerine Düşünceler"*, Konya Barosu Dergisi, Cilt 2 S. 1, Ocak 2018.

Artuk Mehmet Emin-Gökçen Ahmet-Yenidünya Ahmet Caner, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 10. Baskı, Ankara 2016.

Atak, İsmail, *"Tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluk şartları"*, Türk Ortopedi ve Travmatoloji Birliği Derneği Dergisi, 2020/4.

Ateş, Zeynep, *Küçüklerin Tıbbi Müdahaleye Rızası,* Kadir Has Üniversitesi Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2010.

Aydın, Murat, *Tıbbi Müdahale Olarak Organ ve Doku Nakli ve Ceza Sorumluluğu*, Ankara 2008.

Aygörmez, Gülsün Ayhan, "*Hukuki Kurum Rızanın, Tıp Ceza Hukukunda Geçerli Olarak Kurulması"*, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 6, Sayı: 2, Aralık 2009.

Bayraktar, Köksal, *Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu,* Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi, İstanbul 1972.

Centel, Nur-Zafer, Hamide-Çakmut, Özlem Yenerer, *Türk Ceza Hukukuna Giri*ş, İstanbul 2020.

Çakmut, Özlem, *Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi*, İstanbul 2003.

Çiftçioğlu, Cengiz Topel, *"Türk Ceza Kanununda Organ veya Doku Ticareti Suçu"*, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 14 S. 2, Temmuz 2015.

Demirsoy Aşıkoğlu, Eda, *"Kişi Dokunulmazlığı Hakkı Bağlamında Rıza Olmaksızın Yapılan Tıbbi Müdahaleler"*, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl: 9, Sayı:35, Temmuz 2018.

Demirbaş, Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2020.

Dönmezer, Sulhi-Erman, Sahir, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, C.2, İstanbul 1994.

Dural, Mustafa-ÖĞÜZ, Tufan, *Türk Özel Hukuku,* C.II Kişiler Hukuku, İstanbul 2002.

Ekici Şahin, Meral, *Ceza Hukukunda Rıza,* İstanbul 2012.

Erem, Faruk, *"Organ Nakli Hakkında Kanun"*,Yargıtay Dergisi, C.5,1 S. 4., Ekim 1979.

Erman, Barış, *Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu*, Ankara 2003.

Gökcen, Ahmet, *"Organ ve Doku Nakli Üzerine Düşünceler"*, SÜHFD, Milenyum Armağanı, C.8, S.1-2, 2000.

Göktürk, Neslihan, *"Suçun Yasal Tanımında Yer Alan 'Hukuka Aykırılık' İfadesinin İcra Ettiği Fonksiyon",* İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt:7 Sayı:1 Yıl 2016.

Hafızoğullları, Zeki-Özen, Muharrem, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar*, Ankara 2015.

Hakeri, Hakan, *"Organ ve Doku Ticareti Suçu",* Organ ve Doku Naklinde Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sorunları, İstanbul 2007.

Hakeri, Hakan, *Tıp Hukuku*, 5. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara, 2012.

Hakeri, Hakan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2013.

İçel, Kayıhan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul 2018.

Kılıçoğlu, Ahmet, *"Organ Nakli ve Doku Alınmasının Hukuksal Yönleri"*, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 1991/2.

Koca, Mahmut-Üzülmez, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2017.

Koca, Mahmut, *"İntihara Yönlendirme Suçu (TCK m. 84)"*, CHD, Cilt: 5, Sayı: 12, 2010.

Koçak Süren, Özlem, *"Organ ve Doku Naklinin Yasal ve Etik Açıdan İncelenmesi"*, TBB Dergisi, Sayı 73, 2007.

Kunter, Nurullah, *Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi*, İstanbul 1949.

Ozanoğlu, Hasan Seçkin,*"Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü"*, AÜHFD, C.52, S.3, Ankara 2003.

Ömeroğlu, Ömer, *"Organ ve Doku Ticareti Suçu"*, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt 5 S. 42, Şubat 2010.

Önder, Ayhan, *Ceza Hukuku Dersleri*, İstanbul 1992.

Özbek, Veli Özer -DOĞAN, Koray-BACAKSIZ, Pınar, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara 2020.

Özen, Muharrem, *"Organ Ticareti Suçu"*, Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu (İnönü Üniversitesi 18.10.2014), Malatya 2014.

Özgenç, İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2014.

Parlak, Şafak, *"Organ Bağışı ve Organ Naklinde Ortaya Çıkan Sorunlar"*, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 22.83, 2009.

Sarıgül, Ali Tanju, *"Ceza Hukukunda Hata Kavramı ve Suçun Maddi Unsurlarında Hatanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi"*, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 14 / 2, Ekim 2019.

Soyaslan, Doğan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2016.

Sulu, Muhammed, *"Ötenazi Üzerine"*, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 22 (1), 2017.

Şahin, Musa Furkan, *"Hekimin Gerçek Vekâletsiz İş Görmeden Kaynaklanan Sorumluluğu"*, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2019/1.

Şare, Ersin, *"Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlarda İlgilinin Rızası"*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 21 (2) , 977-1023, 2019.

Toroslu, Nevzat, *"Organ Aktarma ve Cezai Sorumluluk"*, AÜHFD, S:1-4, 1978.

Toroslu, Nevzat-TOROSLU, Haluk, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, Ankara 2019.

Uygun, Çağatay, *"Organ ve Doku Nakli"*, İstanbul Barosu Dergisi, 90/4, 2016.

Ünver Yener, *Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer*, Ankara 2003.

Yücel, Özge, *"Medeni Hukuk Bakış Açısıyla Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Koşulları"*, Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları, Ankara 2018.

Zevkliler, Aydın, *"2238 Sayılı Yasa Kapsamında Organ-Doku Nakli Kavramı ve Hukuki Sorunlar"*, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı, 12/16 Ocak 2000.

GALLEYE MÜSTEHAK VAKIF EVLATLIĞININ TESPİTİ DAVASI

The Case of Determination Foundation Revenue Entitled Descendant

Fatih Yaşar MENGÜÇ*

Özet: Mülga 05 Haziran 1935 tarihli ve 2762 sayılı Kanun, mülga 743 sayılı Türk Kanunu Medenîsi'nin yürürlük tarihinden önce vücut bulmuş esnaf vakıfları, cemaat vakıfları ve yönetimi vakıf evlatlarına bırakılmış vakıflar ile mazbut vakıfların hukukunu belirlemiştir. Vakıflarla ilgili düzenlemeler zamanla değişse de Birinci Teşrin (17 Şubat) 1926 tarihli 743 sayılı Türk Kanunu Medenîsi'nin yürürlük tarihinden önce kurulmuş olan zürrî vakıf niteliğindeki mazbut ve mülhak vakıflarda, vakıf evlatlarının galle üzerindeki hakları korunmuştur. Bugün yürürlükte bulunan 5737 sayılı Vakıflar Kanunu'nda ve 20 Ağustos 2013 tarih 28741 sayılı Vakıflar Yönetmeliği'nde de bu kapsamda olanların haklarını ne şekilde kullanacaklarına dair usûl ve esaslar mevcuttur. Vakıf evladı olduğu kesinleşmiş mahkeme kararıyla tespit edilmiş kişi, vakfiyedeki koşulları da sağlaması halinde galle fazlasını almaya müstehak olduğunun tespitini de isteyebilir. Bu taleplerini ayrı ayrı yapabileceği gibi birlikte de yapabilir. Kişinin, vakıf evladı olduğunun tespiti ile vakfın gallesinden kendisine düşen payı talep ederek açtığı davaya *"galleye müstehak vakıf evlatlığının tespiti davası"* denir. Yazımızda bu davanın koşullarını ve sonuçlarını incelemeye çalıştık.

Anahtar Kelimeler : Galle, vakıf evladı, zürri vakıf, vakıf senedi, galleye müstehak evlat.

Abstract: The repealed 2762 numbered Foundations Law and dated 05 June 1935 determined the law of tradesman foundations, community foundations and foundations whose management was entrusted to the children of the fused foundations and annexed foundations that came into existence before the effective date of the repealed Turkish Civil Law. Although the regulations on foundations changed over time, the rights of the children of the foundation on the foundation revenue were preserved in the subordinate and annexed foundations established before the effective date of the repealed of the Turkish Law of 1926. In the Foundations Law numbered 5737 and the Foundations Regulation No. 28741 dated 20 August 2013, there are procedures and principles regarding how those within this scope will exercise their rights. The person who is determined to be a foundation child by a court decision may also request the determination that he is entitled to receive the revenue (galle) surplus if he meets the conditions in the foundation. These requests can be made individually or together. The lawsuit filed by the individual by requesting his / her share from the foundation's revenue with the determination that he / she is the child of the foundation is called "the lawsuit for determination of the foundation's adoption of the revenue entitled descendant". In our article, we tried to examine the conditions and consequences of this case.

Keywords : Foundation revenue, foundation child, descendant foundation, foundation document, revenue entitled descendant.

* Hakim, Erzurum Bölge Adliye Mahkemesi 5. Ceza Dairesi
yafamenguc@gmail.com, ORCID: 0000-0002-7872-8187
Makale Geliş Tarihi: 25.02.2021, Makale Kabul Tarihi: 22.04.2021

Giriş

Vakf sözcüğü Arapça kökenli bir kelime olup, alıkoyma, durdurma, tutuklama, duruş anlamına gelmektedir[1].Türk Hukuk Tarihi terminolojisinde ise vakıf, "bir malı kullanım hakkını şahıslara, mülkiyeti Allah'a ait olmak üzere başkasının mülkiyetine vermek veya mülkiyetini almaktan alıkoymak" şeklinde tanımlanmıştır[2]. Başlı başına bir malvarlığı bulunmak üzere bir malın belirli bir amaca özgülenmesi (tahsisi); bir malvarlığının tümü veya gerçekleşmiş olan ya da gerçekleşeceği anlaşılan her türlü geliri yahut ekonomik değeri vakfedilebilir; vakıf, resmi senetle veya vasiyet yoluyla kurulur ve vakfedenin ikametgahındaki asliye mahkemesinde tutulan sicile yazılmakla tüzel kişilik kazanır[3]. Vakfedene vâkıf, vakfedilen mala mevkuf (mahall-i vakf) ve vakıftan istifade edenlere mevkufün aleyh veya meşrûtün leh denir[4].

Hristiyanlığın kabul edildiği imparatorluk döneminde, kilisenin etkisiyle hayır işleri için yapılan ve piskoposların denetiminde idare olunan "pia causa" diye adlandırılan tesislerin ortaya çıkışına kadar, tüzel kişilik kazandırılarak belli bir amaca özgülenen malvarlıkları (vakıflar), klasik Roma hukukunda bilinmiyordu[5]. Roma Hukuku kökenli "Fideicommissum Familiae Relictum" gibi veraset rejimlerinden hareketle, İslam toplumlarından önce de vakfın var olduğu ve Müslüman halkın vakıf müessesesini, Roma toprakları içinde olan halktan görerek, geliştirip zenginleştirdiği şeklinde görüşler mevcut[6] ise de vakıf müessesesinin özü itibarıyla İslam Hukuku kaynaklı[7] bir kurum olduğunu söyleyebiliriz. Bir çok müellif, Kabe ve Mescidi Aksa gibi temel kutsal mekanların vakıf özelliğinden söz etmiş; vakıf müessesinin köklerini Hazreti Peygamber dönemine dek bağlamıştır. Kuran-ı Kerim'de "Sevdiğiniz şeylerden Allah yolunda harcamadıkça iyiliğe erişemezsiniz[8], Hayır olarak ne harcarsanız, kendiniz içindir. Zaten siz

---

1 Öztürk, Nazif, *Elmalılı M. Hamdi Yazır Gözüyle Vakıflar*, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, Ankara 1995, s. 50.

2 Akgündüz, Ahmet, *İslam Hukukunda ve Osmanlı Tatbikatında Vakıf Müessesesi,* Ankara, 1988, s. 42.

3 Yılmaz, Ejder, *Hukuk Sözlüğü*, Ankara, 1992, 4. Bası, s.954.

4 Ekinci, Ekrem Buğra, *Osmanlı Hukuku*, Arı Sanat Yayınları, İstanbul, 2008, s. 413.

5 Koschaker Paul, Çev.: Kudret Ayiter, *Roma Özel Hukukunun Ana Hatları*, İzmir, 1993, s. 99.

6 Söğüt, İpek Sevda, "*Roma ve Türk Hukuku'nda Aile Fideikomisisi (Fideicommissum Familiae Relictum) Kavramı "*, TBB Dergisi, S.147, Ankara, 2020, s. 155.

7 *'Kökü İslâm hukukuna dayanan ve bir sosyal yardım kurumu olan vakıflar, bir mülkün menfaatlerinin sosyal ve kültürel hizmetlere tahsis edilmek üzere özel mülkiyetten çıkarılarak temlik ve temellükten yasaklanmak suretiyle kamu yararına özgülenmesini ifade etmektedir.'* (Bkz. Anayasa Mahkemesi'nin 26 Aralık 2013 tarihli 2013/70-166 E.K sayılı Kararı)

8 *Kuran-ı Kerim ve Türkçe Açıklamalı Meali*, Hadimül Haremeyn Mushafı Şerif Basım Kurumu, Medine 2013, s. 62. (Âli İmran , 3/92)

ancak Allah'ın rızasını kazanmak için harcarsınız. Hayır olarak her ne harcarsanız hiç hakkınız yenmeden karşılığı size tastamam ödenir[9]" ifadelerini içeren ayetler; Hadis-i Şerifte "İnsan ölünce üç şey dışında ameli kesilir. Sadaka-i câriye yani faydası kesintisiz devam eden hayır, kendisinden faydalanılan ilim ve kendisine dua eden hayırlı evlat[10]"ifadeleriyle desteklenmiştir. Tüm bu hükümler vakıfın şer'i delilleridir. Dolayısıyla müslüman toplumlarda vakıf kurmak, ihya etmek ve onu yaşatmak dini bir sorumluluk olarak benimsenmiş ve özendirilmiştir[11]. Bakara suresinin 282. ayeti[12] hukuk aleminde sonuç doğuracak muamele ve akitlerin yazı ile tevsik edilmesini emrettiğinden, vakıf işlemlerinin de yazılı olarak yapılması benimsenmiştir. İslam hukuku tatbikatında vakıf tesisleri için vakıf senetlerinin düzenlenmesi ve ilgili belgelerin saklanması görevi, şeriatın uygulayıcısı olan kadılara verilmiştir. Emeviler zamanında bir kısım kadılara adli görevlerinin yanında vakıf işlerini de yürütme işleri tevdi edilmiştir[13]. Bu şekilde kadılara tevdi edilen ve asli vazifeleri yanında fer'i hizmet sayılacak vakfiye tanzim ve tescil etme işlerini, bugünkü mânada noterlik görevleri arasında zikredilebiliriz[14].

İslam Hukukunda anonim şirketin doğrudan bir hukuki zemini bulunmasa dahi İngiltere'de 13. yüzyılda varlık gösteren "trust" oluşumlarıyla hukuken benzerlik gösteren ve İslam toplumunda kapital oluşumu konusunda özel bir yeri olan, amacı hayır işlerine özgülenmiş

---

9 *Kuran-ı Kerim ve Türkçe Açıklamalı Meali*, Hadimül Haremeyn Mushafı Şerif Basım Kurumu, Medine, 2013, s. 46. ; *Kuran-ı Kerim*, Türkiye Diyanet Vakfı/86-D, İstanbul, 2011, s.45 (Bakara 2/ 272)

10 *Hadislerle İslam*, DİB Yayınları, (M4223 Müslim, Vasiyyet, 14), C 1 II. Böl., İstanbul, 2020, s. 373.

11 Vakıf müessesesiyle ilgili bir kısım tenkit içeren görüşler de yok değildir. Zeki Akın'ın aktardığına göre Profesör Ahmet Esat Arsebük, vakıf müessesesinin doktrinde iki esaslı itiraza mâruz kaldığını kaydetmektedir. Bu itirazlar özetle şöyledir: *"Kişisel iradenin belli bir sermayeyi asırlarca aynı amaca tahsise kalkışması sonraki nesillerin yararına değildir. Sermayenin bu şekilde kabzı günün sosyal ve ekonomik yapısıyla bağdaşmaz. Vakıflar aslında bir fakirlik kaynağıdır. Tembel bir zümre yarattığından toplumu aktif bireylerden mahrum bırakır. Galleye göz diken ve ümit bağlıyan tembel bir cemiyet nizamı doğurur. Zaruret ve ihtiyaçlar ile başbaşa kalmıyan insanların teşkil ettiği toplumda ilerleme kaydetmek imkansızdır."* (Bkz. Akın, Zeki, *"Vakıf ve Tesis Müesseselerinin Genel Olarak Bünyeleri, Hukuki Hüküm ve Neticeleri",* Adalet Dergisi, Adalet Bakanlığı Yayınları, Yıl: 44, S.1, Yeni Cezaevi Matbaası, Ankara, 1953, s. 56-57.)

12 *Kuran-ı Kerim*, Türkiye Diyanet Vakfı/86-D, s.47. (Bakara 2/ 282) "Ey iman edenler! Belirlenmiş bir süre için birbirinize borçlandığınız vakit onu yazın. Bir katip onu aranızda adaletle yazsın..Büyük veya küçük, vâdesine kadar hiçbir şeyi yazmaktan sakın üşenmeyin. Böyle yapmanız Allah nezdinde daha adaletli, şehadet için daha sağlam, şüpheye düşmemeniz için daha uygundur..."

13 Atar, Fahreddin, *İslam Adliye Teşkilatı*, DİB Yayınları: 184, Ankara, ty. , s. 107.

14 Ortaylı, İlber, *Osmanlı Devletinde Kadı*, TAA Yayınları, Ankara 2015, s. 27; İslamoğlu, Abdullah, *"Osmanlı Devleti'nde Kadılık Kurumunun Tarihsel Gelişim Süreci",* Adalet Dergisi, S. 62-63, Adalet Bakanlığı Yayınları, Ankara, 2019, s.71.

vakıf kuruluşları, kadı tarafından düzenlenen ve saklanan vakfiyye ile meşruiyet kazanmakta ve vakfın amacı, gelir kaynakları, bu gelirin nasıl kullanılacağı, nasıl korunup artırılacağı vakfiyye ile belirlenmektedir[15]. Vakfiyelerin özeti niteliğindeki evkaf defterlerinde; vakfın adı, kurucusu, tescil tarihi, bulunduğu yer, gelir kaynakları, masraf kalemleri (giderleri) ve yönetim şartları yazılıdır[16]. Osmanlıda kadı tarafından onaylanmış ve padişahın onayından geçerek hukuken varlık kazanmış bir vakfın koşullarını hükümdar dahil kimsenin değiştirmesi veya bozması caiz görülmezdi. Nitekim Osmanlı tarihinde bayındırlık, sağlık ve eğitim gibi oldukça mühim kamu hizmetleri vakıflar sayesinde ifa edilmiş; halka hizmeti aksatmayan bir kısım memurun maaşı bu yolla karşılanmıştır. Toplumsal servetin hatırı sayılır bir bölümü, duyarlı hareket eden vâkıf şahsiyetler tarafından gönül rızasıyla, hukuken bir daha geri dönmesi mümkün olmayacak (gayri kabili rücu) biçimde ve zenginden fakire ulaşacak şekilde özel mülkiyete konu olmaktan çıkartılarak vakıflar kanalıyla toplumsal mülkiyete dönüştürülmüştür. Hastaneler, köprüler, şifahaneler, su bentleri, mektep ve medreseler, camiler, hanlar, hamamlar umumiyetle vakıf olarak yapılmıştır. Örneğin Fatih Sultan Mehmet, İstanbul'da yaptırttığı veya kiliseden çevirttiği dokuz cami ve onlara bağlı kurumları devamlı şekilde tamir ve idame etmek, personelin maaşlarını ödemek üzere yine İstanbul'da devlete ait arazi, ev ve dükkan kiralarının önemli bir kısmını, İstanbul dışında otuz beş köyü vakfederek sağlamıştır[17].

Osmanlı Devletinde Tanzimata kadar vakıflar idaresi sırasıyla sadrıâzam, şeyhülislam ve Dârüssaade ağasının nezaretinde yürütülmekte iken Evkâf-ı Hümâyun Nezâreti'nin kurulmasıyla vakıflarla ilgili ihtilafların halli ve vakıfların teftişi Evkâfı Hümâyun Müfettişliği adıyla oluşturulan bir evkaf mahkemesine verilmiş; taşrada ise vakıflarla ilgili davalara mahalli kadılar bakmıştır[18]. I. Dünya Savaşı akabinde Osmanlı İmparatorluğu'nun çöküşüyle beraber yeni Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin zuhuruyla 2 Mayıs 1920'de çıkarılan bir kanunla, şeyhülislâmlık ve Evkâf-ı Hümâyun Nezâreti'nin görevlerini Şer'iyye ve Evkaf Vekâleti üstlenmiş; Cumhuriyetin ilanından sonra ise 3 Mart 1924'te Şer'iyye ve Evkaf ve Erkân-ı Harbiyye-i Umûmiyye Vekâletlerinin İlgasına Dair Kanunla lağvedilen Şer'iyye ve Evkaf Vekâleti yerine, İslâm dininin itikad ve ibadete dair hüküm ve işlerinin yürütülmesi ve dinî müesseselerin idaresiyle görevli Diyanet İşleri Reisliği ile vakıfların idaresi ve işleriyle ilgilenen Evkaf Müdüriyet-i Umûmiyyesi kurulmuş ve her ikisi de başvekâlete (başbakanlığa)

---

15 İnalcık, Halil, *Devleti Aliyye -I* , Türkiye İş Bankası Yayınları, İstanbul, 2012, 51. Basım, s. 261.

16 Torun, Adnan, *Balkanlarda Osmanlı Vakıfları ve Eserleri Uluslararası Sempozyumu*, Vakıflar Genel Müdürlüğü Yayınları-107, Ankara, 2012, s.305.

17 İnalcık, Halil, 2012, s. 126.

18 Ekinci, Ekrem Buğra, *Osmanlı Mahkemeleri*, Arı Sanat Yayınları, İstanbul, 2004, s.250.

bağlanmıştır[19]. 1929 yılında İsviçre'den getirilen Profesör H. Lehman'a eski vakıfların idaresi ile ilgili bir taslak hazırlattırılmış; uzun süre tartışıldıktan sonra "Vakıflar Kanunu" olarak 2762 sayı ile 5 Haziran 1935 tarihinde kabul edilerek, 1936 yılı başında yürürlüğe girmiştir. Böylece yeni Türkiye Cumhuriyeti'nde vakıflar idaresindeki asıl değişiklik, "2762 Sayılı Vakıflar Kanunu" ile yapılmıştır[20]. Zira, bu hukukî düzenlemeden sonra vakıflar, eski ve yeni vakıf olarak ikiye ayrılmış; *Mazbut*, *mülhak*, *cemaat* (azınlık) ve *esnafa mahsus vakıf* olarak kategorize edilen eski vakıflar, 2762 sayılı Vakıflar Kanununa göre, 1926 yılından sonra "tesis" adıyla kurulan *yeni vakıflar*[21] ise Türk Medeni Kanunu'na göre yönetilmiştir[22]. 20/2/2008 tarih ve 5737 sayılı Vakıflar Kanunu ile 2762 sayılı Kanun yürürlükten kaldırılmıştır[23]. 27/6/1956 tarihli ve 6760 sayılı Vakıflar Umum Müdürlüğü Vazife ve Teşkilâtı Hakkında Kanun akabinde 8/6/1984 tarihli ve 227 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile Vakıflar Genel Müdürlüğü adıyla anılmaya başlayan kamu tüzel kişiliği ise uzun yıllar Başbakanlığa bağlı olarak çalıştıktan sonra 15.07.2018 tarih ve 4 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 692. maddesiyle Kültür ve Turizm Bakanlığına bağlanmıştır.

---

19 Düstur, Üçüncü Tertip, C. I-III-V, Nemci İstikbal Matbaası, İstanbul, Teşrinevvel 1340/1931, s.6-99-320-321. ; 27.05.1928 tarih ve 899 sayılı Kanun

20 *"2762 sayılı Vakıflar Yasasının yürürlüğe konulması ile eski mülhak ve mazbut vakıflar yeni bir statüye alınarak, icareteynli ve mukataalı vakıfların tasfiyesi yoluna gidilmiştir."* (Aktaran: S. **Sapanoğlu, *Tapulu Taşınmaz Mülkiyetinin Tapu Dışı Yollardan Kazanılması*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009. s. 813.) ; Ayrıca Bkz. 23 Aralık 1937 tarih 2/7898 sayılı Vakıflarda İntifa Haklarının Ne Suretle Tespit ve İta Edileceği Hakkında 17/7/1936 Tarihli Vakıflar Nizamnamesine Ek Nizamname.**

21 'Türk Medenî Kanunu'nun 101. maddesinde "vakıflar", gerçek veya tüzel kişilerin yeterli mal ve hakları belirli ve sürekli bir amaca özgülemeleriyle oluşan tüzel kişiliğe sahip mal toplulukları olarak tanımlanmış ve bir malvarlığının bütünü veya gerçekleşmiş ya da gerçekleşeceği anlaşılan her türlü geliri veya ekonomik değeri olan hakların vakfedilebileceği belirtilmiştir.' (Bkz. AYM'nin 26 Aralık 2013 tarihli, E.2013/70, K. 166 sayılı Kararı)

22 Alkan,Mustafa,https://www.ataturkansiklopedisi.gov.tr/bilgi/Vak%C4%B1flar_Genel_M%C3%Bcd%C3%Bcrl%C3%BC%C4%9F%C3%BC, "çevrimiçi", "Erişim Tarihi: 23.01.2021"

23 'Günümüzde vakıf kurulabilmesi, Türk Medenî Kanunu hükümlerine göre mümkün olmakla birlikte, Türk Medenî Kanunu'nun yürürlük tarihinden önce kurulmuş olan vakıflara da, tarihten gelen özellikleri, kuruluş irade ve amaçları ile vakıf senetlerindeki koşullar gereği korunmaları ve sürekliliklerinin sağlanması hususları gözetilerek, Vakıflar Kanunu kapsamında yer verilmiş ve mazbut vakıflar, mülhak vakıflar, cemaat vakıfları, esnaf vakıfları ve yeni vakıfların yönetimi, faaliyetleri ve denetimi, yurt içi ve yurt dışındaki taşınır ve taşınmaz vakıf kültür varlıklarının tescili, muhafazası, onarımı ve yaşatılması, vakıf varlıklarının ekonomik şekilde işletilmesi ve değerlendirilmesinin sağlanmasına ilişkin usûl ve esaslar, Vakıflar Kanunu'nda düzenlenmiştir.' (Bkz. AYM'nin 26.12.2013 tarihli 2013/70-166 E.K sayılı Kararı)

I) Galle Fazlası ve Vakıf Evlatlığı Kavramları

1) Vakfın Gallesi

Vakıflar konusunda kavram ve kurumlar zamanla değişmiş olsa dahi, vakıfların tesisi ve amacı eski hukuktan günümüze kadar benzer özellikler arzetmektedir. Arapça kökenli ve terimsel bir sözcük olan galle, "mahsul/ürün", "tahıl" anlamlarına gelmektedir[24]. Vakıf Deyimleri ve Terimleri Sözlüğünde mahsul ve fayda anlamlarına ek olarak vakıf ıstılahında, menkul ve akar nev'inden olan vakıfların semeresi, vâridatı (geliri) manasındadır[25]. Kısacası vakıftan sağlanan gelire galle denmektedir[26]. Kaynağı İslam hukukuna dayanan vakıf müessesesinde, kural olarak dirhemle ölçülebilen her şey vakfedilebilir. Parasal bir değeri olmayan şeylerin vakfedilmesi fetvalarla kabul görmüş ise de istinadır. Temel kural "Meşrû sûretle istirbah olunarak gallesi bir cihete sarf edilmek üzere tahsis edilmiş nukûdun vakf edilmesi sahihtir[27]" şeklinde özetlenebilir. Bu minvalde, vakfın malının tasnif edilmesinde, malın gelir getiren bir cinsten mal olup olmadığı önem taşır. Gelir getirmeyen, vakfın gayesine uygun biçimde yalnızca kullanılan mallara müessesât-ı hayriye adı verilmektedir[28]. Gelir getirme özelliği taşıyan ve bu geliri vakfın amacına sarfedilen mallara geniş anlamıyla müstegallât veya akâr, üzerinde çatı bulunan ve bu haliyle gelir getiren mallara ise müsakkafât[29] adı verilmektedir. Fakat akar, vakıf hukukunda her ikisini de kapsayacak şekilde kullanılmaktadır. Netice itibariyle malın iktisadi değer üretip üretmediği esaslı bir ayrım olup, mevcut vakıf araştırmaları literatüründe vakıf malların ayırt edilmesinde genel geçer ölçütün bu olduğu hususunda önemli sayıda örnek mevcuttur[30].

Vakıf tesisi için asl-ı vakfın bir akarı olmalıdır. Parasal değeri olmayan şeylerin vakfedilmesi istinadır. Prensip itibarıyla vakfedilen malın iktisadi değer üretmesi aranır. Vakıflar konusundaki bu kabul, yürürlükteki hukukumuza da uzak değildir. Dolayısıyla vakfa tahsis

---

24 Akgündüz, Ahmet, "Galle", DİA, C.12, İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı, 1996, s.338. ; *"örn: günlük beş akçe maaş dışında senelik olarak 70 kile galle yani buğday ve arpa verilmiştir.."*

25 https://www.vgm.gov.tr/kurumsal/tarihce/vakif-deyimleri-ve-terimleri-sozlugu;"çevrimiçi", "Erişim Tarihi: 23.01.2021"

26 Yener, Murat Serhat, *Uygulamada Açıklamalı Örnek Kararlı Eski Vakıf Davalarına Giriş Vakfiyeden Doğan Evladiye, Galle, Tevliyet, Ücret ve Sıla Davaları*, Kartal Yayınevi, Ankara, 2004, s. 39.

27 Bilmen, Ömer Nasuhi, *Hukuk-ı İslamiyye ve Islahât-ı Fıkhiyye Kâmusu*, İstanbul, 1951, C. IV, s. 322

28 Ali Haydar Efendi, Tertîbü's-Sunûf fî Ahkâmi'l-Vukûf, Şirket-i Mürettibiye Matbaası, İstanbul, 1337 r./1340, s.433.

29 Karakoç, Sarkis, (Haz.) M. Akif Aydın, Külliyât-ı Kavânîn, C.1, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara, 2006, s.198-204-209.

30 Çiftçi, Cafer, *Bursa'da Vakıfların Sosyo-Ekonomik İşlevleri: Avarız Vakıfları, Hirfet Vakıfları, Para Vakıfları, Selatin Vakıfları*, Gaye Kitabevi, Bursa, 2004, s.96 vd.

edilen paranın rihbi (bugünkü ifadeyle paranın nemalandırılmasından elde edilen geliri/faizi), vakfın taşınır veya taşınmaz malının kiraya verilmesi yoluyla elde edilen kira geliri, vakfa ait iktisadî işletmelerin gelirleri, vakıf bahçesinin semeresi bir vakfın başlıca gelir kalemleri olarak sayılabilir[31]. İşte "galle" kavramı, tüm bu kalemlerin tabiî ve hukukî semerelerini kapsamaktadır.

Vakfiye belgesi (vakıf senedi), tabiri caizse vakfın anayasasıdır[32]. Vakfın malvarlıkları, vakıftan kimlerin yararlanacağı ve kimler tarafından yönetileceğinin tevsik olunduğu bu evrakta, gallenin sarfına ilişkin kurallar da yer almaktadır. Vakfıye belgesinde yer alan şartlar gözetilerek galle dağıtımı yapılır. Gallenin dağıtımı, vakfedenin vakfiye belgesine yansıttığı iradesi doğrultusunda gerçekleştirilmek zorundadır[33]. Dolayısıyla vakfiyede yazılı olan koşullara azami derecede riayet etmek esastır. Vakıf evladı olan kişilerin vakıftan yararlanabileceği prensip itibarıyla kabul edilse bile bu kural her vakıf evladı olanın galle hak edeceği anlamına gelmez. Nitekim galle fazlası ancak vakfedenin vakfiyede belirttiği şartlara haiz olan vakıf evlatları arasında paylaştırılır. Galleye hak kazanmak için birinci koşul vakfiye belgesinde şartları taşıyan vakıf evladı olmak, ikinci koşul ise vakfın galle fazlasının olmasıdır. Elbette olmayan bir semere ya da varidatın ödemesi veya ifası hukuken mümkün değildir. Galle ödemesi yapabilmek için öncelikle mevcut bir miktar galle fazlasının bulunması gerekir. 5737 sayılı Vakıflar Kanununun 75. maddesi uyarınca ihdas edilen Vakıflar Yönetmeliği Vakıflar Yönetmeliği'nin 3/1-f maddesinde, galle fazlası, "Mazbut ve mülhak vakıflarda, hayrat ve akarlarının onarımından ve vakfiyelerindeki hayrat hizmetlerin ifasından sonra kalan miktarı ifade eder" şeklinde tanımlanmıştır. Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere galle fazlası kavramı, mülga 743 sayılı Türk Kanunu Medenîsi'nin yürürlük tarihinden önce kurulmuş olan zürrî vakıf niteliğindeki mazbut ve mülhak vakıflarda faydalanan vakıf evlatlarının hukukuyla ilgili bir kavramdır. Vakıflarda vakıf evladına ödenen gallenin tümü değil fazlasıdır. Vakıflar Yönetmeliğinin 53 ve 57'nci maddeleri arasında mazbut ve mülhak vakıflarda galle fazlasının hesabı, ödenmesi ve galleye müstehiklikte izlenecek usul açıklanmıştır.

---

31 Doğan, Murat, *Vakıflarda Mal Varlığı*, Seçkin Yayınevi, Ankara, Şubat 2000, s. 169.

32 Mülga 743 sayılı TMK'nın 75'inci maddesinde *"Vakıf senedinde, vakfın gayesi, uzuvları, bu gayeye tahsis edilen mallar ve haklar, vakfın teşkilatı, ikametgahı ve ismi gösterilir."* şeklinde tarif edilen vakfıye belgesi veya vakıf senedinin içeriği, yürürlükteki 4721 sayılı TMK'nın 106'ncı maddesinde*"Vakıf senedinde vakfın adı, amacı, bu amaca özgülenen mal ve haklar, vakfın örgütlenme ve yönetim şekli ile yerleşim yeri gösterilir"* şeklinde aynı ifadelerle tekrar edilmiştir.

33 Berki, Ali Himmet, *Vakıflar*, Cihan Kitaphanesi, İstanbul, 1940, s.254.

2) Vakıf Evladı

Vakıf evladı, vakfedenin (vâkıfın) çocuklarını veya teknik ifadeyle fürunu (alt soyunu) anlatmak için kullanılan hukuki bir tabirdir. "Veled" arapça kökenli bir sözcük olup "çocuk" anlamına gelmekte, "evlad" ise "veled" kelimesinin çoğulu olarak "çocuklar" manasındadır. Ancak veled kelimesinin çoğulu olan "evlad" ifadesi, veled tabirinden farkı bulunan bir ifadedir. Evlad tabiri Türkçe'de tekil olarak kullanılır. Bu sebeple de "evlad" lafzı bir defa zikredilirse, sadece vâkıfın çocukları anlaşılmalıdır[34]. Bu bağlamda vakıf evladı, o vakfın vakfiye senedinde sayılan koşulları sağlayan kişi ya da kişileri ifade eder. Diğer bir ifadeyle vakıf evladı tabiri dar yorumlanmakta, vakfedenin akrabalarını ya da vakfiye senedindeki koşulları sağlamayan kişileri kapsamamaktadır. Bu kavram uygulamada, kişinin vakıf evladiyetinin tespiti veya galleye müstehik vakıf evladı olduğunun tespiti davalarıyla karşımıza çıkmaktadır. Galle üzerinde hak sahibi olduğunu iddia eden kişinin öncelikle vakıf evladı olduğunu mahkeme kararıyla ispatlaması gerekmektedir. Vakıflar Yönetmeliğinin 53'üncü maddesi uyarınca vakıf evlatları veya ilgilileri, alâkadarı olduğu mülhak vakıf yöneticisine, Genel Müdürlükçe temsilen yönetilen mülhak vakıflarda ilgili bölge müdürlüğüne dilekçeyle, mazbut vakıflarda ise ilgili bölge müdürlüğüne dilekçe vererek veya Genel Müdürlüğün internet sitesindeki online başvurular kısmında yer alan galle fazlası talep formunun doldurulması şeklinde, vakfiye şartı gereği vakıf evladı veya ilgilisi olduğunu ve galle fazlası almaya hak kazandığını gösteren mahkeme kararı ile başvuruda bulunarak, kendisine galle fazlası ödenmesini talep edebilir. Buna göre, başvuru yapan kişinin galleye müstehik vakıf evladı olduğu hususu mahkeme kararı ile tespit edilmedikçe, kendisine galle fazlasından ödeme yapılamaz.

Amaçları bakımından birden çok kategoriye tabi tutulan vakıflarda, konumuz bakımından değinilmesi zaruri olan vakıf çeşidi, zürri vakıflardır. Şöyle ki; ehli vakıf, adi vakıf gibi adlarla da anılan zürri vakıflar, vakfedenin malından istifadeyi kendisine, ailesine veya alt soyuna özgülediği vakıflardır. Vakfeden öldükten sonra vakfedilenin mülkiyeti ya da varidatı kendi neslinden gelenlere fayda sağlamak amaçlı tesis edilmişlerdir. Henüz çocuğu olmayan bir kimsenin gayrimenkulünü vakfedip, gelirini evladına tahsis etmesi, bu tür vakıflara örnektir. Bu çeşit vakıflarda vâkıf, ailesinden muayyen şahısların istifadesini murat etmiştir. Vakfın galleleri vakfedenin arzuları doğrultusunda ailesinde belirlediği kişilere dağıtılmaktadır[35]. Cumhuriyetten sonra zürri vakıf kurulması kabul görmemiş ise de Türk Medeni Kanununun 372'nci maddesindeki *"aile bireylerinin eğitim ve öğrenimleri, donanım ve desteklenmeleri ve bunlara benzer amaçların*

---

[34] Akgündüz, Ahmed, *İslâm Hukukunda ve Osmanlı Tatbikatında Vakıf Müessesi*, OSAV Yayınları, İstanbul, 1996, s. 275.

[35] Ekinci, 2008 , s.420.

gerektirdiği harcamaların yapılması için kişiler hukuku ve miras hukuku hükümleri uyarınca aile vakfı kurulabilir" hükmü bahsedilen boşluğu doldurmaktadır.

Genelde dini gayelerle ve hayır işleri[36] için vakıf ihdas edilen bir sistemde, vakfıyesinde kendi altsoyuna veya akrabalarına kazanç gayesini de ihtiva eden zürri vakıflar yadırganmıştır. Zira mahfuz hisse payı sahibi mirasçılarından mal kaçırmak amacıyla zaman zaman bu tip vakıflar kurmaya tevessül edildiği vakâdır. Vakfiyesinde galle fazlasının; "...bakıyye kalan mal-ı zevâyid-i evlad-ı zükûrunden batnen ba'de batnin zamanen akdemine..." şeklinde şartlarla erkek evlada bırakılması gibi, çoğunlukla feodal fideikomi ve sınırsız art mirasçılığın amaçlandığı görülmektedir. Burada işlemi yapan, sadece malvarlığının yönetiminin veya malvarlığının, mirasına dahil olmasını istemediği ardıl mirasçısını atlayarak, sonrasında nesilden nesle aktarımının sağlanmasını amaç edinebilmektedir[37]. Bir ortaçağ kurumu olan aile fideikomisine benzer anlayışla ihdas edilen bu tür vakıfların, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 1 No'lu Ek Protokolün 1. maddesinde yazılı her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı kapsamında medeni hukukla tenasüplü olduğu şeklinde görüşler beyan edilmiş ise de doğal hukuk açısından yarattığı hakkaniyete uygun düşmeyen neticelere bakıldığında, evrensel kabul gören eşitlik ve cinsiyet ayrımcılığı kavramlarıyla bağdaşmadığı ortadadır. Tüm bu sakıncaları gözetilerek, TMK'nın 372'inci maddesinde cevaz verilen aile vakfı yoluyla Miras Hukuku'nun intikal kurallarını bertaraf edecek şekilde, aynı soydan gelenlere özgülenmesi şeklinde aile fideikomisi kurulması yasaklanmıştır[38]. Fakat bütün zürri vakıfların benzer amaçta olduğunu söyleyemeyiz. Vakıflar literatürü tarandığında, yegane gayesi evlad, ahfad ve sair aile efradına menfaat sağlamaktan ziyade hayır hasenat işlerini öncelikle emreden, bu işlere sarfedilen tahsisatından artan galle fazlasından alt soyunu yararlandırmak suretiyle tesis olunan zürri vakıfların daha fazla olduğu görülmüştür. Bu itibarla, hukuk tarihimizde zürri vakfı sahih görmeyen fâkihler olmuş ise de bunu sahih gören İmam Ebu Yusuf kavlinin benimsendiği ve tatbik edildiği anlaşılmaktadır[39].

---

36 *"Vakıflarda amaç unsurunun temel öğelerinden biri, hayır işlemek olmalıdır. Buna kurbet kasdı denir."*(Bkz. Berki, 1940, s. 65.)

37 Söğüt, 2020, s. 157. ; İslam miras hukundan (feraizden) kaynaklı, erkek kardeşleri nedeni ile asabe olan kız kardeşler (kızlar erkeğin yarısı hisse alır) *"asabe bi gayrihî"* kaidesini berteraf etmek ya da mal varlığını müsadereden korumak için de zürri vakıf tesis edilmesi şeklinde örneklerle de karşılaşmak mümkündür.

38 Söğüt, 2020, s. 171.

39 Ekinci, 2008 , s.421. ; "*İslâm memleketlerinde himaye gören zimmî ve müsteminin vakfının sıhhati mezhepler arasında ihtilâflıdır, Hanefiler bunu kabul, şafiî ve malikîler reddederler"* (Bkz. Akın, Zeki, *"Vakıf ve Tesis Müesseselerinin Genel Olarak Bünyeleri, Hukuki Hüküm ve*

Kaynaklar incelendiğinde, bazı zürrî vakıflarda Kur'an-ı Kerim okunması için tahsisat yapıldığı, bazı zürrî vakıflarda ise gelirlerini vâkıfe hayatta oldukça kendisine, vefatından sonra kızına, sonra onun evlâdına ve evlâd-ı evlâdına nesil ve a'kâbına, ve mevkufun aleyhden nesli kesildiğinde âma komşulara vakfettiği ya da üç aded köylerinin gallesini ve seyyahlar ile gelen gidenlere şart ve ta'yîn eylediği, vakfın gelirlerini gelen gidenin yedirilip içirilmesine sarf ettiği tarzında şartlara rastlanmıştır. Nitekim, Osmanlı hukukunda lehine vakıf yapılanların mevcudiyeti durumunda vakıf malının geliri ona; lehine vakıf yapılanlar, mevcut olmadığı takdirde ise fakirlere sarf olunacağı kabul edilmiştir[40]. *"Süknâsı evlâda ve evlâd-ı evlâda ve ba'de'l-inkırâz gallesi medine-i münevvere fukarâsına.."* şeklindeki vakıf şartında olduğu gibi. Ayrıca Osmanlı hukukçuları ihtiyatı elden bırakmayarak, inkita ihtimali bulunan vakıflarda, vakfeden tarafından süresiz (müebbet) bir cihet zikredilmesini benimsemiş ve tatbikatta bu uygulanmaya çalışılmıştır[41].

II) Galleye Müstehak Vakıf Evlatlığının Tespiti Davası

a-Davanın Konusu

Davacının davalıya karşı kanun veya kurallara dayanarak ileri sürdüğü hak ihlâli idiasına davanın konusu denir. Konusu olmayan bir dava redde mahkumdur. Dava konusunun, miktar veya değerle ifade edilebilir ölçüde somut nitelikte ve yargısal yolla izalesi mümkün, hak ihlali isnadına müstenit bir anlaşmazlık içermesi gerekir. Davacının herhangi bir hukuki koruma ihtiyacı olmadan sadece ideal veya ekonomik yarar elde etmek amacıyla dava açmasında hukuki yararı vardır diyemeyiz. Dava açmaktaki yarar, hukuk düzenince kabul edilmiş meşru bir yarar olmalı, bu yarar dava açan hak sahibi ile ilgili olmalı ve dava açıldığı sırada hukuki yarar halen mevcut bulunmalıdır; ayrıca açılacak davanın, ortaya çıkacak tehlikeyi bertaraf edici nitelikte olması gerekir[42]. Hukuk alanının dışında konulara dayanarak, örneğin sırf kişisel husumet veya öç alma saikiyle açılan davalar, konusuz kabul edilecek ve dinlenmeyecektir.

Vâkıf evlatlarının yararlanması amacıyla kurulan mazbut ve mülhak vakıflarda, vakfedenin soyundan olduğunu iddia eden kişinin,

---

Neticeleri", Adalet Dergisi, Adalet Bakanlığı Yayınları, Yıl: 44, S.2, Yeni Cezaevi Matbaası, Ankara, 1953, s. 190.)

40 Berki, 1940 , s. 64.

41 Akgündüz, 1996, s.248. ; *" Vâkıf, ad zikrederek evlâdından yalnız bir kısmına vakıfta bulunursa bu tasarruf sahih olup, zikredilmiyen evlât vakıftan hisse alamaz. Bir vakfın gailesinin mahalli sarfı hakkında şartı vâkıf veya örf bulunmazsa, gaile hâkimin hükmü ile fukaraya verilir"* (Bkz. Akın, S.2, 1953, s. 189.)

42 Pekcanıtez, Hakan/ Atalay, Oğuz/ Özekes, Muhammet, *Medeni Usul Hukuku,* Onikilevha Yayınları, İstanbul, Ekim 2019, 7. Baskı, s. 208.

vakıf evladı olduğunu tespit ettirmek ve vakfiyedeki şartlara göre vakıf gelirinden yararlanmak amacıyla açtığı davaya uygulamada "galleye müstehak vakıf evlatlığının tespiti davası" denir. Bu davanın yasal dayanağı 5737 sayılı Vakıflar Kanunu ile Vakıflar Yönetmeliği'nin 53 ve 57'nci maddeleri aralığında düzenlenmiş "Mazbut ve Mülhak Vakıflarda Galle Fazlası" başlığı altındaki hükümlerdir. Vakıflar Kanunu'nun 3'üncü maddesinde; *galle fazlası*, mazbut ve mülhak vakıflarda, vakfın hayrat ve akarlarının onarımı ile vakfiyelerindeki hayrat hizmetlerin ifasından sonra kalan miktarı; *intifa hakkı* ise yine aynı nevideki vakıfların vakfiyelerindeki şartlarına göre ilgililere bırakılmış galle fazlaları ve hakları, ifade etmektedir. İlk derece mahkemesi tarafından galleye müstehak vakıf evlatlığı tespit edilen kişilerin paylarına düşen galle fazlası, 5737 sayılı Vakıflar Kanunu 56'ncı maddesi gereğince kararın kesinleşmesini mütakip Vakıflar Genel Müdürlüğü tarafından ödenir.

Bu davada incelenecek ilk husus; davacı ya da davacılar ile vakfeden arasında iddia edildiği üzere kan bağı yolu ile soybağı mevcut olup olmadığı, eğer soybağı kurulabiliyorsa ikinci aşamada vakfiyelerde galle fazlası için öngörülen şartların somut olayda davacı/lar yönünden gerçekleşip gerçekleşmediğinin araştırılması olacaktır[43]. Ancak her iki aşamada da davacının hukuki yararı (menfaatı) olup olmadığı dikkate alınacaktır. Yargıtay uygulamalarından hareketle somutlaştıracak olursak örneğin; davacı mülhak vakfın, kendi mütevellisini hasım göstererek galle fazlasına müstehak vakıf evlatlarının tespiti isteminde herhangi bir hukuki menfaati bulunmamaktadır[44]. Fakat Osmanlı döneminden kalan vakıflar ve bu vakıfların kurucuları ile arasında soybağı ilişkisinin kurulmasını talep eden kişinin, vakıf evladı olduğunun tespiti yönünde açtığı davada, kendisine manevi haz vereceği dikkate alınarak bu şekilde bir dava açılmasında hukuki yararının var olduğu kabul edilmiştir[45]. Yine adı vakfın evlat listesinde zaten yazılı olan bir kişinin, mahkemeye başvurarak vakıf evladı olduğunun bir ilamla belgelenmesini istemesinde hukuki yararı mevcuttur. Çünkü vakıf evladının galle fazlasını almaya hak kazandığını gösteren mahkeme ilamına sahip olması zorunludur ve öncesinde adının vakıf evlat listesine eklenmiş olması, galleye müstahak vakıf evladı olduğunun tespitine dair dava açmakta hukuki yararını ortadan kaldırmaz[46].

Vakfedenin soyundan gelen kişilerin, vakıf evladı olduklarını tespit ettirmek amacıyla açtıkları dava, türü itibarıyla bir tespit davasıdır. Tespit davası ile davalı bir şeyi yapmaya veya bir şeyden kaçınmaya

---

43 Yargıtay 8. HD 04 Mart 2019 tarih, E. 2017/13728, K. 2019/2204 sayılı ilamı

44 Yargıtay 18. HD 15 Aralık 2015 tarih, 2015/4771-18497 E.K. sayılı ilamı

45 Yargıtay 18. HD 05 Mayıs 2015 tarih, 2014/15970-2015/7478 E.K. sayılı ilamı; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 26 Kasım 2019 tarih, E. 2017/8(18)-1923, K. 2019/1217 sayılı kararı

46 Yargıtay 18. HD 08 Aralık 2014 tarih, 2014/7399-17772 E.K. sayılı ilamı

mahkum edilmez, sadece taraflar arasındaki hukuki ilişkinin varlığı veya yokluğu ya da tereddütlü olan içeriği tespit edilir[47]. Tespit davası eda davasının öncüsü durumundadır[48]. Bu dava sonucu verilen hüküm yalnızca *"evladiyetin tespiti"* niteliğinde olup, galleye müstehikliği veya tevliyete müstehak evlatlığın tespiti konularını kapsamaz. Vakıf evladiyetinin tespiti davası; galleye müstehak vakıf evlatlığının tespiti davası, mütevelliliğe/tevliyete ehil (tevliyete müstehak) vakıf evlatlığının tespiti davası, galle fazlasına müstehak vakıf evladı tarafından açılan galle fazlasının tahsili istemine ilişkin davalar gibi müstakil bir davadır. Tahsil veya tescil gibi talepler içermediği sürece HMK'nın 106'ncı maddesinde tarif edilen tespit davası özelliğinde olan işbu davalar, konusuna ve ilgilisine göre ayrı ayrı ikame olunabilecekleri gibi HMK'nın 110 hükmü gereği kümülatif yığılma koşullarına riayet edilerek aynı davanın konusu da yapılabilir. Ancak davacı tarafından bir hukuki ilişkinin varlığının ya da yokluğunun tespiti istemi yanında bir gayrımenkulün tahliyesine, tesciline, bir taşınırın teslimine, bir paranın tahsiline yönelik talepler ihtiva ederek ikame olunduğunda, HMK'nın 105'inci maddesinde tanımalanan edim hükmü içeren yapıya bürünür. Örneğin galle fazlasına müstehak vakıf evladı tarafından açılan galle fazlasının tahsili istemine ilişkin dava, bir tespit davası olmaktan öte, davacının, talebinde davalının bir şeyi yapmaya, bir şeyi vermeye veya bir şeyi yapmamaya mahkûm edilmesini istediği eda davası vasfındadır. Zira bu davada mahkeme, öncelikle dava konusu hakkın mevcut olup olmadığını tespit edecek, hakkın varlığı tespit edildikten sonra davalının o hakka ilişkin edimi yerine getirmesine dair icraya elverişli bir karar verecektir. Eklemek gerekir ki davacılar, galleye müstehak vakıf evladı olduklarına ilişkin davalarını HMK'nın 57'inci maddesi uyarınca da açabilirler. Bu halde davacılar arasında ihtiyari dava arkadaşlığı söz konusu olur. Vakıf evladı olduğu sabit olan kişinin tevliyet ücreti ve/ya galle fazlası tahsili istemine ilişkin dava görülmekte iken ölmesi halinde yasal mirasçıları arasında oluşan ilişki ise mecburi dava arkadaşlığıdır. HMK'nın 60'ıncı maddesi gereği mecburi dava arkadaşları birlikte dava açabilir ve açılan davada birlikte hareket etmek zorundadırlar[49].

b-Görevli ve Yetkili Mahkeme

Yargı yetkisi belli bir coğrafya ile sınırlı olmak üzere, bir davaya o yerdeki hukuk mahkemelerinden hangisi tarafından bakılacağı hususu, usul hukukunda görev kavramıyla ifade edilir. Bu davada görevli mahkeme Asliye Hukuk Mahkemeleridir. HMK'nın 2 ve 4'üncü maddeleri uyarınca vakfa ilişkin davalar miktarına bakılmaksızın asliye

---

47 Pekcanıtez, Hakan/ Atalay, Oğuz/ Özekes, Muhammet, 2019 , s. 213.

48 Sapanoğlu, Süleyman, *Tapulu Taşınmaz Mülkiyetinin Tapu Dışı Yollardan Kazanılması*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009, s. 93.

49 Yargıtay 8. HD 17 Aralık 2018 tarih, E. 2018/11170, K. 2018/20244 sayılı ilamı.

hukuk mahkemesinde görülür[50]. Açılan dava ancak görevli mahkemesinde incelenebileceğinden görevsiz mahkemede açılan dava, dava şartı yokluğundan usûlden reddedilir; şayet davacı görevsizlik kararından sonra süresi içinde görevli mahkemeye başvurmuşsa davaya görevli mahkemede devam edebilir[51].

Davaların aynı veya birbirine benzer sebeplerden doğması ya da biri hakkında verilecek hükmün diğerini etkileyecek nitelikte bulunması durumunda, bağlantı var sayılır ve HMK'nın 116'ıncı maddesi uyarınca davanın her aşamasında, talep üzerine veya kendiliğinden ilk davanın açıldığı mahkemede birleştirilebilir. Davalar, ayrı yargı çevrelerinde yer alan aynı düzey ve sıfattaki hukuk mahkemelerinde açılmış ise bağlantı sebebiyle birleştirme ikinci davanın açıldığı mahkemeden talep edilebilir. Misal vermek gerekirse, Vakıflar Genel Müdürlüğü sistemlerinde, aynı vakıf adı altında işlem gördüğü bildirilen vakıfların galle fazlasına müstehak evlatları olduğunun tespitine ilişkin davalar arasında bahse konu bağlantı mevcuttur. Bu şekilde birleştirilen davalar tek bir dosya üzerinden sürdürülmekle birlikte, bağımsızlığını koruyan her bir dava dosyası yönünden ayrı ayrı yargılama yapılması, asıl ve birleşen talepler hakkında ayrı ayrı olumlu veya olumsuz karar verilmesi zorunludur[52]. Daha önce galleye müstahak vakıf evladı olduklarına dair karar verilen vakıf evlatlarının hukukunu da yakından ilgilendiren davalarda, onların da davaya dahil edilip, taraf teşkili sağlandıktan sonra işin esasının incelenmesinin HMK'nın 30'ncu maddesindeki usul ekonomisi ilkesiyle uyumlu ve daha işlevsel olacağı; evlada ödenecek galle fazlasının önceden kesin olarak hesabedilebilir nicelikte olmadığı ve bu bağlamda kazanılmış hak da oluşturmayacağı gözetilip galleye müstahak vakıf evlatlığının tespiti ve galle alacağı davalarında, davacının dava sonuna kadar hak kaybına uğramamak adına ileri süreceği muhtemel zarardan bahisle ihtiyati tedbir kararı verilmesi yoluna da temkinli yaklaşmak gerektiği kanaatindeyiz.

Usul hukukunda bir davaya hangi yerdeki görevli hukuk mahkemesi tarafından bakılacağı meselesi ise yetki kavramıyla ifade edilir. İnceleme konumuz olan davada yetkili mahkeme, kural olarak vakfın bulunduğu yerdeki Asliye Hukuk Mahkmesidir[53]. Davalı vakıflarının mazbut birer vakıf olması halinde, Vakıflar Genel Müdürlüğü tarafından yönetilip temsili söz konusu olduğundan, bu tür vakıflara yönelik açılan davalarda Ankara Mahkemeleri yetkilidir[54]. Her ne kadar mülhak vakıflar aleyhine açılacak davalarda vakfın kurulduğu

---

50 Yargıtay 18. HD 08 Mart 2012 tarih, 2012/912-2381 E.K sayılı kararı

51 Pekcanıtez, Hakan/ Atalay, Oğuz/ Özekes, Muhammet, 2019 , s. 205.

52 Yargıtay 8. HD 06 Nisan 2017 tarih, E. 2017/1026, K. 2017/5121 sayılı ilamı.

53 Yener, 2004, s. 41.

54 Bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 13.07.2011 tarih E. 2011/18-429 , K. 2011/515 sayılı kararı.

veya yerleşim yerindeki mahkemeler yetkili ise de mazbut vakıflar Vakıflar Genel Müdürlüğü tarafından yönetilmekte olup yerleşim yeri ile bir ilgileri kalmadığından ve Vakıflar Genel Müdürlüğünün yerleşim yeri de Ankara ili olduğundan, HMK'nın 6/1 hükmü gereği Ankara Mahkemeleri yetkilidir. Süresi içinde yetki itirazında bulunulmuş ise mülhak vakıf hakkında Ankara Nöbetçi Asliye Hukuk Mahkemesine yetkisizlik kararı vermek gerekecektir. Şayet mülhak vakıf ve mazbut vakıf aleyhine açılan davalar birlikte görülmekte ise mazbut vakıflar yönünden dosyanın tefrik edilerek yetkisizlik kararı verilmesi icabeder[55]. Bununla birlikte, mazbut vakfın bulunduğu yerin bağlı olduğu Vakıflar Bölge Müdürlüğüne de Vakıflar Genel Müdürlüğü adına husumet yöneltilebilir. Dolayısıyla, mazbut vakıflar bakımından Ankara'da dava açılabileceği gibi, ilgili Vakıflar Bölge Müdürlüğünün bulunduğu yerde de dava açılması mümkündür[56]. Bu itibarla, süresi içinde bildirilmiş olsa dahi mazbut vakfın bağlı olduğu Vakıflar Bölge Müdürlüğü'nün bulunduğu yerdeki Asliye Hukuk Mahkemesi'nin yetkisizlik kararı veremeyeceği düşüncesindeyiz.

Yersiz ya da yetersiz ödenen galle fazlasının istirdadı davası sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayandığından, yetkili mahkeme, usulün genel yetki kuralı kapsamında davalının davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri mahkemesidir[57].

c-Dava Şartları ve Dava Ehliyeti

Dava şartları ve sonuçları, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 114 ile 115'inci maddelerinde düzenlenmiştir. Dava şartlarının varlığı yargılamanın her aşamasında aranır. Dava şartları dava dilekçesinde bulunması zorunlu unsurlar arasındadır. Dilekçede bulunması gereken unsurlar 6100 sayılı HMK'nın 119'uncu maddesinde sayılmıştır. Davacı, malvarlığına dayalı bir talep ileri sürmekte ise dava konusunun parasal değerini de dilekçesinde göstermelidir. Hakim, dava dilekçesini inceleyerek dava şartlarının tamam olup olmadığını saptadıktan sonra davanın esastan incelemesine karar verir.

Taraf ehliyeti davada "taraf olabilme" yeteneğini ifade eder ve medeni hukuktaki medeni haklardan istifade ehliyetinin medeni usul hukukundaki adıdır. Kimlerin taraf ehliyetine sahip bulundukları Medeni Kanuna göre belirlenir. Buna göre Medeni haklardan istifade ehliyetine sahip bulunan her gerçek ve tüzel kişi, davada taraf olabilme

---

55 Yargıtay 18. HD 20 Mart 2014 tarih, 2013/17695-2014/5141 E.K sayılı kararı.

56 Özyakışır, Özkan, *"Galleye Müstehiklik (Hak Kazanma) "* İnÜHFD, C.10, S. 2, Malatya, 2019, s.392.

57 Yargıtay 8. HD 01 Ekim 2018 tarih, E. 2017/8741, K. 2018/16571 sayılı; 05 Temmuz 2018 tarih, E. 2017/8430, K. 2018/14991 sayılı ilamları ile Yargıtay 18. HD 19 Nisan 2016 tarih, 2015/9685-2016/6242 E.K sayılı kararı; Yargıtay 20. HD 16/01/2017 tarih, E. 2016/12777, K. 2017/64 sayılı kararı.

ehliyetine sahiptir. Davanın esastan incelenbilmesi için iki tarafın da taraf ehliyetine sahip olması gerekir, aksi halde açılan dava HMK'nın 114/1-d hükmü uyarınca dava şartı noksanlığından usûlden reddedilir[58]. Galleye müstehak evladiyetin tespiti davasında davacı, vakıf evladı olduğunu, vakfiyede yer alan şartları taşıdığını, bu sebeplerle galle fazlası üzerinde hakkı bulunduğunu iddia ve mahkemeden bunun tespitini talep eden kimse; davalı ise zürri nitelikteki vakfın mazbut veya mülhak vakıf olmasına göre mazbut vakıflarda Vakıflar Genel Müdürlüğü iken galleye müstehikliğin tespiti davası, "intifa hakkı" iddiasına dayandığından ve 5737 sayılı Vakıflar Kanunu'nun 76'ıncı maddesine göre mülhak vakıflarda intifa hakkı iddiası ile açılan davalarda Vakıf Yönetimi ve Vakıflar Genel Müdürlüğü birlikte davalı gösterilir hükmü uyarınca, vakıf yönetimi ve Vakıflar Genel Müdürlüğüdür[59].

Mülhak vakıf davalarında, vakıf hükmü şahsiyetini temsilen taraf olacak şahıs mütevellidir. Vakıf yöneticisi olan mütevelli, mülhak vakıflarda, vakfı yönetmeye ve temsile yetkili olan kişidir[60]. Bir vakfın mazbutaya alınması ile artık mütevelli ataması yapılamayacağından, yönetim ve temsil yetkisiyle birlikte davaya taraf olma sıfatı da Vakıflar Genel Müdürlüğüne geçer[61]. Ancak mazbutaya ayrılsa bile vakfiyesine

---

58 Pekcanıtez, Hakan/ Atalay, Oğuz/ Özekes, Muhammet, 2019 , s. 205-210.

59 Özyakışır, 2019, s.392.

60 *"Vakfın işlerini gören kimseye (MÜTEVELLİ) denir. Mütevelliler ya vakfiyede tayin edilmiş bulunurlar, bunlara, (Meşrutiyet üzere mütevelli) denir, yahut da bilâhara izinli hâkim tarafından tâyin edilirler. Bunlara da (Mansup mütevelli) tâbir edilir. İcabında mütevellinin yerine kaim olmak ve onun işlerini görmek üzere tayin edilen kimseye (Kaymakam) denir. Mütevellinin vakıf hakkındaki idare ve murakabesine nezaret eylemek ve vakfın idaresinde mütevelliye merci olmak üzere tâyin edilmiş olan kimseye (Nazır) denir. Vakfın tahsildarına (Cabii Vakıf) tâbir edilir." "Vakıflar için Fatih zamanında bir nazır tâyin edilmiştir. Bilâhara teftiş için bri de müfettiş tâyin edilerek nazırın emrine verilmiş, bu suretle vakfın idaresi mütevelli, nazır ve müfettişe tevdi edilmiştir. Bunlar vakfı idare eder ve sene sonunda Padişaha hesap verirler. Mütaakip hükümdarlar zamanında vakfın idaresi işi bazan Sadrazamlara, bazan da Şeyhü-lislâma bırakılmıştır. Mekke ve Medine'deki hayır müesseseleri için birçok vakıflar ihdas olundu ve bunların idaresi (DARÜSSAADE AĞASI) denilen zatın nezaretine terk edildi. Nihayet 1844 tarihinde ihdas edilen Evkaf Nezareti, yukarda da bahsedildiği üzere, mazbut vakıfların idaresini deruhde etti."* (Bkz. Akın, S.2, 1953, s. s. 183-184.)

61 *'Mazbut vakıflar fiili ve hukuki sebeplerle Devletin el koyduğu, idaresi bir makama ya da vakfedenlerin fer'ilerinden başkalarına bırakıldığı, fiilen hayrî bir hizmeti kalmadığı için Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün vesayeti altına alınan, özel hukuk hükümlerine tabi tüzel kişiler olduklarından, bu vakıfların yönetim ve temsilleri, hukuki statülerinin korunarak yaşatılmaları amacıyla Vakıflar Genel Müdürlüğü'ne bırakılmıştır. Kendine özgü bu vesayet ilişkisi, mazbut vakıfların hukuki statülerinde bir değişikliğe sebebiyet vermediği gibi, vakıf malvarlığının kamu malı hâline dönüşmesi sonucunu da doğurmamaktadır.'* (Bkz. AYM'nin 26.12.2013 tarihli 2013/70-166 E.K sayılı Kararı) ; 5737 sayılı Vakıflar Kanunu'nun 14'üncü maddesinde, vakıfların vakfiyelerindeki şartların yerine getirilmesine fiilen veya hukuken imkân kalmaması halinde vakfedenin iradesine aykırı olmamak kaydıyla, mazbut vakıflarda Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün teklifi üzerine bu şartları değiştirmeye, hayır şartlarındaki parasal değerleri güncel vakıf gelirlerine uyarlamaya Vakıflar Meclisi yetkili kılınmıştır. ; *"Mazbut vakıflar: Vakfedenler tarafından mütevelliliği Padişaha verilmiş olan vakıflardır. Bunlara Hanedan vakıfları da denir. Bunların tevliyeti bilahara ihdas edilen*

göre galle fazlasının açıkça evlatlarına bırakılan vakıflarda, galle ödemesi hak sahibi evlatlarına yapılmaya devam eder. Zira vakıf hukukunda temel kural, vakfı kuran kurucu iradenin *(şâriin nassı'nın)* tam olarak uygulanmasıdır[62].

Mülhak vakıfa karşı açılan davalarda, davacının mütevelli heyetinden biri olması durumunda, vakıf tüzel kişiliği ile vakfı yönetmeye veya temsile yetkili davacı arasında menfaat çatışması doğacağından, davalı vakfın bu davada temsil edilmesi için TMK'nın 426/3'üncü maddesi kapsamında kayyım atanması sağlanır. Bu durumda, temsil kayyımı atanması amacıyla dava açmak üzere davacı tarafa süre ve yetki verilip kayyım atanmasını sağlayarak, eldeki davada vakfın temsili sağlandıktan sonra kayyımın huzuru ile dava görülmelidir[63].

Vakıflar Kanunu ve Vakıflar Yönetmeliğine göre, galle fazlası evlada şart kılınan mazbut ve mülhak vakıflarda vakfedenin soyundan gelen ve bu nedenle vakfın gelirinden (gallesinden) yararlanma hakkına sahip olan kişiler için öncelikle dava açılması ve bu haklarının dava ile tespit edilmesi aranmıştır. Uygulamada bu davaların evladiye davası, vakıf evladı ya da galleye müstehak evlat olduğunun tespiti davası şeklinde isimlendirildiğine değinmiştik. Belirtmek gerekir ki vakıf evladı kavramı daha çok, vakfedenin çocukları ya da alt soyundan gelenler için kullanılan bir kavram olup, vakfedenin akrabalarını ya da vakıftan yararlanan (mürtezikayı) veya ismen belirlenmiş kişileri kapsamamaktadır[64]. Vakfın geliri üzerinde hak sahibi olduğuna ilişkin davayı, vakfiye uyarınca galleden yararlanma hakkı olan, yani vakfeden ile soy bağı olan ya da soy bağı olmasa bile galleden kendisine pay özgülenen diğer kişiler açabilirler[65]. Asliye Hukuk Mahkemesi nezdinde açacağı bu dava için yargılama veya takip giderlerini kısmen veya tamamen ödeme gücünden yoksun olan kimse, HMK 334 gereği adli yardımdan yararlanabilir.

Evkaf Nezaretine geçmiştir. Daha sonra Cumhuriyet devrinde kurulan Vakıflar Genel Müdürlüğü bu vakıfların idaresini ele almıştır." Yani Cumhuiryet'in ilanından önce de bu vakıflar Devlet eliyle idare olunurdu. (Bkz. Akın, S.1, 1953, s. 51-67.)

62 Yargıtay 18. HD 19 Eylül 2013 tarih, 2013/6802-2013/11719 E.K sayılı ilamı. ; *"Vakfın sarf mahalli fakirlerdir. Vakıfta muayyen ve değişmez bir gaye mevcuttur. Vâkıfın koyduğu şart, amel, mefhum ve şümulde vâzıı kanunun emri gibidir. Bu şarta harfiyen riayet etmek gerektir. Hattâ bu meselenin ehemmiyetini tebarüz ettirebilmek maksadile «Şartı vâkıf nassı şârii gibidir». Yani vâkıfın şartı kanun hükmündedir, şeklinde bir de formül vücude getirilmiştir. Vâkıfın iradesile taayyün eden gayeye şartı vâkıf denir."* (Bkz. Akın, S.2, 1953, s. 186.)

63 Yargıtay 8. HD 16 Nisan 2019 tarih, E. 2017/17005, K. 2019/4176 sayılı ilamı.

64 *"Bütün bu hallerde gallenin ne şekilde intikal edeceği vakıf tarafından şart edilmiş ise o şarta göre amel olunur. Vakıf evladından gaileye müstahak olacakların ismini zikrederse bunlardan başkası müstefit olamaz. Velet ve evlât tâbirleri sonradan doğacaklara şâmil olacağı gibi, gayri müslimlere de şâmildir"* (Bkz. Akın, S.2, 1953, s. 187.)

65 Yargıtay 8. HD 13 Ocak 2020 tarih, E. 2018/9432, K. 2020/14 sayılı ilamı.

Velayet altındaki çocuklar adına velileri tarafından veya kısıtlılar adına vasi tarafından da bu davaların ikame olunması mümkündür. Ancak ana ve baba tarafından çocuk adına vakıftan galle fazlası istemine ilişkin davanın birlikte açılması gerekir. TMK'nın 336 ve 342'inci maddelerindeki amir hükümler mucibince velayetin birlikte kullanılması kuralı bu dava için de geçerlidir. Anne ya da babanın çocuğa velayeten tek başına dava açtığı hallerde ise diğer eşin davaya katılması veya diğer eşin sonradan icazetini bildirip olumlu iradesini ortaya koyması beklenir. Diğer eşin katılımının veya rızasının sağlanamadığı davanın reddi gerekir[66]. Ülkemizde evlatlık müessesesinin 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nin yürürlüğünden önceki dönemde uygulanması söz konusu olmadığından, evlat edinilen ve bu bağlamda biyolojik (zürri) kan bağı esaslı evlat olmayan kişinin evladiye iddiası dinlenmeyecektir; nitekim vakıf hukukunda aslolan, vakfiyedeki hükümlerin eksiksiz olarak uygulanmasıdır[67].

Galle fazlasına müstehak vakıf evladı olduğunun tespitine ilişkin davalar şahsa bağlı davalardan olup, yargılama sırasında davanın konusuz kalması halinde mahkemece, dava konusuz kaldığından esas hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar verilmesi gerekir[68]. Galle almaya hak kazanmış vakıf evladı olduğu kesinleşmiş bir mahkeme kararı ile sabit olan kişinin, sağlığında açtığı galle alacağının tahsili istemli davası ise müteveffanın yasal mirasçıları tarafından devam ettirilebilir[69].

d-İspat Yükü ve Deliller

Özel hukuk mahkemelerinde re'sen araştırma söz konusu olmadığından delil tespiti ve delillerin toplanması talebe bağlıdır. Yani deliller taraflarca mahkemeye getirirler. Ancak kişi delilleri mahkemeye getiremeyecek durumdaysa bunu ileri sürmelidir. Bu durumda, talep karşılığı delilleri mahkeme kendisi ister. Bütün bu kurallar, galleye müstehak vakıf evlatlığının tespiti davasında da geçerlidir ve HMK'nın 24 ile 33'ncü maddeleri arasında *"yargılamaya hakim olan ilkeler"* başlığı altında açık ve anlaşılır ifadelerle düzenlenmiştir.

Galle fazlası evlada şart kılınan vakıflarda galle fazlasının alınabilmesi için açılan davada öncelikle vakfeden ile soybağının ispatlanması, sonra da vakfiyede öngörülen şartların gerçekleşmesi gerekir. Yani bu tür davalarda incelenecek ilk husus; davacılar ile

---

66 Yargıtay 18. HD 07 Ekim 2010 tarih, 2010/10425-12659 E.K. sayılı kararı; 30 Ekim 2007 tarih, 2007/8375-8869 E.K. sayılı kararları.

67 Yargıtay 18. HD 19 Nisan 2016 tarih, 2016/5815-6240 E.K. sayılı kararı.

68 Yargıtay 8. HD 11 Aralık 2019 tarih, E. 2018/13475, K. 2019/11194 sayılı ilamı.

69 *"Evlâda şart edilen vakıfta gailenin husulünden evvel biri vefat etse hissesi sâkıt olur. Fakat gaile tahakkuk ettikten sonra vefat ederse bu gaileye müstahak olacağından hissesi vârislerine verilir."* (Bkz. Akın, S.2, 1953, s. 190.)

vakfeden arasında iddia edildiği üzere kan bağı yolu ile soybağı mevcut olup olmadığı, eğer soybağı kurulabiliyorsa ikinci aşamada vakfiyelerde galle fazlası için öngörülen şartların somut olayda davacılar yönünden gerçekleşip gerçekleşmediğinin araştırılması olacaktır[70].

Vakıf evladiyetinin tespiti davasında davacılar ile vakfeden arasında nüfus kayıtları ve nüfus kayıtlarını tamamlayan veraset ilamı gibi belgelere dayanılarak bağ kurulması mümkündür. Galleye müstahak vakıf evladı olduğunu iddia eden kişi, dava konusu vakfın galle almaya müstahak vakıf evladı olduğuna dair kesinleşmiş bir mahkeme kararına dayanmalıdır, doğrudan miras hükümlerine dayanamaz[71]. Miras hukukundaki zümre sisteminden farklı olarak, vakıf evladiyeti için aranan soy bağının dava edilen vakıf ile davacı arasında yöntemince kurulmuş kan bağı olması gerekir. Diğer bir ifadeyle, bir vakfın evladı olunabilmesi için vakfın kurucusuna kadar soy bağının götürülmesi zorunlu olmayıp, daha önceden kesinleşmiş mahkeme kararı ile evlat olduğuna karar verilen kişilerle veya 1943 tarihli Yargıtay İçtihatı Birleştirme Kararına göre tevliyeti evlada bırakılan vakıflarda mütevellilik yapan kişilerle kanbağı ilişkisinin kurulması yeterlidir. Bu durum tevliyet kayıtları ile nüfus kayıtlarının örtüşmesine bağlıdır. Eğer davacı ile davalı vakıfta daha önce görev yapan mütevelliler arasında bu bağ kurulamaz ise 1943 tarihli Yargıtay İçtihatı Birleştirme Kararı uygulanamaz. Bu halde dava edilen vakıf ile davacı arasında yöntemince kurulmuş kan bağı esasını havi soybağı rabıtası aranır.

Vakıflar Yönetmeliği'nin mülga 53/2'nci maddesine göre, vakıf evladı olduğunu kesinleşmiş mahkeme kararıyla tespit ettirmiş olanların çocuklarından ayrıca vakıf evladı olduklarına dair bir mahkeme kararı istenmez, bunlar hakkında vukuatlı nüfus kaydı esas alınarak işlem yapılırdı[72]. Yönetmeliğin 53/2'nci maddesinin yürürlükten kaldırılması ile vakıf evladı olduğu kesinleşmiş mahkeme kararıyla tespit edilmiş olanların çocuklarına da, 19/01/2013 tarihi itibarıyla vakıf evladı olduklarına dair kesinleşmiş bir mahkeme kararı sunma zorunluluğu getirilmiştir. Böylece, galle fazlası talep edenler, başkasına ait tespit hükmünden yararlanamayacaklarından vakıf evladı olduklarını, yalnızca dava yoluyla ispat edebileceklerdir[73]. Nitekim, kesinleşmiş bir mahkeme kararına dayanmayan, çoğu zaman mülhak vakıf yönetiminin tek taraflı olarak evlat listesine yaptığı dayanaksız eklemeler, mülhak vakfın mütevellisinin tutmuş olduğu defter kayıtları ve böylelikle galle fazlası dağıtımına esas evlat listesinde yazılı olmak, vakıf evladiyeti için yeterli değildir. Vakıf evladı olduklarını kuşaktan kuşağa belegeleyenler,

---

70 Yargıtay 8. HD 19 Şubat 2020 tarih, E. 2019/177, K. 2020/1588 sayılı; 09 Aralık 2019 tarih, E. 2018/13916, K. 2019/11049 sayılı ilamları.

71 Anayasa Mahkemesi'nin 29 Ekim 2018 tarihli (Başvuru Numarası: 2015/7288) kararı.

72 Yener, 2004, s. 34-35.

73 Özyakışır, 2019, s.393.

mütevellilik görevini üstlenmişlerse de bunu ne kadar sağlıklı sürdürülebildikleri tartışmalıdır[74]. Bu listelerin ne şekilde oluşturulduğunun sarih ve anlaşılır olması gerekir. Varsayım üzerinden kan bağına dayalı soybağı ihdas etmek mümkün değildir. Ancak, açıkça galle fazlası almaya hak kazandığını gösterir bir mahkeme ilamına dayalı olarak vakıf evlat listesine eklenen kişi, daha sonra açılacak vakıf evlatlığı davalarında kesin hüküm olmamakla birlikte güçlü delil sahibi olarak kabul görecektir[75].

Vakıf evladiyeti kesin hükümle sabit ise davacının galleye müstehak vakıf evladı olup olmadığı mahkemece tartışılabilecektir. Bu amaçla, vakfiye belgesinin (senedinin) incelenmesi elzemdir. Vakfiyeler, vakıf davalarında birinci derecede delil olup, kadimden beri uygulandığı bilinmedikçe vakıf davalarında yazılı delil olarak kullanılamazlar; çünkü vakfiyelerin uygulanma şartı, bunların ifade ettikleri maddelerin sabit ve meşhur olmasına bağlıdır[76]. O bakımdan vakfiye senedinde, vakfedenin soyundan gelen evlatlara yönelik herhangi bir hüküm bulunup bulunmadığı, var ise bu hükümlerin şartları, hangi nitelikteki evlada şart kılındığının tespiti öncelikli meseledir. Nitekim gerek galle fazlası gerekse de galle fazlası dışında kalan bir hak, ücret, maaş, tahsisat vs. almaya hak kazanan vakıf evlatlarına, bu ödemeler vakfiye hükümleri çerçevesinde yapılacaktır. Bu yüzden mahkemelerce, Vakıflar Genel Müdürlüğü'nden vakfiyenin ilgili kısımlarının sadeleştirilmiş hali talep edilir[77]. Mazbut veya mülhak vakıf statüsünde gözüken vakfın birden çok vakfiye senedi ya da zeyl vakfiyesi mevcut olduğunun anlaşılması halinde, bu vakfiyelerde galle fazlasının evlada verilmesi ile ilgili olarak ayrı ve özel hükümler gözetilerek, vakfiyenin galle fazlasına dair en güncel düzenlemesi esas alınacaktır. Tüm vakfiyelerdeki galle şartları ayrı ayrı incelenip, bu konudaki en son düzenlemeye göre hareket edilecektir[78]. Fakat her halükârda meşruiyet ve sıhhat şartlarını daha fazla sağlayan belge esas alınmalıdır. *"..vakfiyelerin mukaddimeleri neredeyse aynı olmasına mukâbil, içerik bakımından farklı hükümler ihtivâ etmektedirler. Ancak muhtevâ itibariyle daha az olan vakfiyede yirmi şâhidin*

---

[74] Sakaoğlu, Necdet, *Türk Anadolu'da Mengücekoğulları*, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2005, s. 329.

[75] Yargıtay 8. HD 09 Aralık 2019 tarih, E. 2018/13916, K. 2019/11049 sayılı; 25 Eylül 2019 tarih, E. 2019/5053, K. 2019/8028 sayılı; 14 Mayıs 2019 tarih, E. 2018/1021, K. 2019/5006 sayılı; 12 Mart 2019 tarih, E. 2019/901, K. 2019/2573 sayılı ilamları.

[76] Akgündüz, 1996, s. 428.

[77] Yener, 2004, s. 42. ; Bir çok örneğine rastlanabileceği üzere, Yargıtay 18. HD 07 Ekim 2010 Tarihli, 9855/12661 E.K sayılı kararında *"Mahkemece bozma kararı doğrultusunda senette değişiklik yapılmak üzere davacı yana belli ve uygun süre verilmesi, süresi içinde vakfın yetkili organınca yapılacak olan değişiklik noterlikçe düzenlenip bu belgenin dosyaya konulmasından sonra hüküm kurulması gerekir.."* diyerek belgeyi bekletici mesele yapmıştır.

[78] Bkz. Yargıtay 8. HD 15 Ocak 2020 tarih, E. 2018/15085, K. 2020/166 sayılı; 09 Ekim 2019 tarih E. 2017/14930, K. 2019/8780 sayılı kararları.

isimleri unvanlarıyla birlikte zikredilmiş; diğer vakfiyede ise bunlardan sadece beşinin ismi sayılmış, ardından 've ğayruhüm (diğerleri)' denilmiştir. Bundan hareketle şahitlerin tümünün isimlerinin yazıldığı vakfiyenin ilk olarak düzenlendiği söylenebilir[79]*."*

Bir vakfiyede birbirinin tekrarı mahiyetinde ibareler mevcut ise bu ifadeler bir bütün olarak değerlendirilmelidir[80]. Vakfiye senedinin kenarında köşesinde teferruat minvalindeki kayıtlar veya daha sonra hatırlanıp ekleme yapılmasından kaynaklanan hâmiş (hamis) ya da hâşiye olarak ifade edilen dipnotların dahi ispat hukuku açısından mahiyeti ve vakfiye hükümleri üzerindeki etkisi dikkate alınmalıdır. Ancak taleple bağlılık kuralı[81] gereği, bütün vakfiyeleri kapsayacak şekilde davanın kabulüne yönelik kararlar verilmemelidir. Dava konusu vakfın vakfiyesinde, galle fazlasının evlatlara bırakılmadığı açıkça ifade olunmuşsa, çoğun içinde az da vardır kuralı gözönüne alınarak, davacının sadece vakıf evladı olduğunun tespitine hükmedilmesi ile yetinilmelidir[82]. Kişinin vakıf evladı olduğu tespit edilmiş olsa dahi, bu kimse vakfiyede yer alan şartları taşımıyorsa, galleye müstehikliğine karar verilemez[83].

Bu davalarda bilhassa vakfiyelerin galle fazlasına ilişkin bölümlerinde; kimi zaman batın şartına, kimi zaman kız erkek ayrımı yapılarak sadece erkek evladına, evlad-ı sulbiyyeye yani vâkıfın öz evlatlarına yahut erkek evladına iki kız evladına bir pay *(alâ ferîzatiş-şer'iyye)* verilmesine, kimi zaman da vakfedenin nesli kesilinceye kadar kız erkek ayrımı yapılmadan *"evlad-ı evladım beynlerinde ale's seviye taksim oluna"* gibi ifadelerle vakıf evladına dağıtılması şeklinde şartlara sıkça rastlanır. O halde ispat külfeti kendisine ait davacının zikredilen şartlara haiz olup olmadığı oldukça mühimdir. Ön kuşakta sağ vakıf evladı varsa sonraki kuşakta bulunan evladın hak sahibi olamaması kuralına *"batın şartı"* denir. Mesela, vakfeden vakfının gelirini batnen ba'de batnin evlad ve evlad-ı evladına şart etse; ilk batın vakfedenin çocukları, ikinci batın çocuklarının çocukları, üçüncü batın ise çocuklarının çocuklarının çocuklarıdır[84]. Galle fazlasına dair vakfıyesinde "ön kuşakta sağ vakıf

---

79 https://turkishstudies.net/turkishstudies?mod=tammetin&makaleadi=&makaleurl=465133459_16Sa%C4%9F%C4%B1rYusuf-trh_285-301.pdf&key=16140 "Çevrimiçi", "Erişim Tarihi: 21.02.2021".

80 Yargıtay 8. HD 30 Nisan 2019 tarih, E. 2017/16520, K. 2019/4462 sayılı ilamı

81 HMK madde **26 (1) Hâkim, tarafların talep sonuçlarıyla bağlıdır; ondan fazlasına veya başka bir şeye karar veremez. Duruma göre, talep sonucundan daha azına karar verebilir. (2) Hâkimin, tarafların talebiyle bağlı olmadığına ilişkin kanun hükümleri saklıdır.**

82 Yargıtay 18. HD 16 Haziran 2011 tarih 2011/4214 -7313 E.K. sayılı ilamı

83 Özyakışır, 2019, s.397.

84 *" Yalnız «Veledime vakfettim», sözü vâkıfın birinci batında bulunan kız ve erkek çocuklarına şâmildir. Bu çocuklar gaileden mütesaviyen hisse alırlar. Bu batında kimse yoksa gaile fukaraya kalır. «Veledime ve veledi veledime» sözü, vâkıfın çocuklarına ve onların çocuklarına şâmildir.*

evladı *(ön batında zükur evlat)* bulunması halinde sonraki kuşakta bulunan vakıf evladının hak sahibi olmayacağı" şeklinde ifade edilen bir batın şartı bulunması durumunda ise hâkimin, müstehak evlatlık iddiasında olan davacının gidebildiği kadar üstsoyuna ve bunların bütün mirasçılarına ait nüfus kayıtlarını, daha önce verilmiş ve kesinleşmiş galle fazlasına müstehak evlat kararlarını uzman bir bilirkişiye tevdi ederek, bu kayıtlara göre bir soyacağı çizelgesi hazırlattırması; böylece davacının bulunduğu kuşağın *(batının)* tam olarak belirlenmesinden sonra üst batında sağ evlat bulunup bulunmadığını saptayıp, üst batında sağ evladın bulunması halinde yalnızca vakıf evladı olduğunun; bulunmadığı takdirde ise galle fazlasına müstahak vakıf evladı olduğunun tespitine dair karar vermesi gerekir[85]. Evlilik bağı vakfeden ile soybağı kurulması için yeterli değildir[86]. Benzer şekilde davacının veya murisinin daha önce herhangi bir mahkeme kararına dayanmadan vakıftan galle fazlası almış olması, galle fazlasına müstahak vakıf evladı olduğuna karine teşkil etmez. Kesinleşmiş mahkeme ilamı olmaksızın galle ödemesi almış olmak, galle fazlasına müstahak vakıf evlatlığını kanıtlamak için tek başına yeterli değildir[87]. Delil olarak sunulan veraset ilamının da aksi sabit oluncaya kadar geçerli belge niteliğinde olduğu hatırda tutulmalıdır. Keza, davacının dava konusu vakıf ile soybağı kurmasına dayanak yaptığı veraset ilamının iptali için açılan bir dava varsa, bu davanın sonucu beklenerek oluşacak sonuç doğrultusunda bir karar vermek gerekecektir[88].

Eski hukukumuza dayalı olarak kurulmuş bulunan vakıflara yönelik galleye müstehak vakıf evlatlığının tespiti davalarında, uygulamada eski vakıf hukuku alanında uzman bilirkişilerden rapor alınması yolu benimsenmiştir[89]. Tarafların gösterecekleri delillerin toplanması akabinde, tereddüt halinde veya gerek duyulması halinde, konusunda uzman bilirkişiden davacı için gerekli kan bağının kurulup kurulmadığı konusunda görüş aldıktan sonra karar verilmesi daha doğru olacaktır[90]. Böylece, davacının iddiasını ispata yararlı gördüğü ve bu amaçla sunduğu tüm bilgi ve belgeler karşılaştırılıp birlikte değerlendirilecektir. Davacının talepleri ve sunduğu kanıtlar da nazara

---

Daha ileri gidemez. «Velet» kelimesi üç defa tekrar edilirse şart bütün batınlara şâmil olur. «Evlât» tâbiri iki defa zikredilince vâkıfın bütün batınları vakfa dahil olur. " (Bkz. Akın, S.2, 1953, s. 187.)

85 Yargıtay 8. HD 16 Nisan 2019 tarih, E. 2019/1180, K. 2019/4174 sayılı ilamı

86 Yargıtay 8. HD 26 Şubat 2019 tarih, E. 2019/221, K. 2019/1947 sayılı ilamı; Yargıtay 18. HD 21 Mayıs 2013 tarih, 2013/4953-8767 E-K. sayılı ilamı.

87 Yargıtay 18. HD 20 Ekim 2015 tarih, 2015/14322-14861 E-K. sayılı ilamı

88 Yargıtay 8. HD 04 Şubat 2019 tarih, E. 2018/16279, K. 2019/922 sayılı ilamı

89 Bkz. Yargıtay 8.HD 12 Mart 2019 tarih, E. 2019/195, K. 2019/2572 sayılı ilamı; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 13 Ekim 2020 tarih, E. 2019/(18)8-367, K. 2020/750 sayılı kararı.

90 Yargıtay 8. HD 21 Ekim 2019 tarih, E. 2018/9431, K. 2019/9284 sayılı ilamı

alınarak, konusuna göre, örneğin tapu ve muhasebe konularında ve de eski vakıf hukuku alanında uzman bir bilirkişi kurulu oluşturulup, tercümesiyle beraber Osmanlıca zabıt defteri *(evkaf idaresi secere)* kayıtları, vakfın şahsiyet kayıtları, merkez tevcih komisyonu kararları, intifa cetveli, şeriyye sicil defterleri, Vakıflar Genel Müdürlüğünce emaneten yönetilen dönemlere ait ödeme kayıtları ve tutulan listeler, hurûfat defterleri, vakıf evlatları ile irs ilişkisi içinde olduğunu belirleyen belgeler ve daha önce vakıftan galle fazlası alıyor ve bu husus bir defter ile belirlenmiş ise bu defterin dayanağını teşkil eden belgeler, mirasçılık belgeleri *(veraset ilamı)*, taşınmazlara ait kadastro ve bütün tedavülleriyle şerhlerini de gösterir kayıtları, tevliyete müstehak vakıf evladı olduğuna dair kesinleşmiş mahkeme kararları toplanır ve dosya bilirkişiye tevdii edilir. Gerektiğinde bilirkişiye Vakıflar Genel Müdürlüğü ve tapu müdürlükleri gibi kurumlarda yerinde inceleme yetkisi de verilebilir. Tüm bunlara rağmen davacının kan bağına dayalı soy bağı kurulamadığında, davanın reddi gerekir. Diğer türlü davayı uzatmak maksatlı talepler dinlenmez. Örneğin; galle fazlasına müstehak vakıf evladı olduğu iddiasıyla açılan davada, vakfiye senedi, şeriyye sicil kaydı[91], güncel nüfus kaydı ile dayanak atik kayıtlar[92] üzerinden yapılan inceleme sonucunda davacı ile vakfeden arasında kanbağına dayalı soybağı kurulamıyorsa, aldırılacak bilirkişi raporlarının tespit edilen bu maddi olguyu değiştirmeyeceğinin kabulü gerekir[93]. Aksine dosyayı tekrar tekrar bilirkişiye tevdii etmek gibi usul hükümlerini hiçe sayacak şekilde, yargılamayı uzatmaya yönelik istek ve taleplerin, savunma hakkı kapsamında değerlendirilemeyeceği açıktır.

e-Hüküm ve Sonuçları

25.02.2011 tarihinde yayımlanarak yürürlüğe giren 6111 sayılı Yasa'nın 208 ve 209'uncu maddeleri ile 5737 sayılı Vakıflar Kanunu'nun 7'nci maddesine iki fıkra ve bundan başka geçici 10'uncu madde eklenmiştir. Buna göre 5737 sayılı Vakıflar Kanunu'nun 7'nci maddesinde; mazbut vakıflarda intifa hakları, galle fazlası almaya hak kazanıldığını gösteren mahkeme kararının kesinleştiği tarihten itibaren, vakfın son beş yıl içindeki malvarlığı, gelirleri ve giderleri ile sınırlı olmak ve galle fazlasının mevcudiyeti şartıyla Genel Müdürlükçe

---

91 Sakaoğlu, 2005, s.338 ; "Soyun kesilmesi, aileden ehil kişi bulunmaması veya vakıf gelirine göz koyanların hileli yollardan evlatlık hakkı elde ederek vakfa fesat karıştırması gibi nedenlerle eski vakıfların başkalarının tasarrufuna geçtine örnekler çoktur. Deniyor ki: *'Şeriyye mahkemelerinin vakıflar üzerindeki mevki ve tesiri de fena idarelere ve suistimallere sebep olmuştur. Şeriyye hakimiyle işini uyduran bir mütevelli yahut alâkalı, vakıf aleyhine yapmak istedikleri için hüküm alabilmiştir.'* (bkz. Vakıflar Umum Müdürlüğü, Cumhuriyet'ten Önce ve Sonra Vakıflar, İstanbul, 1937, s. 12, 15.)

92 "defter-i köhne, defter-i atik, maliyeden müdevver defterler gibi isimlerle de anılan kayıtlar."

93 Yargıtay 8. HD 02 Ekim 2019 tarih, E. 2019/4546, K. 2019/8437 sayılı ilamı

belirleneceği, geçici 10'uncu maddesinde ise, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla Kanunun 7'nci maddesine eklenen hükümlerin, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önce açılmış ve halen devam eden intifa haklarının ödenmesi, malvarlığı ve gelirlerinin tespitine ilişkin davalarda da uygulanacağı hükme bağlanmıştı. Bunun üzerine, 6111 sayılı Yasanın 208 ve 209'uncu maddelerinin anayasaya aykırılığı iddiasıyla iptaline yönelik dava açılmıştır. Anayasa Mahkemesi *"galleye müstehikliği kesinleşmiş mahkeme kararıyla tespit edilenlerin, hak kazandığı galle fazlasını uzun bir süre geçtikten sonra talep etmelerinin vakfın amaçlarını ve faaliyetlerini gerçekleştirmesini zora sokacağına ve bu durumun kamu düzeniyle ilgili olması nedeniyle kanun koyucunun, hak kazanılan galle fazlasının talebi için bir süre sınırı öngörmesinde kamu yararı bulunduğu"*na vurgu yaparak, anayasaya aykırılık iddiasıyla yasanın iptaline yönelik başvuruyu reddetmiştir[94]. Geçici 10'uncu madde uygulamada, aynı konuda birbirinden farklı kararlar çıkmasına neden olunca, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 12.11.2014 gün ve 2013/18-1095 Esas ve 2014/897 Karar sayılı kararıyla, 6111 sayılı ve 25.02.2011 tarihli yasa değişikliğinin, mazbut vakıflar ile ilgili halen devam eden intifa haklarının ödenmesi, malvarlığı ve gelirlerinin tespitine ilişkin davalarda da uygulanması gerektiğine hükmederek bu konuda oluşan tereddütü gidermiştir[95].

6111 sayılı Yasayla değişik 5737 sayılı Vakıflar Yasası'nın 7'nci maddesine göre intifa haklarına ilişkin talepler, galle fazlası almaya hak kazanıldığını gösteren mahkeme kararının kesinleştiği tarihten itibaren beş yıl geçmekle düşer. Yine Vakıflar Yönetmeliğinin 53'üncü maddesinde, vakıf için belirlenen gelir fazlası *(intifa hakları),* vakfiye şartı gereği vakıf evladı veya ilgilisi olduğunu ve galleye hak kazandığını kesinleşen mahkeme kararıyla ispat edenlere, vakıf mazbut ise Vakıflar Genel Müdürlüğü, mülhak ise mütevellisi tarafından ödenir. Bu şekilde hak kazanılan intifa hakları beş yıl içinde talep edilmezse vakfın bütçesine irat kaydedilir. Zira, aynı yönetmeliğin 56'ncı maddesinde, galle fazlasına ilişkin ilk derece mahkemesi kararının ilgili bölge müdürlüğüne ya da mülhak vakıf yöneticiliğine tebliğ edilmesi halinde, galle fazlasının karar tarihinden itibaren ilgililerine ödeninceye kadar emanet hesaplarda izleneceği ve 57'nci maddesinde, emanet hesabına alınan galle fazlalarının, alacağın doğduğu tarihten itibaren beş yıl içerisinde talep edilmemesi halinde vakfın hesabına gelir kaydedileceği öngörülmüştür[96].

---

94 Özyakışır, 2019, s. 396-397. ; Bkz. Anayasa Mahkemesi'nin 09 Mayıs 2013 Tarihli ve E. 2011/42, K. 2013/60 sayılı Kararı (RG. T. 25.07.2014, Sa. 29071).

95 Yargıtay 18. HD 07 Nisan 2016 tarih, E. 2015/13331, K. 2016/5838 sayılı ilamı

96 Yargıtay 18. HD 19 Mart 2015 tarih, 2014/13444-3794 E.K. sayılı ilamında bu yöndeki delillerin ne şekilde toplanıp tahlil edileceği *"... davacı tarafın bu ücreti almaya hak kazandığı mahkeme kararının kesinleştiği tarihten itibaren son beş yıl içindeki tüm gelir, gider, kesin hesaplarına ilişkin belgelerin vakıf mütevellisi ve Vakıflar Genel Müdürlüğü'nden getirtilmesi, davacı tarafın varsa göstereceği tüm kanıtların da toplanarak gerektiğinde*

Mazbut vakıflarda intifa haklarının galle fazlası almaya hak kazanıldığını gösteren mahkeme kararının kesinleştiği tarihten itibaren, vakfın son beş yıl içindeki malvarlığı, gelirleri ve giderleri ile sınırlı olmak ve galle fazlasının mevcudiyeti şartıyla Genel Müdürlükçe belirleneceği hükme bağlanmıştır[97]. İntifa haklarına ilişkin taleplerin galle fazlasını almaya hak kazandığını gösteren mahkeme kararının kesinleştiği tarihten itibaren beş yıl geçmekle düşeceği açıktır; ancak mazbut vakıftan galle almaya hak kazananların, mahkeme kararının kesinleşme tarihinden sonraki yıllarda eksik ödenen galle alacağı talepleri, kararın kesinleşme tarihinden önceki dönemleri kapsamaz. Galle almaya hak kazanılmasına ilişkin kararın kesinleşmesinden itibaren 5 yıl içinde gerekli başvuruyu yapmış bulunan vakıf evladının 6111 Sayılı Yasadan kaynaklı hak düşürücü süreyi geçirdiği söylenemez[98]. Yani, Vakıflar Kanunu'na eklenen geçici 10'uncu madde hükmünün, yürürlük tarihinden önce kesinleşmiş mahkeme kararları üzerinde herhangi bir etkisi bulunmamaktadır. Bu düzenleme, yalnızca yürürlüğü tarihinde devam eden, kesinleşmemiş uyuşmazlıklar üzerinde etki doğurur[99].

Vakıf evlatlarının yükümlülüğü kesinleşen mahkeme kararı ile idareye başvurmaktır. Vakıf evladından hangi taşınmaz veya mallardan galle alacağı tahsili istediğini açıklaması beklenmez; zira bu, davalı kurumun veya mülhak vakıf yönetiminin vazifesidir[100]. Galle fazlasının her yıl için ayrı ayrı olarak yalnızca o yıl için hak kazanan vakıf evlatları arasında paylaştırılarak ödenmesi esastır. Galle fazlasını almaya hak kazanan ve fakat daha önceki yıllarda galleye müstahik vakıf evladı olmayanlar da dahil edilmek suretiyle vakıf evladı sayısına bölünerek hesaplanması doğru değildir[101]. Yönetmeliğin 55'inci maddesine göre, vakıf evladı veya ilgililerinin galle fazlasını almaya hak kazandıkları tarih

---

bilirkişiye yetki verilerek dava konusu vakıf, Vakıflar Genel Müdürlüğü ve tapu müdürlükleri gibi kurumlarda yerinde inceleme de yaptırılarak vakfın son beş yıl içindeki fiili malvarlığının yöntemince tespit edilmesinden sonra, ödeme yapılacak yıllara ilişkin kesin evlat sayısı ile her yıl için ödenmesi gereken toplam miktarın denetime elverişli biçimde tespit edilmesi; nüfus kayıtlarına göre ücrete hak kazanma, idareye zamanında başvurma, temerrüde düşürme ve faiz başlangıcı gibi konular için de ayrıntıları yukarıda açıklanan Vakıflar Mevzuatının emredici hükümleri dikkate alınarak varsa ödenecek payın belirlenmesinden sonra idarece yapılan ödemelerin de mahsubu dikkate alınarak oluşacak sonuca göre bir karar verilmesi yerine talep olmadığı halde 2011 yılı gelirlerini dahil ederek ve neye göre belirlendiği tespit edilemeyen 4/18 oranını esas alarak hesaplama yapan bilirkişi raporu esas alınarak yazılı olduğu şekilde davanın kabulüne karar verilmesi doğru görülmemiştir.." şeklinde ifade edilmiştir.

97 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 12 Kasım 2014 tarih, E. 2013/18-1095, K. 2014/897 sayılı kararı.

98 Yargıtay 18. HD 13 Aralık 2012 tarih, 2012/164-14502 E.K sayılı ve 19 Haziran 2012 tarih, 2012/4233-2012/7478 E.K sayılı ilamları.

99 Anayasa Mahkemesi'nin 09 Mayıs 2013 tarihli, E. 2011/42, K. 2013/60 sayılı Kararı

100 Yargıtay 8. HD 05 Şubat 2019 tarih, E. 2018/10714, K. 2019/1036 sayılı ilamı

101 Yargıtay 18. HD 18 Ekim 2012 tarih, 2012/9279-11454 E.K sayılı ilamı

ilk derece mahkemesi karar tarihi olup, galle fazlasına ilişkin ödeme mahkeme kararının kesinleşmesinden sonra yapılır. Galle fazlası, mazbut vakıflarda Genel Müdürlük onayından, mülhak vakıflarda ise kesin hesabın tasdikinden sonra 15 gün içerisinde yıllık olarak ödenir. İntifa hakkı ödemeleri yapıldıktan sonra ilk defa başvuranlara o yıl ödeme yapılmaz; ancak hak kazandığı yılın veya yılların evlat hissesi, mahkeme kararının kesinleşmesini müteakip ödenir[102]. Sermaye iradı kapsamında vergiye tabi tutulan galle fazlası ödemelerine ilişkin ödeme yapacak vakıf idaresi ya da kurumun tevkifatı gözetmesi de yerinde olacaktır.

Mahkemece, davanın reddine karar verildiğinde yargılama giderleri davacı tarafa yükletilir. Davacının davası reddedilse bile kendisini vekil ile temsil ettiren davalı Vakıflar Genel Müdürlüğü lehine vekalet ücretine hükmedilmesi gerekir[103]. Davanın kısmen kabul, kısmen reddedildiği halde de davalı kurum yararına vekalet ücretine hükmedilir. Yargılama giderleri ve vekalet ücretine ilişkin olarak Vakıflar Genel Müdürlüğü yasal hasım olduğundan, Yargıtay ya da İstinaf aşamaları duruşmalı yapıldığında da durum değişmez. Yargılama giderleri ile ücreti vekalete yönelik olarak davalının mülhak vakıf olduğu durumlarda birbirinden farklı kararlara rastlamak mümkündür. Mülhak vakıflar mütevelli eliyle yönetilmelerine rağmen vakıf aleyhine açılan davalarda Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün birlikte hasım gösterilmesi yasal bir zorunluluktur[104]. Dolayısıyla vakıf evladının galle alacağına dair davasının kabulü halinde alacağın ve buna bağlı olarak yargılama giderleri ile vekalet ücretinin sadece davalı mülhak vakıftan tahsiline karar verilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Hakeza, evladiyetin tespitine ilişkin davada, Yargıtay 8'inci Hukuk Dairesi 05.07.2018 tarihli 2017/7617 E. ve 2018/14992 K. sayılı kararıyla, kanuni hasım olduğu hususuna dikkat çekip Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün davanın kabulü halinde yargılama giderleri ve vekalet ücretinden sorumlu tutulamayacağına hükmetmiştir.

Sonuç

Vakfiyede yer alan şartları taşıdığını ileri süren kişinin vakıf evladı olduğunun tespiti ile galleden kendisine düşen payı talep etmek

---

102 Çınar, Ömer, *"Mazbut ve Mülhak Vakıflarda Galle (Gelir) Üzerinde Vakıf Evlatlarının ve Diğer İlgililerin Hak Sahipliği ve İntifa Hakkı Hayrından Fazla Olan Mülhak Vakıfların Aile Vakfına Dönüştürülmesi"* MÜHF Dergisi, C.22, S. 3, İstanbul, 2016, s. 853.

103 Yargıtay 8. HD 25 Eylül 2019 tarih, E. 2019/4341, K. 2019/8029 sayılı; Yargıtay 18. HD 30 Eylül 2014 tarih, E. 2014/7808 , K. 2014/13632 sayılı ilamları.

104 Mülga 2762 sayılı Vakıflar Kanunu'nun 40'ncı maddesi*"Mülhak vakıflarda mütevelliliğe ve vakıftan intifa veya mülkiyet iddiasına aid davalarda mütevellilerle vakıflar idaresi birlikte hasım tutulmak lâzımdır."* şeklinde iken yürürlükteki 5737 sayılı Vakıflar Kanunu madde 76'da*"Mülhak vakıflarda vakıf yönetimine, mülkiyet ve intifa hakkı iddiasına ait davalarda vakıf yönetimi ile Genel Müdürlük birlikte hasım gösterilir."* şeklindedir.

amacıyla açtığı davaya "galleye müstehak vakıf evlatlığının tespiti davası" denir. Mülhak ve mazbut vakıflar aleyhine açılan galleye müstehak evladiyetin tespiti davası özü itibarıyle, objektif dava birleşmesidir. Dava çeşitlerinden biri olarak nitelendirilen objektif dava birleşmesinde davacı, tek dava ile birden çok sonuca ulaşmak ister[105]. İnceleme konumuz olan davada da davacı, vakıf evladı olduğunun ve aynı zamanda vakıftan galle alacağına hakkı olduğunun tespitini talep etmektedir. İki ayrı tespit talebini aynı anda barındıran galleye müstehak vakıf evlatlığının tespiti davası, aralarında aslilik ve fer'ilik ilişkisiyle birden fazla talebin kademeli olarak ileri sürüldüğü terditli dava tipine de benzer. Ancak her biri tek başına dava edilebilecek talepler ihtiva etmesi ve birbirine bağlı ihtimale binaen ileri sürülen talepler içermemesi bakımından HMK'nın 111'inci maddesinde tanımlanan davadan ayrılır. Dolayısıyla inceleme konumuz olan davanın terditli davayla benzerliği kısmi ve oldukça sınırlıdır. Mahkeme, davacının vakıf evlatlığının tespiti talebinin kabulüne karar vermedikçe, galleye müstehiklik talebini inceleyemez ve karara bağlayamaz. Evladiyetin tespiti gerçekleşmeden buna bağlı diğer talepler dinlenmez. Bu bağlamda galleye müstehak vakıf evlatlığının tespiti davası, içerik bakımından objektif dava birleşmesi vasfında olsa da şeklen terditli davanın özelliklerini de yansıtır.

Asliye Hukuk Mahkemesi nezdinde ikame edilen bu dava, davalı vakfın statüsüne göre Ankara'da veya vakfın bulunduğu yerde açılabilir. Bu davanın muhatabı olan vakfın, zürri bir vakıf olması ve mülhak ya da mazbut statüde olması gerekir. Bugün için bahse konu vakıfların ihdası mümkün değil ise de tarihsel süreçte bu evsafta tesis edilmiş vakıfların hukuku halen korunmaktadır. Çoğu zaman evlatlar arasında ayrım yapılan bu yönüyle gerek İslam hukukçuları tarafından gerekse medeni hukukçular tarafından tenkitlere maruz kalan zürri vakıflar, uygulamada daha ziyade galle alacağı talepleriyle karşımıza çıkmaktadır. Erkek evlat ve onların sülbu tercih edilerek, kız evlatların nemalandırılmadığı örneklerin bolca olduğu eski vakıflara dair ihtilaflar, vakfedenin (vâkıfın) vakfiyesinde bildirdiği iradesine mutlak bağlı kalınmak gerektiği prensibiyle izale edilmektedir.

Bu davada ispat külfeti, vakıf evladı olduğu ve galleye müstehiklik iddiasını ileri süren kişidedir. İddiasını ispatlama çabasında olan müddeinin, temel dayanağı yazılı belgelerdir. Bu hususun ispatına yarar alâkadar belgelerin ve kesinleşmiş mahkeme ilamlarının önemi yadsınamaz. Delil mahiyetinde sunulan bu belgelerin meşruiyeti ve sıhhati ispat gücünü artırır. Bu minvalde, imkan dahilinde gerçek, orijinal ve asıl belgeler üzerinden tedkikat yapmak esastır. Dolayısıyla Vakıflar Genel Müdürlüğü, Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğü, Cumhurbaşkanlığı Devlet Arşivleri, Tapu ve Kadastro

[105] Aksoy, Elif, *"Objektif Dava Birleşmesi"*, TBB Dergisi, S. 117, Ankara, 2015, s.201.

Arşivleri bu iddiaların ispatına yönelik ve talep doğrultusunda sıkça yazışma yapılan kurumlar arasında olacaktır. UYAP üzerinden 2006 yılı öncesine ilişkin kayıtlara ulaşmak daha zor olacağından, mahkeme arşivlerindeki kayıtların da aslı veya tasdikli sureti mutlak aranacak; bazen sunulan belgeyi teyit amacıyla bazen de belgenin kendisine erişmek gayesiyle ilgili mahkeme başkatipliği ile yazışma zarureti doğacaktır. UYAP üzerinden esas veya karar numarası girilerek arama yapılıp, sistem üzerinden erişilmesi imkan dahilinde olmayan mahkeme kayıtları için mahkeme esas defterlerine, arşiv kayıt ve kartonlarına başvurmak gerekecektir.

Tüm bunlara bakıldığında, tabiri caizse "kümülatif tespit davası" mahiyetinde olan bu dava kapsamında, belgelerin tahlil ve tedkikinde oldukça titiz davranmak gerekir. Zira eksik araştırma ve hatalı takdir sonucunda, vakıf gelirine göz koyanların hileli yollardan evlatlık hakkı elde etmesine ve vakfın suistimaline yol açmak muhtemeldir. Bu şekilde özensiz tahkikatlar; vakfedenlerin iradesi doğrultusunda, günümüz şartlarına uygun olarak vakıfları yaşatmak, geliştirmek ve gelecek nesillere aktarmak amacında olan Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün misyonuna, mülhak vakıflarda işini bihakkın icra eden vakıf mütevelli heyeninin gayretine zarar verebilir. Tabi ki vâkıfın, vakfiyedeki iradesine mutlak sadakat gösterilmeli, usul ve yasaya uygun düşmeyen beyyineler istenerek vakıf evlatları da mağdur edilmemelidir. Nitekim, vakıf evlatları tarafından Vakıflar Genel Müdürlüğü'nce yönetilen mazbut vakıflar aleyhine bir kısım taşınmazları kendi adına tescil ettirdiği, bazı taşınmazların ise gerekli takip yapılmadığından dava dışı kişi ve kurumlarca sahiplenilip el konulduğu, bu yüzden vakfın gelirlerinin hesaplanmasında hata yapılarak kendilerine az galle ödendiği iddiasıyla açılmış çok sayıda dava olduğu unutulmamalıdır. O halde taraflar arasındaki hak ve nesafet dengesi de gözetilerek, anlaşmazlıkların adil bir çözüme kavuşturulması adına, Yargıtay'ın istikrar kazanmış uygulamalarından azami derecede istifade edilmelidir. İnceleme konumuzun spesifik olması ve literatürümüzde yeterli sayıda yazılı kaynak olmaması nedeniyle, biz de konu hakkında güncel Yargıtay kararlarından yararlanmaya çalıştık.

Tarihi süreçde çok çeşitli gayelerle kurulmuş olsalar da Türk İslam dünyasında vakıfların, servetin zengin kesimden toplumun daha fakir kesimine doğru ve gönüllülük esasına bağlı bir şekilde akışına özgülenmiş, sosyal dengeleri koruyucu ve onarıcı tarafları her zaman ön planda olmuştur. Ekseri kamusal yönü ağır basan hizmetleri, yüzyıllar boyunca başarıyla yerine getirmişlerdir. Vakıfların üstlendikleri bu misyonlarının farkında olan kanun koyucunun, vakıfların çıkarlarına etki edecek bir yasa çalışmasında daha özenli davranması, kodifikasyon hatalarına yer vermemesi, vakıfların üstün yararını gözetmesi gerekir. Yasaların ve vakıflara ilişkin düzenleyici işlemlerin yürütmesinde görev yapan memur ve amirlerden de aynı hassasiyetle hareket etmeleri, vâkıfın muradına mugayir eylem ve işlemleri onaylamamaları, vakfiyeyi haleldâr eden ve vakfın suistimaline yol açan girişimleri derhal

engellemeleri beklenir. Bilhassa vakıfların taraf olduğu inceleme konumuz olan ve benzeri davalarda Türk milleti adına karar veren hâkimin şiârı ise Evliya Çelebi'nin "..ben elli yılda 18 padişahlık ve krallık yere seyahat ettim, hiçbir yerde bu kadar hayrat görmedim" diye ifade ettiği "vakıf medeniyeti" olarak da nitelendirilen bu topraklara, tarihe ve ecdada yakışır biçimde, evrensel değerler ve çağdaş yöntemler ile insanlığı, vakıf ruhu ve medeniyetinde birleştiren hükümler vermek olmalıdır.

KAYNAKÇA

Akgündüz, Ahmet, *İslam Hukukunda ve Osmanlı Tatbikatında Vakıf Müessesesi,* Ankara, 1988.

Akgündüz, Ahmet, *İslâm Hukukunda ve Osmanlı Tatbikatında Vakıf Müessesi*, OSAV Yayınları, İstanbul, 1996.

Akgündüz, Ahmet, "Galle", Türkiye Diyanet Vakfı, İstanbul, 1996.

Akın, Zeki, *"Vakıf ve Tesis Müesseselerinin Genel Olarak Bünyeleri, Hukuki Hüküm ve Neticeleri",* Adalet Dergisi, Adalet Bakanlığı Yayınları, Yıl: 44, S.1, Yeni Cezaevi Matbaası, Ankara, 1953, s. 51-67. ; S.2, 1953, s. 183-203.

Aksoy, Elif, *"Objektif Dava Birleşmesi"*, TBB Dergisi, S.117, Ankara, 2015, ss.201-232.

Ali Haydar Efendi, Tertîbü's-Sunûf fî Ahkâmi'l-Vukûf, Şirket-i Mürettibiye Matbaası, İstanbul, 1340.

Anayasa Mahkemesi'nin 29 Kasım 2018 tarihli 2015/7288 Bşv.Nolu kararı ve 26 Aralık 2013 tarih 2013/70-166 E.K sayılı Kararı.

Atar, Fahreddin, *İslam Adliye Teşkilatı*, DİB Yayınları: 184, Ankara, 1979.

Berki, Ali Himmet, *Vakıflar*, Cihan Kitaphanesi, İstanbul 1940.

Bilmen, Ömer Nasuhi, *Hukuk-ı İslamiyye ve Islahât-ı Fıkhiyye Kâmusu*, İstanbul, 1951.

Çınar, Ömer, *"Mazbut ve Mülhak Vakıflarda Galle (Gelir) Üzerinde Vakıf Evlatlarının ve Diğer İlgililerin Hak Sahipliği ve İntifa Hakkı Hayrından Fazla Olan Mülhak Vakıfların Aile Vakfına Dönüştürülmesi"* MÜHF Dergisi, C.22, S. 3, İstanbul, 2016, ss. 828-855.

Çiftçi, Cafer, *Bursa'da Vakıfların Sosyo-Ekonomik İşlevleri: Avarız Vakıfları, Hirfet Vakıfları, Para Vakıfları, Selatin Vakıfları*, Gaye Kitabevi, Bursa, 2004.

Doğan, Murat, *Vakıflarda Mal Varlığı*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2000.

Düstur, Üçüncü Tertip, C. I-III-V,Teşrinevvel 1340, Nemci İstikbal Matbaası, İstanbul, 1931.

Ekinci, Ekrem Buğra, *Osmanlı Mahkemeleri*, Arı Sanat Yayınları, İstanbul, 2004.

Ekinci, Ekrem Buğra, *Osmanlı Hukuku*, Arı Sanat Yayınları, İstanbul, 2008.

Hadislerle İslam, DİB Yayınları, C. I (M4223 Müslim, Vasiyyet, 14), İstanbul, 2020, 4. Baskı.

https://www.ataturkansiklopedisi.gov.tr/bilgi/Vak%C4%B1flar_Genel_M%C3%Bcd%C3%Bcrl%C3%BC%C4%9F%C3%BC,"çevrimiçi", "Erişim Tarihi: 23.01.2021" .

https://www.vgm.gov.tr/kurumsal/tarihce/vakif-deyimleri-ve-terimleri-sozlugu; "çevrimiçi", "Erişim Tarihi: 23.01.2021".

https://turkishstudies.net/turkishstudies?mod=tammetin&makaleadi=&makaleurl=465133459_16Sa%C4%9F%C4%B1rYusuf-trh_285-301.pdf&key=16140 "çevrimiçi", "Erişim Tarihi: 21.02.2021".

İnalcık, Halil, *Devleti Aliyye -I* , Türkiye İş Bankası Yayınları, İstanbul, 2012, 51. Basım.

İslamoğlu Abdullah, Adalet Dergisi Sayı: 62-63, Adalet Bakanlığı Yayınları, Ankara, 2019, s.71.

Karakoç, Sarkis, (Haz.) M. Akif Aydın, Külliyât-ı Kavânîn, C.1, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara, 2006.

Koschaker Paul, Çev.: Kudret Ayiter, *Roma Özel Hukukunun Ana Hatları*, İzmir, 1993.

Kuran-ı Kerim ve Türkçe Açıklamalı Meali, Hadimül Haremeyn Mushafı Şerif Basım Kurumu, Medine, 2013.

Kuran-ı Kerim, Türkiye Diyanet Vakfı/86-D, İstanbul, 2011.

Ortaylı, İlber, *Osmanlı Devletinde Kadı*, TAA Yayınları, Ankara, 2015.

Özyakışır, Özkan, *"Galleye Müstehiklik (Hak Kazanma)"* İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (İnÜHFD-C.10 Sayı: 2) , Malatya, 2019, ss. 387-399.

Öztürk, Nazif, *Elmalılı M. Hamdi Yazır Gözüyle Vakıflar*, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, Ankara, 1995.

Pekcanıtez, Hakan/ Atalay, Oğuz/ Özekes, Muhammet, *Medeni Usul Hukuku,* Onikilevha Yayınları, İstanbul, 2019, 7. Baskı.

Sakaoğlu, Necdet, *Türk Anadolu'da Mengücekoğulları*, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2005.

Sapanoğlu, Süleyman, *Tapulu Taşınmaz Mülkiyetinin Tapu Dışı Yollardan Kazanılması*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009.

Söğüt, İpek Sevda, "*Roma ve Türk Hukuku'nda Aile Fideikomisisi (Fideicommissum Familiae Relictum) Kavramı"*, TBB Dergisi (Yıl: 32 Sayı: 147) , Ankara, 2020, ss. 155-171.

Torun, Adnan, *Balkanlarda Osmanlı Vakıfları ve Eserleri Uluslararası Sempozyumu*, Vakıflar Genel Müdürlüğü Yayınları-107, Ankara, 2012, s. 305.

Yargıtay 8'inci ve 18'inci Hukuk Daireleri'nin ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun Örnek Kararları ile 20. HD'nin Kararı.

Yener, Murat Serhat, *Uygulamada Açıklamalı Örnek Kararlı Eski Vakıf Davalarına Giriş Vakfiyeden Doğan Evladiye, Galle, Tevliyet, Ücret ve Sıla Davaları*, Kartal Yayınevi, Ankara, 2004.

Yılmaz, Ejder, *Hukuk Sözlüğü*, Ankara, 1992, 4. Baskı.

KİTAP DEĞERLENDİRME

TÜRKİYE'NİN İLK KRİMİNOLOJİ KİTABI: SULHİ DÖNMEZER'İN KRİMİNOLOJİ ESERİNİN İNCELENMESİ

First Study On Criminology In Turkey: Areview On Sulhi Dönmezer's Criminology Book

Arş. Gör. Görkem KAYACIK*

Özet: Ülkemizde kriminoloji bilimi üzerine yapılan çalışmalar 1940'lı yıllarda İstanbul Üniversitesi bünyesinde gerçekleştirilen çalışmalar ile başlamaktadır. Bu çalışmalarda Sayın Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer'in yapmış olduğu katkıları oldukça önemli bir yer tutmaktadır. Zira kriminoloji dersini hukuk fakültelerinde ilk kez okutan kişi kendisi olduğu gibi bir de bu derste kullanmak adına "Kriminoloji" adında bir kitap yazmıştır. Yazımıza konu olan bu kitap ilk kez 1953 yılında basılmakla birlikte zaman içerisinde dokuz baskı yapmıştır. 1994 yılında sekizinci baskısı yapılan eser, bu baskının üzerinden yirmi yedi yıl geçmesine rağmen, ta ki yakın zamanda Adalet Bakanlığı Yayınları dokuzuncu baskıyı yapıp eseri okuyucusuyla tekrar buluşturana kadar, maalesef tekrar basılmamış ve unutulmaya yüz tutmuş haldeydi. Buradan hareketle yazımız, yıllar sonra dokuzuncu baskısı yapılan bu değerli eseri tanıtmayı, kriminoloji alanında Türkiye'de öncü olan Dönmezer'in bu değerli eserinde kriminoloji bilimine nasıl baktığını ortaya koymayı amaçlamaktadır. Aradan geçen yirmi yedi yıl neticesinde eserde yer verilen veriler güncelliğini yitirdiğinden ve ülkedeki ceza normlarının çoğu değiştiğinden makalede bu hususlar üzerinde durulmayacak, kitabın teorik yönü incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Sulhi Dönmezer, Kriminoloji, Kriminoloji' de metot, Hukuk Fakülteleri ve Kriminoloji Bilimi, Yargılamanın Yenilenmesi

Abstract: Studies conducted on the science of criminology in our country started at Istanbul University in 1940s. Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer's contributions has a fundamental place in these studies. He is not only the first at delivering the criminology lectures in the law faculties but he also wrote a book entitled "Criminology" to be used in these lectures. This book, being the subject of our article, published in 1953 for the first time and published for the ninth time. The book, of which the eight publishing was made in 1994, did not publish for 27 years until the Ministry of Justice Publications publish the book for the ninth time to meet it with the reader, and was sinking into oblivion. In this regard, our article aims at introducing this book being published for the ninth time years later and Dönmezer's, being a pioneer of the criminology in Turkey, approach to the science of criminology in this book. Since the data in the study are not up-to-date after 27 years and most of the norms of criminal law in our country have changed, these issues will not be discussed in this article and the theoretical aspect of the book will be examined.

Keywords: Sulhi Dönmezer, Criminology, Method in Criminology, Faculty of Law and Science of Criminology

* Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi, gorkemkayacik@sakarya.edu.tr, ORCID: 0000-0001-7530-2722
Makale Geliş Tarihi: 12.03.2021, Makale Kabul Tarihi: 20.04.2021

GİRİŞ

Adalet Bakanlığı, son yıllarda "Hukuki Birikimler Serisi" adı altında özellikle Türkiye'de hukuk biliminin gelişiminde önemli yerleri olan fakat zamanla yeni baskıları yapılmayıp unutulmaya yüz tutan değerli eserleri hukukçular ile yeniden buluşturmak için birtakım yayın çalışmaları içerisine girmiştir. 2019 yılında yayımlanan Fabreguettes'in "Adalet Mantığı ve Hüküm Verme Sanatı" adlı kitabından sonra serinin ikinci kitabı Türkiye'nin ilk kriminoloji kitabı olan Sulhi Dönmezer'in "Kriminoloji" adlı eseri olmuştur. Sulhi Dönmezer'in doğumunun yüz ikinci yılına denk gelen 2020 yılında bu eserin yeniden basılarak Türk akademisine kazandırılması Dönmezer hocanın akademiye ve ülkemizde ceza hukukunun gelişimine yaptığı değerli katkıların hatırlanmasına da vesile olmuştur. Bu çalışmanın yanı sıra yine 2020 yılının Şubat ayında Adalet Bakanlığınca "*Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer 102 Yaşında*" adı altında bir de panel düzenlenmiştir.

Basılan bu eser, Türkiye'deki üniversitelerde verilecek ilk kriminoloji dersi olacak olan ve 1953 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi müfredatına konulan seçmeli derste okutulmak üzere Dönmezer tarafından yapılan çalışmanın ürünüdür. İncelemeye konu eserin sekizinci baskısının önsözünde belirtildiği üzere 1943 yılında İstanbul Üniversitesi'nde kurulan Kriminoloji Enstitüsünün uzman ihtiyacını karşılamak üzere, Sulhi Dönmezer, İkinci Dünya Savaşı sonrasında, Amerika Birleşik Devletleri'ne kriminoloji alanında eğitim alması maksadıyla gönderilmiştir. Orada iki yıl boyunca Prof. Donald D. Taft'dan dersler alan Dönmezer ülkeye dönünce bu dersi ülkede ilk kez veren kişi olma şerefine nail olmuştur. Bu dersin okutulmasının yanında Enstitünün başka faaliyetleri de olmuş, Uluslararası Kriminoloji Derneği gibi uluslararası örgütlere üye olunmuş, uluslararası kongrelerde tebliğler sunulmuştur. Enstitünün kurulması aşamasında raportör olarak yer alan Dönmezer'in 1955 yılında Enstitü müdürü olması ile başlayan dönem, enstitünün en parlak dönemi olarak kabul edilmektedir.[1]

Bu yazıda ilk olarak kriminoloji biliminin tarihinden ve Türkiye'deki kriminoloji çalışmalarından kısaca bahsedeceğiz. Sonrasında ise eseri, özellikle yazarın kriminoloji bilimini ele alışı üzerinden inceleyecek, Dönmezer'in ortaya koyduğu metodolojiyi ele alacağız. Bunun yanında eklemek gerekir ki eserde incelenen pozitif hukuk normlarının bugün mülga olması ve verilerin güncelliğini kaybetmesi nedeniyle bu hususlar üzerinde durulmayacak, eserin teorik yönü ön plana alınacaktır.

---

[1] İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku ve Kriminoloji Araştırma ve Uygulama Merkezi Çevrimiçi İnternet Sayfası, https://cezakriminoloji-hukuk.istanbul.edu.tr/tr/content/hakkimizda/tarihce (e. t.: 10.03.2021)

1.Dünya'da ve Türkiye'de Kriminoloji Biliminin Gelişimi

Kriminoloji biliminin ortaya çıkışı esasında klasik okulun suç olgusuna yaklaşımına getirilen eleştirel itirazların bir neticesidir.[2] Klasik okulun suçu ele alırken suçun meydana geldiği toplumsal hali dikkate almadığından bahisle bu okulun tümdengelim metodunu reddeden yeni görüşler, tümevarım esaslı olarak suç olgusunu yaratan değişik etmenleri dikkate almakta; suça, suçluya, müeyyideye ve suçla mücadeleye bu perspektifle bakmaktadırlar.[3] Bu perspektifin kabul edilmesi ile birlikte kriminoloji bilimi ortaya çıkacağı zemini bulmuş olmaktadır.

Kriminoloji bilimi Dönmezer'in belirttiği üzere görece yeni bir bilim dalıdır ve "*kriminoloji"* sözcüğü ilk olarak Topinard adında bir Fransız hekim tarafından kullanılmıştır.[4] Fakat kriminoloji nitelemesinden önce de "*suç antropolojisi*" ve "*suç sosyolojisi*" başlıkları altında yapılan birtakım çalışmalar mevcuttur ve kriminoloji biliminin ortaya çıkışı bu başlıklar altında yapılan çalışmalara dayandırılmaktadır.[5]

Köni, Kriminoloji biliminin gelişimini dört evrede incelemektedir. Bu evrelerden ilki İtalyan Adli Tıp Profesörü Cesare Lombroso'ya kadar olan dönemdir. Bu dönem Klasik Okula yukarıda bahsedilen eleştirilerin getirildiği ve pozitivist yazarların ortaya çıktığı dönemdir. Bu dönemi takiben Lombroso'nun 1876 yılında "*Suç İşleyen İnsan"*[6] ya da *"Mücrim İnsan"*[7] isimli çalışması ile Köni'nin *Lombroso Dönemi* dediği dönem başlamaktadır. Bu dönemde "*suç antropolojisi"* olarak adlandırılan çalışmalar ile suçlu birey temelinde suç olgusuna yol açan biyolojik, anatomik, fizyolojik etmenler incelenerek suç olgusu açıklanmaya çalışılmıştır. Sonraki dönem ise Lombroso'nun da öğrencisi olan Enrico Ferri'nin 1880 tarihli "*Suç Sosyolojisi"* isimli çalışması ile Raffaele Garofalo'nun 1885 tarihli *"Kriminoloji"* isimli çalışmaları ile başlamakta ve bu isimler Lombroso'nun suçun toplumsal nedenlerini göz ardı ettiğini ileri sürerek bu toplumsal nedenlere odaklanmaktadırlar. Bu üç isim *Lombroso, Ferri ve Garofalo* kriminoloji biliminin kurucuları sayılmakta,[8] Dönmezer de eserinde bu isimlerden "*...kriminolojinin... üç büyük ismi..."* şeklinde bahsetmektedir.[9] Bunların yanı sıra aynı dönem

---

2 Köni, Burhan, *Kriminoloji*, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, C.:11 S.: 2, 1956, s.78.

3 Köni,1956, s.78.

4 Dönmezer, Sulhi, *Kriminoloji,* Adalet Bakanlığı Yayınları, Ankara, 9. Baskı, 2020, s.25.

5 Köni, 1956, s. 77.

6 Dönmezer, 2020, s. 26.

7 Köni, 1956, s.77.

8 Köni, 1956, s.78.

9 Dönmezer, 2020, s. 26.

içerisinde Fransız ceza sosyolojisi okulu yazarları da suçun meydana gelmesindeki sosyolojik etkenler üzerine çalışmalar yürütmüşlerdir.[10]

Köni, bunlardan sonraki dönemi yeni metotların denendiği, sentez bilimi olarak kriminoloji anlayışının daha ön plana çıktığı dönem olarak tanımlamaktadır.[11] Dönmezer ise 20nci yüzyılın ilk çeyreğinde *Çağdaş Kriminolojinin* ortaya çıktığını, bu dönemde iki görüşün ön planda olduğunu ifade etmektedir.[12] Bunlardan biri Freud'un etkisindeki ruhsal yaklaşım diğeri ise sosyolojik yaklaşımdır. Yazar 1960'ların sonrasında ise kriminolojiyi, sapıcı eylemlerin neler olduğunu belirleyen iradenin bir tür iktidar mücadelesinin neticesinde, bireyler üzerinde bir kontrol mekanizması olarak kullanıldığı görüşünün ortaya çıkmasından hareketle ele alan *Eleştirel Kriminoloji* veya *Radikal Kriminoloji* diye adlandırılan yaklaşımın geliştiğini aktarmaktadır.[13]

Türkiye'de ise yukarıda bahsedildiği üzere kriminoloji üzerine ilk çalışmalar, 1944 yılında İstanbul Üniversitesi'nde kurulan Kriminoloji Enstitüsü ve Sulhi Dönmezer'in verdiği ders için yazının konusunu teşkil eden kitabın yazılmasıdır. Bunun yanı sıra 1954 yılında Ankara Üniversitesi bünyesinde de bir Kriminoloji Enstitüsünün kurulduğu ve kriminoloji üzerine çalışmalarda bulunulduğu anlaşılmaktadır.[14] Esasında Türkiye her ne kadar kriminoloji biliminde nispeten geç bir atılımda bulunmuş gibi görünse de açılan enstitülere, o dönemde yazılan makalelere ve özellikle uluslararası alandaki kriminoloji çalışmalarına Türkiye'nin aktif olarak katılımına bakılırsa kriminolojinin bir ivme yakaladığı söylenebilir. Fakat bugün için bilhassa hukuk fakülteleri nezdinde bir değerlendirme yapılır ise o dönemde yakalanılan rüzgârın çok da devam etmediğini ve maalesef bugüne ulaşmadığını söylemek mümkün görünmektedir. 2021 yılı itibariyle İstanbul Üniversitesi bünyesindeki Kriminoloji Enstitüsü halen faal olmakla birlikte Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi bünyesinde bir kriminoloji enstitüsü artık mevcut değildir. Bunun yanında belli başlı hukuk fakültelerinin hiçbirinde kriminoloji bilimi ayrı bir anabilim dalı olarak yer almamakta ve kriminoloji dersi yalnızca seçmeli ders olarak okutulmaktadır.[15] Kriminoloji bilimi daha çok üniversitelerin Adli Bilimler Enstitülerinde ya da Adli Bilimler Programları ile Sosyoloji bölümlerinde mevcut

---

10 Günal, Yılmaz, *Kriminoloji ve Metot Meselesi,* Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, C.: 27, S.: 2, 1972, s.52.

11 Köni, 1956, s.90.

12 Dönmezer, 2020, s. 28.

13 Dönmezer, 2020, s. 29.

14 Köni, 1956, s. 88. Topçuoğlu, Tuba, *Kriminoloji için Disiplin Çağrısı*!, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, C.: 2, S.: 1-2, 2014, s. 251.

15 Bu hususta Tuba Topçuoğlu da 2014 yılında yazdığı makalesinde bahsetmekle birlikte, aradan geçen 7 yılda bir değişim meydana gelmemiş görünmektedir. Bkz. Topçuoğlu, 2014, s. 242.

görünmektedir. Bu durum ise kriminolojinin temelinde mevcut bulunan kavramların çoğunun hukuk bilimi ile olan yakın ilişkisi ve hukukun suç ile mücadelede önemli bir unsur olması göz önüne alındığında, kriminoloji çalışmaları ile hukuk biliminin yeterince bir araya gelemediğini, hukuk biliminin kriminoloji biliminden yeterince faydalanamadığını göstermektedir.

Topçuoğlu, 2014 yılında yazdığı *"Kriminoloji için Disiplin Çağrısı!"*[16] isimli makalede Türkiye'deki kriminoloji çalışmalarının ne durumda olduğunu incelemiş ve bazı tespitlerde bulunmuştur. Yazar kriminolojinin çalışma alanının tanımından hareketle, *"...suçluluğun ölçülmesi, suçluluğun nedenlerinin incelenmesi ve suçun kontrolü ve önlenmesi..."* üzerine yaptığı incelemelerde, suçluluğun ölçülmesinde *suç mağduriyet anketleri* gibi resmi istatistiklerin yanında bu istatistiklere yansımayan suçun da tespit edilmesine yarayacak metotların yeteri kadar kullanılmamasından bahsetmiştir.[17] Bunun yanı sıra suçluluğun nedenlerinin incelenmesi hususunda Türkiye'nin kültürel farklılıklarına uygun bir modelin ortaya konulmadığından[18] da bahseden yazar suçun kontrolü ve önlenmesi hususunda da ülkemizde yapılan çalışmaların olduğunu fakat bu çalışmaların verimliliğini ve etkinliğini ölçen *değerlendirme çalışmalarının* eksikliğinden bahsetmiş[19] ve neticede ülkemizde kriminoloji biliminin yeterince gelişmediği sonucuna varmıştır.[20] Bu çıkarımın neticesinde yazar bu durumun nedeninin *"...ülkemizde kriminolojinin bağımsız bir disiplin olarak bulunmaması ve bu ülkenin kriminolog yetiştirememesi gerçeği..."* olduğunu ifade etmektedir.[21] Topçuoğlu'nun ifadelerinin ışığında, 1943 yılında başlayan serüvende özellikle Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer'in ve enstitünün kuruluşunda yer alan Ord. Prof. Dr. Tahir Taner, Ord. Prof. Dr. Fahrettin Kerim Gökay, Prof. Dr. Fahri Esat Siyavuşgil'in ortaya koyduğu özverinin önemi bir kez daha anlaşılmaktadır. Dönmezer'in *"... hiç birisi Kriminolog değildi ve suç olayı alanında araştırmaları da yoktu; ancak azim ve heyecanları vardı ve büyük özveri ile çalışılıyordu..."*[22] sözleriyle aktardığı bu özverili ve oldukça değerli çalışmaların devam ettirilmesi bu çabaların neticesiz kalmaması adına ayrıca bir önemi de haizdir.

---

16 Topçuoğlu, 2014, s. 241-268.

17 Age., s. 244, 246.

18 Age., s. 247.

19 Age., s. 259.

20 Age., s. 261.

21 Age. s. 261.

22 Dönmezer, 2020, s. V.

2. Sulhi Dönmezer'in Kriminolojiye Atfettiği Önem ve Kriminoloji Bilimine Yaklaşımı

Dönmezer, kriminolojinin 19. yüzyılın sonu 20. yüzyılın ilk yarısı itibariyle bilhassa hukuk bilimi açısından öneminin çeşitli uluslararası platformlarda ortaya konduğunu ve kriminolojinin bu tarihler itibariyle çeşitli sosyal bilimler fakültelerinin müfredatına girdiğini ifade etmektedir.[23] Türkiye de yukarıda belirtildiği üzere 1953 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinde açılan ders ile bu eğilimi takip etmiş görünmektedir.[24]

Kriminoloji bilimi Dönmezer'e göre yalnızca hukuk bilimi açısından önem arz etmemektedir aynı zamanda içinde yaşadığımız toplumu tahlil etmeye yaradığı için sosyoloji bilimi açısından da oldukça önemlidir. Bu bağlamda yazar kriminolojinin *"...sapıcı eylemleri tahlil eden basit bir bilim dalı..."* olmadığını bilakis toplumu dönüştürmeye ve iyileştirmeye yarayan, toplumsal düzeni bozan anomalileri teşhis eden bir bilim dalı olduğunu ifade eder. Bu hali de *"...hasta insanın hararet derecesini ölçmeye imkân veren termometre gibi..."* benzetmesiyle aktarır.

Yazar kriminoloji bilimine olan ihtiyacı suç olgusuna getirdiği açıklamalar ile birlikte suçun meydana getirdiği *sosyal problem* ile mücadelede kriminolojinin önleyici bir müdahale olmasına dayanarak açıklamaktadır. Yazara göre suç olgusu, suçu oluşturan eylemin toplumun rutin düzenini bozup, bireyin içerisinde bulunduğu *güvenlik ve hürriyet* istikrarını sekteye uğrattığından, toplumu oluşturan bireylerin ilgi alanına girmektedir. Bunun yanında suç olgusu toplumda yarattığı etki neticesinde kolektif bir karşılık ile bertaraf edilmesi gereken bir *sosyal problem* teşkil etmektedir. Bu noktada yazar, suçun yol açtığı bu *sosyal problemin* çözümünde harcanan maddi kaynağın büyüklüğüne vurgu yaparken bir yandan da suçun ortaya çıkardığı maddi ve manevi zararların boyutunu ortaya koyar. Böylece önleyici bir eylem olarak kriminoloji, suç ile mücadelede oldukça önemli bir pozisyonda bulunur.

Suç ile mücadeledeki önemli konumunun yanı sıra kriminoloji bilimi yeni yaklaşımlar çerçevesinde daha geniş bir kapsamda ele alınmaktadır. Dönmezer her ne kadar suç ile mücadelede kriminolojinin öneminden bahsetse de bundan ziyade kriminolojinin toplumu tanıma ve tahlil etme imkânını sağlaması üzerinde durur. Zira yapılan çalışmaların da gösterdiği üzere normdan sapıcı eylem olarak suç tanımı bugün zemininden kopmuş görünmektedir. Hukuk normuna getirilen sosyolojik yaklaşım ile paralel olarak normdan sapıcı eylem tanımı da davranış kuralları olarak normların pozitif düzenlemelerin ötesinde de mevcut bulunabileceği ve kanunun normdan sapıcı eylem olarak belirtiği eylemin bazen toplum nezdinde böyle görülmeyebileceği veya

---

[23] Age., s.VI.

[24] Age., s. V.

bunun tam tersinin de olabileceği kabul edilmektedir. Bu bağlamda, kriminoloji bilimi de ilgisini normdan sapıcı eylem olarak suç ile mücadeleden ziyade bir eylemin nasıl sapıcı bir eylem olarak tanımlanabildiği, sapıcı eylemin belirlenmesinde etken unsurun ne olduğu ve sapıcı eylemi belirlemede toplumsal dinamiklerin nasıl işlediği üzerine sorulan sorulara yöneltmiştir. Dönmezer de bu kapsamda daha geniş bir perspektiften kriminolojiye yaklaşarak onu toplumu anlamaya yönelik bilimsel bir çaba olarak gördüğü için büyük bir önem atfetmektedir.

Yazar, eserin önsözündeki "*...Biz, kriminolojiyi bir sentez bilimi olarak ele alıyoruz...*" ifadesiyle kriminoloji bilimine nasıl baktığını, kriminolojinin diğer bilim dalları ile nasıl bir ilişki içerisinde olduğunu özetlemiş, eserin tamamında bu anlayışa paralel olarak kriminoloji bilimini incelemiştir.[25] Yazar, yukarıdaki kriminoloji yaklaşımına uygun olarak, toplumu tahlil eden bir bilim olan kriminolojinin diğer bilim dalları ile yakın ilişki içerisinde olduğunu ve onların verilerinden yararlandığını ifade etmektedir. Bu noktada suç konusu eylemin öznesi olan bireyin ele alınması gerektiğinden hareketle biyoloji ve psikiyatri bilimlerinin önemini vurgulamıştır. Diğer yandan kriminoloji, sapıcı eylemin toplumsal etkileri haiz olması nedeniyle sosyoloji bilimi ile de yakın bir ilişki içerisindedir. Kriminoloji buradan hareketle, yakın ilişki içerisinde olduğu bilimlerin araştırmalarını, verilerini kullanması hasebiyle bir *sentez bilimi* olarak kabul edilmektedir.[26]

Dönmezer kriminolojinin bu bilim dallarına müracaat etmesinin nedenini sapıcı eylemin çeşitliliği ve çokluğu üzerinden yola çıkarak ortaya koymakta ve onun özgün yanının ise bu verilere kendi üslubuyla yaklaşması olduğunu ifade etmektedir. Yazara göre, kriminolojinin diğer bilim dallarından çok yönlü beslenme nedeniyle sosyal bilimler alanında çokça karşılaşılan tek bir açıklayıcı sebep ile girift insan ilişkilerini veya insana dair olguları açıklamaya çalışma ve yalnızca kısmi bir açıklama ile yetinme halinin önüne geçilmesi mümkündür. Zira kriminoloji başlangıçtaki teorik bir bilim olarak kabulünün aksine bugün psikiyatri, psikoloji, psikanaliz, biyoloji, antropoloji, sosyoloji gibi bilimlerle dirsek temasında olmanın[27] yanında klinik bir yöne de sahip olarak, suç teşkil eden sapıcı eylemin doğuşundan itibaren onunla mücadele yollarını ve mücadele için yapılan faaliyetlerin sonuçlarını analiz eden ve bütün bir süreç olarak bunları bilimsel metotlarla inceleyen bir bilimdir ve sosyal bilimlerin el verdiği azami ölçüde kesinlikle suç olgusunu açıklamaya çalışmaktadır.[28]

---

[25] Günal da kriminolojiyi bir sentez bilimi olarak görerek daha geniş bir perspektiften bakmaktadır. Bkz. Günal, 1972, s. 58.

[26] Günal, 1972, s. 58.

[27] Age., s. 58.

[28] Dönmezer, 2020, s.37-38.

3.Kriminoloji' de Metot [29]

Dönmezer eserinde kriminolojinin gerçeğe ulaşmak için kullandığı yöntem ve tekniklerin neler olduğundan, hangi metodolojinin kriminoloji biliminde kullanıldığından da bahsetmektedir. Kriminoloji esasında diğer sosyal bilimlerden farklı bir metot kullanmamaktadır, fakat metot aynı olmakla birlikte kriminolojinin metodunun kendine has yönleri de mevcuttur.[30]

Kriminolojide metodu altı başlık altında inceleyen[31] Dönmezer, ilk olarak istatistik metodundan bahsetmiştir. *Suçluluğu ölçmek* gayesi etrafında toplanan bu istatistik çalışmalarından uzun uzun bahseden yazar, suçun tespitinin, suçlu sınıfları oluşturulmasının ve suç ve suçluya dair verilerin elde edilmesinin kriminoloji biliminin diğer alanlarını önceleyen yanına vurgu yapar, zira her şeyden önce ilk olarak suç olgusunun ortaya konulması gerekmektedir. İstatistik elde etme metotlarını verinin elde edilişi üzerinden iki başlık altında toplayan yazar, resmi istatistiklerin *kolluk istatistikleri* ile *adli istatistikler* olabileceğini bunların yanında tıbbi kurumların istatistiklerinin de yararlı olabileceğini ifade etmektedir. Bununla birlikte bu resmi istatistiklerin, suç olgusunun her zaman resmi makamlara yansımaması neticesinde toplumdaki *gerçek suçluluğu* yansıtmayacağı üzerine getirilen eleştirileri aktarır. Gerçekten de yapılan araştırmalar resmi istatistiklere yansımayan suçların mevcudiyetini göstermektedir ve istatistiklere yansımayan bu verileri ifade etmek için *siyah sayılar* tabiri kullanılır.[32]

Dönmezer *siyah sayılar* alanına giren bu suçların da belirlenmesi ve böylece *gerçek suçluluk* verilerinin ortaya konabilmesi için başkaca yöntemlerin de var olduğundan bahsetmektedir. Bu çalışmaları da temelde suçu işleyenler ve de suçun mağdurları üzerinde yapılan anket çalışmaları olarak ayırır.[33] Bu yöntemlerin de bazı sakıncalarından ve de uygulamada dikkat edilmesi gereken yönlerinden bahseden Dönmezer, resmi suç istatistiklerini destekleyici şekilde bu metotların kullanımının önemini vurgulamaktadır. Bu anket yöntemleri içerisinde de *suç kurbanları anketi* ya da *suç mağduriyet anketi* denilen çalışmaların en yararlı çalışmalar olduğu tespitinde bulunulmaktadır. S*uç mağduriyet anketlerinin* önemi yukarıda zikredilen Topçuoğlu'nun makalesinde de aynı mahiyette yer almakla birlikte 2014 yılında yazılan bu makalede,

---

[29] Burada esas konu Dönmezer'in eserinin incelenmesi olduğu üzere yalnızca Dönmezer'in ortaya koyduğu metodoloji incelenecek olup, bu hususta detaylı bilgi için bkz. Günal, 1972, s.47-63.

[30] Dönmezer, 2020, s. 54.

[31] Günal, 1972, s. 62.

[32] Dönmezer, 2020, s. 55.

[33] Dönmezer, 2020, s. 65.

ülkemizde bu tarz çalışmaların eksikliğinin vurgulandığını hatırlamak gerekmektedir.[34]

Dönmezer'in istatistik metodunun yanında üzerinde durduğu başka metotlar da mevcuttur. Bunlar suç eylemine faili üzerinden odaklanarak –böylece istatistiksel metotların bireyi rakamsallaştırarak göz ardı etmesinin önüne geçileceği düşünülmektedir[35]- failin biyolojik ve psikolojik durumu ile suç işlemeyen bireylerin durumu arasında karşılaştırmalı incelemelerde bulunulan metotlardır. Bu metotlardan *olay öyküleri metodu* üzerinde duran yazar, bu metodun faydalarından bahsetmekle birlikte hem maddi açıdan birtakım zorlukların mevcut olabileceğini hem de incelenen bireyin de olay öyküsünün aktarılma noktasında belirli bir olgunlukta olmasının gerekli olduğunu ve de nihayetinde araştırmacının da bu metodu uygulayacak yeterlilikte olması gerektiğini ifade ederek bu metodun "*...geniş bir zaman ve para sarfını gerektirdiği...*[36]" sonucuna ulaşmaktadır.

Buna ek olarak yazar, suçlunun bizzat kendisinin öyküsünü kaleme aldığı *yaşam öyküleri* metodundan bahsetmiş olsa da bu metodun suçlunun çarpıtmaları neticesinde yanlış sonuçlar doğurmaya oldukça elverişli olduğunu ifade etmiştir. Ayrıca *suç faaliyetlerine karışarak gözlem* metodundan ve bu metotla Amerika'da yapılmış çalışmalar olduğundan ve de İtalya'daki bir uygulamadan örnek veren yazar, her ne kadar bu metodun etkili olduğunu düşünüyor görünse de böyle bir metot ile girişilen çalışmanın suç işlemeksizin yapılamayacağını ve de araştırmacının kendini bu denli riske atmasının güç olacağını söylemektedir.[37]

Bütün bu metotlara ek olarak "*olay meydana geldikçe tesbit metodu*" ve "*deneysel metod*" olarak iki metottan daha bahseden yazar, bunlardan ilkinin *follow- up studies* denilen bireyin sürekli takibini gerektiren zor ve masraflı bir metot olduğundan bahsetmekle birlikte bu metodun bir amaç olarak tespit edilmesi gerektiğini vurgulamaktadır.[38] *Deneysel Metodu* ise özellikle sosyal bilimlerde kontrol grubunun oluşturulmasının zorluğundan hareketle değerlendiren yazar, bu metodun sınırlı bir kullanımının olduğunu ve kriminoloji biliminde uygulanmasının çok güç olduğunu ifade etmektedir.[39]

---

[34] Topçuoğlu, 2014, s. 244, 246.

[35] Dönmezer, 2020, s. 67.

[36] Age., s. 69.

[37] Dönmezer, 2020, s.70.

[38] Age., s. 71.

[39] Age. s.71.

4.Sonuç

Kriminoloji bilimi Dönmezer'in deyişiyle *kıdemi fazla olmayan*[40] görece yeni bir bilim dalıdır.[41] Buna rağmen Kriminoloji, özellikle 20nci yüzyıl itibariyle oldukça büyük bir gelişme göstermiş ve önemini arttırmıştır. Bu noktada hukuk fakültelerinde kriminoloji öğretiminin ve kriminolojinin hukuk fakültelerinin ilgi alanına girmesinin birçok uluslararası platformda dile getirildiği belirtilmektedir.[42] Bu hususta ülkemizin durumunun ise hiç de iç açıcı olmadığını söylemek mümkündür. Zira ülkemizde kriminoloji bilimi adli bilimler ve sosyoloji alanına hapsedilmiş haldedir ve hukukçular kriminolojiyle ilgilenmiyor görünmektedir.[43] Örneğin Türkiye'de yazılan yüksek lisans ve doktora tezlerinin yer aldığı Yükseköğretim Kurulu Ulusal Tez Merkezinde "kriminoloji" üzerine yapılan araştırmalar tarandığında 30 Mart 2021 tarihi itibariyle yalnızca on beş çalışma listelenmekte ve bu çalışmaların da yalnızca beş tanesinin hukuk fakültelerinde yapılan çalışmalar olduğu gözlemlenmektedir.[44] Bunun yanında ulusal ve uluslararası makale veritabanları da incelendiğinde yine benzer bir şekilde hukuk fakültelerinde kriminoloji çalışmalarının ne kadar az yapıldığı ortaya çıkmaktadır. Hâlbuki bu hususta Dönmezer'in eserinde ceza hukuku ile kriminoloji arasındaki ilişkiyi incelediği bölümde şu tespitlere yer verdiği görülecektir:

"*...ceza hukukunda Kriminolojinin verilerine geniş yer vermek gerekir. Gerçekten özellikle suçluluğun önlenmesi ve suçlular hakkında uygulanması gereken işlem ve tedbirler bakımından böylece hareket edilmesi gereklidir. Her halde ceza hukuku ve kriminoloji arasında bir uzlaşma ve ahenge ihtiyaç vardır... Bugün artık Kriminoloji ve ceza hukukunun birbirinden, ayrı ve farklı disiplinler oluşturdukları hususunda bir tartışma yoktur. Kabul edilen ikinci*

---

40 Age., s. V.

41 Demirbaş, Timur, *Kriminoloji,* Seçkin Yayıncılık, Ankara, 7. Baskı, 2020, s. 11.

42 Demirbaş. s.11. Dönmezer, 2020, s.VI.

43 Dönmezer bu hali kriminoloji biliminin Amerikan geleneğinde sosyoloji bölümlerinde ele alınmasına bağlamakta fakat bu halin kriminolojinin alanını daralttığı yönünde eleştiriler getirmektedir. Bkz. Dönmezer, 2020, s. 44.

44 Söz konusu çalışmalar, tarih sırasıyla şunlardır: Külçür, Erdem İzzet, Kriminoloji ve Ceza Hukuku boyutuyla 'çevreci terörizm, Yayımlanmış doktora tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, İstanbul 2020. Koruculu, Irmak, Kriminolojide kadın suçluluğunu açıklayan yaklaşımlar, Yayımlanmış yüksek lisans tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, İzmir 2017. Tütüncü, Efser Erden, Kriminolojik değerlendirmeler ışığında Ceza Hukukunda fücur, Yayımlanmış doktora tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, İstanbul 2016. Sarıtaş, Erkan, Türk Ceza Hukuku'nda mala zarar verme suçu ve kriminolojik açıdan Vandalizm, Yayımlanmamış yüksek lisans tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, İstanbul 2009. Yazıcıoğlu, R. Yılmaz, Bilgisayar suçları (Sosyolojik, kriminolojik ve hukuki boyutları ile), Yayımlanmış doktora tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, İstanbul 1997.

husus ise bu iki disiplin arasında tüm bir ayrılık ve boşluğun da bulunmadığıdır: bir kere kriminolog, kendisinin araştırma alanını ceza hukukunun tayin ettiğini bilmektedir. Ceza hukuku da kendisini Kriminolojinin neticelerinden soyutlayamayacağını keza bilmektedir..."[45]

Benzer şekilde Günal da ceza hukukunun ayrı bir bilim dalı oluşunu ifade etmekle birlikte özellikle bir ceza yargılamasında, kanunda yer alan cezanın sanık nezdinde şahsileştirilmesinde kriminoloji biliminin öneminden bahsetmektedir.[46] Bunun yanı sıra Dönmezer, *ceza kurumlarının kriminoloji ışığı altında incelendiği Hukuk Kriminoloji* adlı yeni bir daldan da bahsetmekte ve bu kapsamda hukuk ile kriminoloji arasındaki *sıkı ilişkiye* işaret etmektedir.[47] Bu itibarla hukuk fakültelerinin kriminoloji bilimine daha ilgili olmasının gerekliliğini ve özellikle hukuk normlarının ve ceza kurumlarının yaratılmasında yadsınamaz bir etkisi olan hukuk fakültelerinde kriminoloji üzerine çalışmalar yürütülmesinin önemini vurgulamak gerekmektedir. Öte yandan hukuk normlarının uygulayıcısı olan hâkim ve savcıların ve ülkemizin suç siyasetini belirleyen yürütme organlarının da kriminoloji bilimi ile daha yakın bir münasebet içerisinde olması gerektiği açıktır. Bu noktada yazıya konu olan bu kıymetli eserin Adalet Bakanlığınca tekrar basılarak hem hukuk fakültelerindeki araştırmacılara hem hâkim ve savcılara hem de suç siyasetinin belirleyicilerine ulaşma imkânına kavuşmuş olması oldukça değerlidir. Bu vesileyle ülkemizdeki hukuk uygulayıcılarının ve araştırmacılarının kriminoloji bilimine olan ilgisinin tekrar canlanmasını, suç olgusu ile daha etkin bir mücadele yürütülmesi kapsamında nitelikli katkıların ortaya konmasını temenni ederiz.

---

[45] Age., s. 45.

[46] Günal, 1972, s. 58.

[47] Dönmezer, 2020, s.45.

KAYNAKÇA

Demirbaş, Timur, *Kriminoloji,* Seçkin Yayıncılık, Ankara, 7. Baskı, 2020.

Dönmezer, Sulhi, *Kriminoloji,* Adalet Bakanlığı Yayınları, Ankara, 9. Baskı, 2020.

Günal, Yılmaz, *Kriminoloji ve Metot Meselesi,* Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, C.: 27, S.: 2, 1972, s. 47-63.

Koruculu, Irmak, Kriminolojide kadın suçluluğunu açıklayan yaklaşımlar, Yayımlanmış yüksek lisans tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, İzmir 2017.

Köni, Burhan, *Kriminoloji*, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, C.:11 S.: 2, 1956, s.76-90.

Külçür, Erdem İzzet, Kriminoloji ve Ceza Hukuku boyutuyla 'çevreci terörizm, Yayımlanmış doktora tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, İstanbul 2020.

Sarıtaş, Erkan, Türk Ceza Hukuku'nda mala zarar verme suçu ve kriminolojik açıdan Vandalizm, Yayımlanmamış yüksek lisans tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, İstanbul 2009.

Topçuoğlu, Tuba, *Kriminoloji için Disiplin Çağrısı*!, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, C.: 2, S.: 1-2, 2014, s. 241-268.

Tütüncü, Efser Erden, Kriminolojik değerlendirmeler ışığında Ceza Hukukunda fücur, Yayımlanmış doktora tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, İstanbul 2016.

Yazıcıoğlu, R. Yılmaz, Bilgisayar suçları (Sosyolojik, kriminolojik ve hukuki boyutları ile), Yayımlanmış doktora tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, İstanbul 1997.

ARAŞTIRMA – İNCELEME

HUKUK MUHAKEMELERİ KANUNU'NUN ALENİYET İLKESİNE İLİŞKİN 28 İNCİ MADDESİ İLE SES VE GÖRÜNTÜ NAKLEDİLMESİ YOLUYLA VEYA BAŞKA YERDE DURUŞMA İCRASINA İLİŞKİN 149 UNCU MADDESİNDE 7251 SAYILI KANUNLA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER HAKKINDA BAZI DÜŞÜNCELER

Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK*

Özet: Bilindiği gibi, 22 Temmuz 2020 kabul tarihli 7251 sayılı Kanun, Hukuk Muhakemeleri Kanununda birçok değişiklik yapmıştır. Bu değişikliklerden bazıları yargılamaya hakim ilkelere ilişkin olup, özel bir önem taşımaktadır. Nitekim, HMK'nın aleniyet ilkesine ilişkin 28.maddesinde yapılan değişiklikle duruşmaların aleni olarak yapılması kuralına, genel ahlakın veya kamu güvenliğinin korunması yanında "yargılama ile ilgili kişilerin korunmaya değer üstün bir menfaatinin" (hakkının) korunması için de bir istisna getirilmiş ve yargılamanın istisnaen bu durumda da gizli olarak yapılmasına imkan verilmiştir. Burada kullanılmış olan "ilgili kişi" terimi, davanın taraflarını olduğu kadar, akdi ve kanuni temsilci, tanık, bilirkişi, fer'i müdahil gibi sıfatlarla yargılamaya katılanları da kapsamaktadır. Oysa HMK'nın 28. maddesinin değişiklikten önceki düzenlemesinde, sadece tarafların yargılamanın gizli olarak yapılması talebinde bulunabilecekleri; taraflardan başka kimselerin gizli yargılama yapılması talebinde bulunamayacakları sonucuna varılmaktaydı. Ama yargılamanın tarafı olmamakla birlikte "yargılama ile ilgili (üçüncü) kişilerin" de, yargılamanın gizli yapılmasında hukuki menfaatleri olabilir. Bu değişiklikle HMK'nın Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk hukukçuları için her zaman ilgi kaynağı olan İsviçre Medeni Usul Kanunu ile uyumlaştırılması sağlanmak istenmiştir. 7251 sayılı Kanun ile HMK'da yapılan ikinci önemli değişiklik, çeşitli yönleriyle birçok ilkeyi ilgilendiren bir değişikliktir ve HMK'nın "Ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla veya başka yerde

Abstract: Act no. 7251 of July 22nd, 2020 amended a number of legal provisions in the Rules of Civil Procedure (RCP). Some of these provisions concern procedural principles and are of special importance. Thus, Art. 28 of RCP relating to the publicity principle has been amended providing an exception to the principle with respect to the protection of "privileges of other persons who have a legitimate interest in the outcome of the proceedings" in addition to the exceptions of public safety and moral values of the public, authorizing the court to conduct proceedings in confidence. In this context, the phrase "other persons who have a legitimate interest" refers to the persons other than parties involved in the proceedings, such as statutory or appointed legal representatives, witnesses, court appointed experts and third parties supporting one of the parties. Before than this amendment in Art. 28, it was generally accepted that only the parties, that is, not the other persons, could request the proceedings to be conducted in confidence. Hence the persons other than the parties (third parties) may also have a legitimate interest to request the proceedings to be conducted in confidence. This particular amendment aims to harmonize the RCP with the European Convention on Human Rights and the Swiss Rules of Civil Procedure, which has always been a source of interest for the Turkish jurists. Another important amendment in RCP which concerns several aspects of procedural principles is in Art. 149(1) dealing with "hearings outside the court building or through transfer of audio and video". The

* Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi, soztek@ttmail.com

duruşma icrası"na ilişkin 149.maddesinde yapılmıştır. Eski hükümle kıyaslandığında dikkati çeken ilk fark, ses ve görüntü nakli yoluyla duruşma icrasının gerçekleşebilmesi için artık davanın her iki tarafının da (birlikte) rızasının aranmayacak olmasıdır. Bu açıdan bakıldığında, yeni düzenlemede taraflardan sadece birinin talebi bu imkandan yararlanmak için yeterli sayılacak ve bu talep üzerine, talep eden tarafın ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla bulunduğu yerden duruşmaya katılmasına ve usul işlemleri yapabilmesine karar verilmesi mümkün olabilecektir. Ama, HMK m.149'daki imkanın işletilebilmesi için, taraflardan sadece birinin talepte bulunması yeterli değildir; talep üzerine bu kararı mutlaka hâkim verecektir. HMK m.149'un 2.fıkrasına göre, mahkeme; tanıkların, bilirkişilerin, uzmanların da aynı anda ses ve görüntü nakli yoluyla bulundukları yerden duruşmalara katılmalarına (dinlenilmelerine) izin verebilir. İlk fıkradan farklı olarak, burada, taraflardan birinin bu yönde bir talebi olabileceği gibi, hâkim de re'sen tanıkların, bilirkişilerin, uzmanların ses ve görüntü nakli yoluyla dinlenmelerine karar verebilecektir. Oysa, 2.fıkranın eski metninde hâkimin bu şekilde resen duruşma icrasına karar verme yetkisi bulunmamaktaydı. Pandeminin de etkisiyle süratle yaygınlaşan yeni dijital dönemde medeni usul hukukumuzun başka hangi alanlarında değişiklikler yapılması gerektiğini bize zaman gösterecektir. Konu hakkında Avrupa Birliği'nin de çalışmaları bulunduğu ve bu çalışmaların dikkat ve ilgi ile takip edilmesi gerektiği önemle vurgulanmalıdır.
Anahtar kelimeler: Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, İsviçre Medeni Usul Kanunu, yargılamaya hakim ilkeler, aleniyet ilkesi, 7251 sayılı Kanun, gizlilik kararı, davanın tarafları, akdi ve kanuni temsilci, bilirkişi, uzman, tanık,ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla duruşma icrası, adliye binası, hakimin takdir yetkisi.

first difference which may be immediately noticed relates to the fact that a hearing will be from now on possibly held through transfer of audio and video without need for the consent of both parties. As a result of this amendment, the request of one party will be sufficient for the court's deciding to hear such party at his or her own place through the transfer of audio and video. A mere request of one party is however not sufficient. The court maintains the absolute discretion to allow or not to allow the hearing to be held through transfer of audio and video. According to Art. 149(2) the court may also decide to hear the fact and expert witnesses and court appointed experts, at their own places through the transfer of audio and video. As opposed to Art. 149(1), Art. 149(2) provides that the court may decide to hear the fact and expert witnesses and court appointed experts through the transfer of audio and video, not only at request of one party but also ex officio. The wording of Art. 149(2) before the amendment did not confer the court the discretionary power to conduct hearings through transfer of audio and video ex officio. Considering the expansion of digitalization due to the pandemics, the time will show us what other developments to be observed in other aspects of civil procedure. It must be noted that the interesting work of EU institutions on this matter is worth being carefully considered.
Keywords: Rules of Civil Procedure, European Convention on Human Rights, procedural principles, publicity principle, statutory legal representatives, appointed legal representatives, witnesses, court appointed experts, third parties supporting one of the parties, hearings outside the court building or through transfer of audio and video, court building, judges discretionary power.

Bilindiği gibi, 1 Ekim 2011 tarihinden beri yürürlükte olan Hukuk Muhakemeleri Kanunu dokuz yıldır başarıyla uygulanmakta ise de, bazı hükümleri itibariyle yetersiz kalmaya veya ihtiyaçlara cevap vermemeye ya da yeni ihtiyaçları karşılayamamaya başlamıştır[1]. Bu nedenle kanun koyucu söz konusu Kanunda kısmi bir değişiklik yaparak bu eksiklik veya aksaklıkları gidermenin uygun olacağı sonucuna varmış ve "*Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun*"u kabul etmiştir (Kabul Tarihi: 22 Temmuz 2020, Kanun No. 7251, Resmi Gazete: 28 Temmuz 2020)(bu Kanun, çalışmamızda bundan böyle kısaca 7251 sayılı Kanun olarak adlandırılacaktır).

7251 sayılı Kanun, Hukuk Muhakemeleri Kanununun kırk yedi maddesinde değişiklik yapmıştır. Değişiklik yapılan önemli maddeler arasında aleniyet ilkesine ilişkin 28.madde ile ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla duruşma icrasına ilişkin 149. madde de bulunmaktadır.

I- Nitekim, a**leniyet ilkesine ilişkin 28.maddenin 2.fıkrası;** "*Duruşmaların bir kısmının veya tamamının gizli olarak yapılmasına ancak genel ahlâkın veya kamu güvenliğinin* ***yahut yargılama ile ilgili kişilerin korunmaya değer üstün bir menfaatinin*** *kesin olarak gerekli kıldığı hâllerde,* ***ilgilinin talebi*** *üzerine yahut resen mahkemece karar verilebilir.*" şeklinde değiştirilmiştir. Diğer bir deyişle, aynı fıkrada iki değişiklik yapılmıştır.

Değişikliğe ilişkin Hükümet Gerekçesi şu şekildedir:

"Maddeyle, Kanunun 149 uncu maddesinde değişiklik yapılmaktadır. Hükümle, ses veya görüntü nakli yoluyla duruşmanın yapılması usulü yeniden düzenlenmektedir. Birinci fıkrada yapılan değişiklikle, taraflardan birinin talebi üzerine talep eden tarafın ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla bulunduğu yerden duruşmaya katılması ve usulü işlemleri yapabilmesi düzenlenmektedir. İkinci fıkrada yapılan değişiklikle, mahkemenin resen ya da taraflardan birinin talebi üzerine tanığın, bilirkişinin veya uzmanın ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla dinlenilebilmesine olanak sağlanmaktadır. Üçüncü fıkrayla, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemedikleri dava ve işlerde mahkemenin resen tüm ilgilileri aynı usulle dinleyebilmesine imkan tanınmaktadır. Dördüncü fıkrayla,

---

[1] Bu durum sadece ülkemize özgü değildir. Nitekim İsviçre'de de, HMK'dan 9 ay önce, 1 Ocak 2011 tarihinde yürürlüğe girmiş olan *Code de procédure civile*'in (Medeni Usul Kanunu'nun) *55* maddesinin değiştirilmesi için Federal Konsey tarafından, 26/02/2020 tarihinde, "*Medeni Usul Kanunu'nda Değişiklik Tasarısı (Uygulanabilirliğin ve Hukukun Uygulanmasının Geliştirilmesi)*" başlıklı bir Tasarı, Federal Meclise sunulmuştur. Görüleceği gibi, 9-10 yıl gibi süreler, kod niteliğinde de olsa bir kanunun değiştirilmesi için kısa sayılamaz. Önemli olan, bu konuda bazı yetersizliklerin ya da yeni bazı ihtiyaçların ortaya çıkmasıdır. İsviçre Medeni Usul Kanununda yapılması önerilen değişikliklerin ana hatları "İsviçre Medeni Usul Kanununda Yapılması Düşünülen Önemli Değişiklikler (26/02/2020 tarihli Tasarı)" başlığı altında Doç.Dr.Mert Namlı ile birlikte kaleme almış olduğum ve Türkiye Barolar Birliği Dergisinin Mayıs-Haziran sayısında yayınlanacak olan makalede incelenmiştir.

fiili engel veya güvenlik sebebiyle duruşmanın mahkemenin bulunduğu yerde yapılamaması halinde il sınırları içinde başka bir yerde duruşmanın icrasına imkan tanınmaktadır.".

Genel bir yaklaşımla, aleniyet ilkesinin en önemli misyonunun, herkese duruşmalara katılmak ve mahkemece alınan kararları incelemek imkanını vermek ve böylece adaletin işleyişi hakkında şeffaflığı sağlamak olduğunu belirtmek gerekir. Amaç, halkın adaletin nasıl tevzi edildiğini ve kararın nasıl verildiğini gözlemlemesini (görmesini) mümkün kılmak olduğundan, kapalı kapılar ardında adalet anlayışı bu ilke sayesinde bertaraf edilmiş olur[2].

1789 Fransız İhtilalinden miras yoluyla günümüze kadar gelen bu ilke, adına bağımsız ve tarafsız mahkemelerce yargı yetkisi kullanılan Türk Milletine (Anayasa m.9) bu yetkinin mahkemelerce kullanım tarz ve biçimini kontrol etme imkanını sağlar. Aleniyet ilkesi, hukuki dinlenilme hakkına gereği gibi uyulup uyulmadığının denetlenmesine de hizmet eder[3] ve milletlerarası anlaşmalar tarafından garanti altına alınmış olan adil yargılanma hakkının temel ilkelerinden birini oluşturur (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, m.6, f.1). Fransa'da *Conseil d'Etat* daha da ileri giderek bu ilkeyi hukukun genel ilkeleri düzeyine yükseltmiştir. Fransız Temyiz Mahkemesine (*Cour de cassation*) göre bu ilke kamu düzenine ilişkindir; ama her iki tarafın yargılamanın gizli yapılması konusunda mutabık olması halinde aleniyet mahkemece kaldırılabilir ve aleni yargılamadan vazgeçme açık veya örtülü vazgeçme şeklinde olabilir[4]. Kanaatimce bu görüş Türk hukukunda kabul edilemez, çünkü aleniyet ilkesinin taraf menfaatlerine yönelik bir kapsamı olduğu kadar, kamu düzenini koruyucu bir niteliği de bulunmaktadır. Aleniyet konusunda mutlak güç hakimdedir. Davanın her iki tarafının yargılamanın gizli yapılması konusunda mutabık kalmaları halinde dahi böyle bir mutabakat mahkemeyi bağlamaz[5] ve mahkeme her iki tarafın da yargılamanın gizli yapılması yönünde talebi bulunduğunu kabul ederek, aleniyetin kaldırılmasına imkan veren sebeplerin gerçekleşip gerçekleşmediğini ayrıca incelemek zorunda kalır.

Hedefimiz burada aleniyet ilkesinin bütünü hakkında açıklama yapmak değildir. Bu konuda yazılmış gayet doyurucu bilimsel çalışmalar

---

2 *Code de Procédure civile commenté*, Editions Helbing Lichtenhahn, Bàle 2011, Jacques Haldy, art.54, no.2.

3 Özekes, Muhammet, *Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003, s.485; Haldy, art.54, no.2.

4 Cadiet, Loic/Jeuland, Emmanuel, *Droit judiciaire privé*, 5e Edition, Editions Litec, Paris, 2006, s.403, no.620.

5 Kurt Konca, Nesibe, *Medeni Usul Hukukunda Aleniyet İlkesi*, Adalet Yayınları, Ankara 2009, s.328.

mevcuttur[6], bu eserlerde aleniyet ilkesi hakkında etraflı bilgi bulunabilir. Biz, çalışmamız çerçevesinde sadece aleniyet ilkesine ilişkin iki ayrım hakkında çok kısa bilgi vereceğiz.

Bu bağlamda aleniyeti; doğrudan aleniyet ve dolaylı aleniyet olarak ikiye ayırabiliriz[7]. Doğrudan aleniyet, davanın tarafları dışında üçüncü kişilerin yargılamanın yapıldığı yere, özellikle duruşma salonuna bizzat girerek yargılamayı izleme imkanına sahip olmalarını ifade eder. Dolaylı aleniyette ise basın-yayın organları duruşmaları izleyerek yapacakları sesli veya görüntülü ya da yazılı haberlerle yargılamaya bizzat katılmayanları yargılama sırasında olanlar, yani yargılamanın cereyanı hakkında, yargılama ile eş zamanlı olarak veya yargılamadan sonra bilgilendirmektedirler. Aleniyeti, bir de, dinamik aleniyet ve statik aleniyet olarak ikiye ayırabiliriz[8]. Dinamik aleniyet yargılamanın yapıldığı duruşmaların aleni olması anlamına gelir. Statik aleniyet ise, yargılama sonunda hükmün aleni olarak tefhim edilmesini, açıklanmasını ifade eder. Bu son ayrım çerçevesinde diyebiliriz ki, aleniyet ilkesi sadece duruşmaların aleni olmasıyla değil, aynı zamanda yargılama sonunda verilen hükümlerin de aleni olarak açıklanmasıyla sağlanır.

Ön bilgi niteliğindeki bu kısa açıklamadan sonra asıl konumuza dönersek;

Bilindiği gibi, HMK m.28, f.2, 7251 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önce; "*Duruşmaların bir kısmının veya tamamının gizli olarak yapılmasına ancak genel ahlâkın veya kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli kıldığı hâllerde, taraflardan birinin talebi üzerine yahut resen mahkemece karar verilebilir.*" şeklindeydi.

Maddenin ikinci fıkrasında 7251 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle, duruşmaların bir kısmının veya tamamının gizli olarak yapılması halleri arasına "*yargılama ile ilgili kişilerin korunmaya değer üstün bir menfaatinin kesin olarak gerekli kılması*" hali de eklenmiştir. Buna göre mahkeme "*yargılama ile ilgili kişilerin korunmaya değer üstün bir menfaatinin*" bulunduğunu tespit ederse duruşmanın bir kısmının veya tamamının gizli olarak yapılmasına resen veya "*ilgilinin talebi*" üzerine karar verebilecektir[9].

---

6 Örneğin Nesibe Kurt Konca'nın biraz önce zikrettiğimiz "*Medeni Usul Hukukunda Aleniyet İlkesi*" başlıklı çalışması (Adalet Yayınları, Ankara 2009) etraflı, konuyu bütün yönleriyle inceleyip tüketen gayet başarılı bir bilimsel çalışma olarak tezahür etmekte olup mutlaka incelenmelidir.

7 Etraflı bilgi için bkz. Kurt Konca, a.g.e., s.115 vd.

8 Etraflı bilgi için bkz.Kurt Konca, a.g.e., s.173 vd.

9 Aslında, öğretide de işaret edildiği üzere, ilginç olan husus şudur ki, 2006 yılında yayınlanan Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nda, 34.maddenin 2.fıkrasında, "*yargılama ile ilgili kişilerin özel hayatının gizliliği*" aleniyet ilkesinin günümüzdeki

Demek ki, yeni düzenlemeyle duruşmaların aleni olarak yapılmasına ilişkin ilkeye, genel ahlakın veya kamu güvenliğinin korunması yanında "*yargılama ile ilgili kişilerin korunmaya değer üstün bir menfaatinin*" (hakkının) korunması için de bir istisna getirilmektedir. Bu çerçevede, duruşmaların "*gizli*" olarak yapılmasına mahkemece sadece tarafların değil, artık "*ilgili kişiler*"in talebi üzerine de karar verilebilecektir. Nitekim, HMK m.27, f.1 uyarınca kendilerine hukukî dinlenilme hakkı sağlanan "*ilgili*"lerin, bu haklarını amaca uygun şekilde kullanabilmeleri, bazen duruşmaların "*gizli*" (kapalı) olarak yapılmasına karar verilmesini gerektirebilir. Taraf sıfatı taşımasa da "*ilgili*"lerin, duruşmaların gizli olarak yapılmasında menfaati bulunabilir. Oysa HMK'nın değişiklikten önceki düzenlemesi esas alındığında, sadece **tarafların** yargılamanın gizli olarak yapılması talebinde bulunabilecekleri; **taraflardan başka kimselerin** gizli yargılama yapılması talebinde bulunamayacakları sonucuna varılmaktaydı. Halbuki yargılamanın tarafı olmamakla birlikte "*yargılama ile ilgili* (üçüncü) *kişilerin*" de, yargılamanın gizli yapılmasında hukuki menfaatleri olabilir[10]. İşte, 7251 sayılı Kanunla HMK m.28, f.2'de yapılan değişiklik, bu amacı gerçekleştirmeye yöneliktir. Gizlilik kararını, taraflarca veya "*yargılama ile ilgili kişiler*"ce talep edilmemiş olsa bile re'sen mahkemenin de verebilmesi hiç kuşkusuz mümkündür (HMK m.28, f.2).

Anayasamızın 141.maddesinin 1. ve 2.fıkraları; *"Mahkemelerde duruşmalar herkese açıktır. Duruşmaların bir kısmının veya tamamının kapalı yapılmasına ancak genel ahlâkın veya kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli kıldığı hallerde karar verilebilir. /Küçüklerin yargılanması hakkında kanunla özel hükümler konulur."* Görüldüğü gibi, Anayasamızın aleniyetin sınırlandırılması konusundaki yaklaşımı oldukça dar kapsamlıdır[11].

Ama, Türk hukuku bakımından da bağlayıcı olup uygulanma kabiliyeti bulunan (Anayasa m.90, f.5)[12] Avrupa İnsan Hakları

---

değerlendirmelerine uygun olarak hukuken korunmaya değer bir menfaat sayılmış ve bu durumda mahkemenin duruşmanın gizli olarak yapılmasına karar verebileceği kabul edilmiştir. "*Ancak, 2008'de değiştirilerek yayımlanan Tasarı, özel hayatın korunması amacıyla aleniyet ilkesinin kaldırılmasına yer vermemiştir (2008 HMKT m.33,II). Gizli yargılama yapılması sebeplerinin belirlenmesi bakımından 2008 Tasarısı, 2006 Tasarısı'nın gerisindedir ve önemli eksiklikler içermektedir. Komisyon görüşmeleri sırasında, bu eksiklikler giderilmeli; özel hayatın korunması gizli yargılama yapılabilmesi sebebi olarak, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda düzenlenmelidir.*" (Kurt Konca, a.g.e., s.275).

10 Kurt Konca, a.g.e., s. 303-304.

11 Bu bağlamda Kurt Konca (s.242-244), yargısal bir temel hak teşkil eden aleniyet ilkesinin diğer temel hak ve özgürlükler gibi sınırlandırılabileceğine, bu açıdan bakıldığında önemli olanın; onun özüne dokunulmaması ve aleniyetin kaldırılma sebeplerinin mutlaka kanunla düzenlenmesi olduğuna işaret etmektedir.

12 Ayrıca bkz. Tanrıver, Süha, *Medeni Usul Hukuku*, Cilt I, Yetkin Yayınları, Ankara 2020, 3.Bası, s.377-378.

Sözleşmesinin 6.maddesinin 1.fıkrası daha değişik bir içerikle kaleme alınmıştır: "*Herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir. Karar alenî olarak verilir. Ancak, demokratik bir toplum içinde ahlak, kamu düzeni veya ulusal güvenlik yararına, küçüklerin çıkarları veya bir davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde veyahut,* ***aleniyetin adil yargılamaya zarar verebileceği kimi özel durumlarda ve mahkemece bunun kaçınılmaz olarak değerlendirildiği ölçüde****, duruşma salonu tüm dava süresince veya kısmen basına ve dinleyicilere kapatılabilir.*".

Görüleceği üzere, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6.maddesinin 1.fıkrası aleniyetin sınırlandırılabileceği haller arasında, genel ahlak, ve kamu güvenliğinin, kamu düzeninin, küçüklerin çıkarlarının, davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliğinin yanında **aleniyetin adil yargılamaya zarar vermesi halini** de saymış ve bu hallerden biri söz konusu ise duruşmanın kısmen veya tamamen gizli olarak yapılmasına imkan tanımıştır. Aleniyetin adil yargılamaya zarar verebilmesinin kaçınılmaz olması hali, genel nitelik taşıyan bir kaldırma sebebidir ve **adaletin selametine zarar verebilecek** özel koşulların bulunması olarak da adlandırılmaktadır[13]. Bu kaldırma sebebi, diğer kaldırma sebeplerinin kapsamına girmeyen ve fakat tarafların ya da **yargılamaya katılan diğer kişilerin** menfaatlerine zarar verebilecek olan durumların varlığı halinde, yargılamanın gizli olarak yapılmasına imkan vermektedir. Öğretide bu kaldırma sebebine örnek olarak tanığın topluluk önünde konuşmaktan utanması hali gösterilmektedir. Bu hal hiç de ender değildir, çünkü tanıklık yapılacak hususlar aile hayatını, mesleki ve ticari sırları, hizmet, arkadaşlık veya iş ilişkilerini konu alıyorsa tanıklar (ve hatta taraflar) duruşma salonunda bulunan izleyiciler önünde ifade verirken kendilerini büyük bir baskı altında hissedebilirler. O kadar ki, bu baskı tanığın gerçeğe aykırı beyanda bulunmasına kadar gidebilir ve gerçeğin ortaya çıkarılması tehlikeye düşebilir. İşte, mahkeme bu gibi durumlarda Sözleşme uyarınca aleniyetin kaldırılmasına karar verebilir[14].

Hukukumuz için özel bir önemi olan İsviçre hukukuna baktığımızda, İsviçre Medeni Usul Kanununun 54.maddesinin 3.fıkrasında, kamu yararı (diplomatik, askeri, ekonomik sırlar gibi) veya **yargılamaya katılanlardan birinin** korunmaya değer özel bir menfaati (ticari sır, mesleki sır gibi) gerektirdiği takdirde, duruşmanın kısmen

---

[13] Pekcanıtez, Hakan, "Medeni Usul Hukukunda Aleniyet İlkesi", Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, İzmir Barosu Yayını, İzmir 2000, s.408 vd., özellikle s.423; Kurt Konca, a.g.e., s.265.

[14] Pekcanıtez, a.g.m., s.423; Kurt Konca, a.g.e., s.265 vd.

veya tamamen gizli olarak yapılmasına karar verilebileceğinin hüküm altına alındığını müşahade etmekteyiz. Görüleceği üzere, İsviçre'de duruşmanın kapalı olarak yapılması için, üstün gelen/ağır basan (*prépondérant*) bir özel menfaatin veya kamu menfaatinin mevcut olması dahi aranmamıştır. Halbuki İsviçre Medeni Usul Kanununun hukuki dinlenilme hakkına ilişkin 53.maddesinde, 1.fıkrada, tarafların hukuki dinlenilme hakkına sahip oldukları belirtildikten sonra, 2.fıkrada, tarafların özellikle ve üstün gelen/ağır basan hiçbir kamusal veya özel menfaat engel olmadıkça dosyayı incelemek ve dosyadan fotokopi almak hakkına sahip oldukları belirtilmiştir. Şu halde, aleniyete ilişkin olan ve üstün gelen/ağır basan menfaat sınırlamasına yer vermeyen 54.maddenin 3.fıkrası, 53.maddenin 2.fıkrasına oranla daha geniş kapsamlı bir hüküm olarak kaleme alınmıştır[15]. Ama Federal Mahkeme, burada, aleniyet ilkesinin önemi karşısında derece mahkemesinin menfaatleri tartması gerektiğine ve ancak kamu menfaati veya özel menfaat üstün geliyor/ağır basıyor, gerekli kılıyorsa duruşmaların kapalı olarak yapılmasına karar vermek zorunda olduğuna işaret etmektedir[16]. İsviçre hukukunda duruşmanın kapalı olarak yapılması yargılamaya katılanları korumayı sağlamaktadır; örneğin taraflardan biri veya taraflardan birinin akdi ya da kanuni temsilcisi, fer'i müdahil, bir bilirkişi, bir tanık gibi.

İşte, yapılan değişiklikle HMK m.28 ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6.maddesi arasında uyum sağlanmak istenmiş[17] ve daha özlü bir ifadeyle "*yargılama ile ilgili kişilerin korunmaya değer üstün bir menfaatinin bulunması*" halinde duruşmaların tamamının veya bir kısmının kapalı olarak yapılmasına karar verilebilmesi öngörülmüştür. Bu değişiklik yapılırken, kavramlar bakımından bize hiç de yabancı olmayan (ve 1 Ocak 2011 tarihinde yürürlüğe girmiş bulunan) İsviçre Medeni Usul Kanunundan ve İsviçre Federal Mahkemesi içtihatlarından da yararlanılmıştır.

Bu düzenlemeler hakkında bilgi vermeden, 7251 sayılı Kanunla HMK m.28'de yapılan değişiklikle duruşmaların kapalı olarak yapılması imkanının yaratıldığını ve bunun da uygulamada karışıklığa yol açacağını ileri sürmek doğru olmaz. İsviçre hakiminin ve avukatının herhangi bir zorlukla karşılaşmadan uyguladığı bir hükmün Türk hakimi ve avukatı nezdinde gereksiz tartışmalara yol açacağı ve böylece yargılamayı geciktireceği yolundaki itirazı anlamak doğrusu mümkün

---

15 Hoffmann, David/Lüscher, Christian, *Le Code de procédure civile*, 2e édition, Stampfli Editions, Berne 2015, s.43.

16 ATF 133 I 106, JdT 2008 I 429;

ATF 135 I 198, Revue de droit administratif et de droit fiscal (RDAF), 2009 II 368.

17 Budak, Ali Cem/Karaaslan, Varol, "7251 Sayılı Kanunla Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler", İstanbul Barosu Dergisi, C. 94, S. 2020/5 Eylül-Ekim 2020, s.15 vd., özellikle s. 20-21.

değildir[18]. Değişiklikle yapılmak istenen şey; aleniyet ilkesini çağdaş standartlara uygun hale getirmeye çalışmaktan ibarettir ve gerek Türk hakiminin gerekse Türk avukatının bu yeniliği başarıyla uygulayacağına olan inancımız tamdır[19].

Öte yandan, önemle vurgulamak gerekir ki, burada **takdir tamamen hakime aittir;** diğer bir deyişle, davanın taraflarının duruşmaların kapalı olarak cereyan etmesine yönelik bir hakkı yoktur. Gizlilik kararını verecek olan mahkemenin, gizlilik kararı talep eden ilgilinin üstün bir menfaatinin ihlal edildiği konusunda **kesin olarak** ikna olması gerekir. Bu husus Kanunda "*yargılama ile ilgili kişilerin korunmaya değer üstün bir menfaatinin* ***kesin olarak gerekli kıldığı*** *hâllerde*" denilmek suretiyle ifade edilmiştir. Mahkemenin değerlendirmeyi yaparken, ölçülülük ilkesi uyarınca, aleniyet ilkesi ile ilgilinin üstün menfaati arasındaki menfaat dengelemesini hassas bir şekilde yerine getirmesi ve gizlilik kararı talep eden ilgilinin bu talebi yerine getirilmezse üstün bir menfaatinin ihlal edilmesi tehlikesiyle karşı karşıya bulunduğu konusunda kesin (tam) olarak ikna olması gerekir. Şu halde, ilgililerin duruşmanın kapalı olarak yapılmasındaki menfaatinin, duruşmanın aleni olarak yapılması ilkesinin sağladığı yarardan üstün olması; yani bu sınırlamanın işletilebilmesi için, "*ilgili*"nin duruşmaların gizli olarak yapılmasındaki menfaatinin, duruşmaların aleni olarak yapılmasının sağlayacağı faydaya baskın gelmesi lazımdır[20]. Elbette ilgililerden birinin sosyal statüsü, tek başına, aleniyet ilkesinin ihlal edilmesinin gerekçesi olamayacaktır[21].

Bu hükümde "*yargılama ile ilgili kişiler*" nitelendirmesiyle kastedilen; örneğin, taraflar, taraflardan birinin akdi veya kanuni temsilcisi, fer'i müdahil, bir bilirkişi, bir tanık olabilir. Bir davada tanığın güvenliğinin sağlanması ve özgürce, baskı altında kalmadan fikir ve

---

18 Bu yöndeki eleştiri için bkz. Pekcanıtez. Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifinin (2020) Değerlendirilmesi", Lexpera Blog, Çevrimiçi, e.t. 30/03/2020.

19 Öğretide de "*Hukuk Muhakemeleri Kanun Tasarısı'nda, aleniyetin kaldırılmasına ilişkin olarak öngörülen sebepler, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hükümlerinden farklılıklar taşımaktadır. Bu noktada, Tasarı'daki düzenlemeler ile Sözleşme hükümlerinin paralellik taşıması yerinde olurdu...Tasarı'nın değiştirilerek gizli yargılama yapılması sebeplerinin belirlenmesi, çağın ihtiyaçlarına cevap verecek bir medeni usul hukuku anlayışının gerçekleştirilmesi bakımından önem taşımaktadır...*" (Kurt Konca, a.g.e., s.401-402; ayrıca bkz. yazarın yukarıda dipnot 5'de nakledilen açıklamaları) şeklinde görüş beyan edilerek, (değişiklikten önce) aleniyet konusundaki HMK düzenlemesinin çağın gereklerini karşılamadığına işaret edilmiştir.

20 Bkz. Öztek Selçuk/Taşpınar Ayvaz, Sema/Kale, Serdar, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında 20 Mart 2020 Tarihli Kanun Teklifi'ne İlişkin Bazı Açıklamalar ve Kanun Teklifinin Değerlendirilmesi", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.149, Y. 33, Temmuz-Ağustos 2020, s.77 vd., özellikle s.97-98.

21 Öztek/Taşpınar Ayvaz/Kale, a.g.m., s.97.

bilgisini ifade edebilmesi için, gerekli olduğunda tanığın kapalı oturumda dinlenmesi haklı görülebilir[22].

HMK m.28, f.3, tarafların gizlilik talebinin ön sorunlar hakkındaki hükümler çerçevesinde gizli duruşmada inceleneceğini ve karara bağlanacağını öngörmektedir. Yine HMK m.28, f.3'e göre, hakim gizlilik talebini kabul ederse bu kararının gerekçelerini esas hakkındaki kararıyla birlikte açıklar. Şu halde, yargılama sırasında gizlilik kararı verilirken bunun gerekçesinin esas hakkındaki kararla birlikte açıklanması kabul edilmiştir. Anayasa m.141, f.3'e göre gizlilik kararının da mutlaka gerekçesi bulunmalı ve gizlilik kararında bu gerekçe gösterilmelidir. Ama gizliliğin amacını korumak için bu gerekçenin açıklanması davanın sonuna bırakılmıştır. Bu çerçevede ortaya çıkan sorun, aleniyetin kaldırılma sebebinin esas hakkındaki kararda ne genişlikte açıklanacağıdır. Burada gizliliğin korunması endişesi ile aleniyetin kaldırılma sebebinin detaylı olarak açıklanması ihtiyacı birbiriyle tam bir çekişme içindedir. Bu bağlamda denebilir ki, aleniyetin kaldırılma sebebinin esas hakkındaki kararda etraflı şekilde, somut vakıaları tek tek bildirerek açıklanmaması, genel kavramlara yer verilerek ortaya konulması gerekir. Örneğin, "ticari sırların korunması amacıyla gizli duruşma yapılmasına karar verilmiştir" gibi; bu takdirde, mahkemenin ticari sırra ilişkin daha fazla açıklama yapmasına gerek yoktur. Ama, belirsiz, muğlak veya kapalı bir gerekçelendirme de yeterli değildir. Örneğin, "halin icabı olarak duruşmanın gizli yapılmasına karar verilmiştir" şeklindeki bir gerekçelendirme yeterli bir gerekçelendirme olarak kabul edilemez[23]. Bütün bu konularda 7251 sayılı Kanunla HMK m.28'de herhangi bir değişiklik yapılmamıştır.

Aleniyetin kaldırılmasına ilişkin karar bir ara kararıdır ve bu nedenle tek başına istinafa veya temyize konu teşkil edemez. Ama taraflar mahkemenin vereceği nihai kararla birlikte bu ara kararına karşı da kanun yoluna başvurabilirler.

Çerçevesi yukarıda çizilen aleniyet ilkesi ve bu ilkenin sınırlandırılmasına ilişkin açıklamalar hiç kuşkusuz istinaf yargılamasında incelemenin (tahkikatın) duruşmalı olarak yapılması, temyiz aşamasında ise tarafların talebi üzerine veya Yargıtay tarafından resen karar verildiği takdirde temyiz incelemesinin duruşmalı (mürafaalı) olarak gerçekleştirilmesi (HMK m.369) hallerinde de geçerli olacaktır[24]. Şu halde, istinaf yargılamasında aleniyet ilkesi ancak incelemenin (tahkikatın) duruşmalı olarak yapılması söz konusu olduğu takdirde işlerlik kazanacaktır. Keza istinaf yargılaması sonunda yeni bir hüküm verilmesi gündeme gelmişse, bu hükmün taraflara tefhiminin de

---

22 Pekcanıtez, a.g.m., s.423; İnceoğlu, Sibel, *Adil Yargılanma Hakkı*, Avrupa Konseyi Ankara Program Ofisi, Ankara 2018, s.246.

23 Kurt Konca, a.g.e., s.308-309.

24 Pekcanıtez, a.g.m., s.408 vd., özellikle s.414; Tanrıver, a.g.e., s. 375-376.

aleni olması gerekmektedir (statik aleniyet). Aleniyet ilkesinin ve sınırlamalarının temyiz incelemesi safhasında da uygulama alanı bulması mümkündür. Nitekim, HMK m.369 uyarınca her ne kadar Yargıtay temyiz incelemesini kural olarak dosya üzerinde yaparsa da, bu maddenin ikinci fıkrasında sayılan hallerde taraflardan biri veya her ikisi duruşma yapılmasını talep edebileceği gibi, dördüncü fıkra uyarınca Yargıtay da resen duruşma yapılmasına karar verebilir. İşte temyiz incelemesinin tarafların talebi üzerine ya da Yargıtay'ca re'sen duruşmalı olarak gerçekleştirilmesine karar verildiği takdirde, aleniyet ilkesi temyiz aşamasında da uygulama alanı bulacaktır[25]. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de hukukilik denetimi yapmakla yetinen üst mahkemelerde duruşmasız yargılama yapılmasının mümkün olduğuna işaret ederek artık aleniyet ilkesinin bu durumda devreye girmeyeceğini belirtmektedir[26].

Belirtelim ki, aleniyetin kaldırılması halinde taraflar, vekilleri, hakim, savcı, zabıt katibi ve mübaşir için duruşma açıktır. Ayrıca, hakimin veya toplu mahkemelerde heyetin izniyle avukat ve hakim stajyerleri, eğitimlerinin bir parçası olarak gizli yapılan duruşmaları izleyebilirler. Öğretide hukuk öğrenimi yapan lisans öğrencilerinin, adalet meslek yüksek okulu öğrencilerinin, bilimsel çalışma yapanların da gizli duruşmada bulunmalarına izin verilebileceği belirtilmekte[27] ise de, iznin kapsamının bu kadar genişletilmesinin mümkün olmadığı düşüncesindeyim. Bu kişiler gerekirse öğrenimlerini bitirdikten sonra, stajlarını yaparken gizli duruşmalara alınabilirler.

Ayrıca, aleniyetin kaldırılması hükmün tefhiminin aleni olarak yapılmasına engel teşkil etmemelidir (statik aleniyet)[28]; ***zira mahkemenin verdiği hükmün toplum tarafından bilinmesinde yarar bulunmaktadır, toplumdaki adalet duygusu ancak bu şekilde tatmin edilebilir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, nispeten yeni içtihatlarında, gizli olarak gerçekleşmiş bir yargılamanın sonunda hükmün aleni olarak tefhiminin, ulusal güvenlik veya başkalarının güvenliği için risk yaratacak kısımları, istisnai olarak, hükümden çıkararak yapılmasını kabul etmektedir***[29]***.***

II- Üzerinde durmak istediğim ikinci önemli değişiklik; "*Ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla veya başka yerde duruşma icrası*"dır. Bu bağlamda 7251 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle konuya ilişkin HMK m.149 şu şekli almıştır:

---

25 Tanrıver, a.g.e., s.389-390.

26 İnceoğlu, a.g.e., s.244-245 ve ayrıca s.152.

27 Pekcanıtez, a.g.m., s.415; Kurt Konca, a.g.e., s.299.

28 Kurt Konca, a.g.e., s.315 vd. Ama aksi görüşte olan yazarlar da vardır; örneğin Pekcanıtez, a.g.m., s.415.

29 Bkz. İnceoğlu, a.g.e., s.251.

"*Ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla veya başka yerde duruşma icrası*

MADDE 149 – (1) Mahkeme, taraflardan birinin talebi üzerine talep eden tarafın veya vekilinin, aynı anda ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla bulundukları yerden duruşmaya katılmalarına ve usul işlemleri yapabilmelerine karar verebilir.

(2) Mahkeme resen veya taraflardan birinin talebi üzerine; tanığın, bilirkişinin veya uzmanın aynı anda ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla bulundukları yerden dinlenilmesine karar verebilir.

(3) Mahkeme, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri dava ve işlerde ilgililerin, aynı anda ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla bulundukları yerden dinlenilmesine resen karar verebilir.

(4) Mahkeme, fiilî engel veya güvenlik sebebiyle duruşmanın il sınırları içinde başka bir yerde yapılmasına, yargı çevresi içinde yer aldığı bölge adliye mahkemesi adalet komisyonunun uygun görüşünü alarak karar verebilir.

(5)Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar yönetmelikte belirlenir.".

Maddenin değişiklikten önceki şekli ise şöyleydi:

"*(1) Mahkeme, tarafların rızası olmak şartıyla, kendilerinin veya vekillerinin, aynı anda ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla bulundukları yerden duruşmaya katılmalarına ve usul işlemleri yapabilmelerine izin verebilir.*

(2) Tarafların rızası olmak kaydıyla, mahkeme; tanığın, bilirkişinin, uzmanın veya bir tarafın dinlenilmesi esnasında başka bir yerde bulunmalarına izin verebilir. Dinleme, ses ve görüntü olarak aynı anda duruşma salonuna nakledilir."[30].

---

[30] Yönetmelik'in HMK m.149'un değişiklikten önceki içeriğine göre düzenlenmiş olup *"Ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla duruşma icrası ve diğer usulî işlemler"* başlığını taşıyan 218.maddesi şöyledir: *"(1) Mahkeme, tarafların rızası olmak şartıyla, kendilerinin veya vekillerinin, SEGBİS ya da benzeri sistemlerle aynı anda ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla bulundukları yerden duruşmaya katılmalarına ve usul işlemleri yapabilmelerine izin verebilir. /(2) Tarafların rızası olmak kaydıyla, mahkeme tanığın, bilirkişinin, uzmanın veya bir tarafın dinlenilmesi esnasında başka bir yerde bulunmalarına izin verebilir. Dinleme, SEGBİS veya benzeri sistemler vasıtasıyla ses ve görüntü olarak aynı anda duruşma salonuna nakledilir. /(3) Yemin edecek taraf, mahkemenin bulunduğu yerden başka bir yerde oturuyor ise SEGBİS veya benzeri sistemler vasıtasıyla aynı anda ses ve görüntü nakledilmesi yolu ile yemin icrası mümkündür. /(4) SEGBİS veya benzeri sistemlerle elde edilen ses ve görüntü verileri de 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 199 uncu maddesine göre elektronik belge hükmündedir. /(5) Kimlik tespiti ve dinleme işleminin yapıldığına dair UYAP Bilişim Sisteminde veya zorunluluk nedeniyle haricen tutulan tutanak, dinleme işlemi sırasında hazır bulunan tüm ilgililerce duruma göre güvenli elektronik imza ya da el ürünü imza ile imzalanır. Tutanakta, dinlenenlerin ad ve soyadları, dinlemenin başlangıç ve bitiş zamanı, dinlemenin*

Görüleceği üzere madde önemli bir değişikliğe uğramıştır.

Değişikliğin sebebi Hükümet Gerekçesinde şöyle açıklanmıştır:

"Maddeyle, Kanunun 149 uncu maddesinde değişiklik yapılmaktadır. Hükümle, ses veya görüntü nakli yoluyla duruşmanın yapılması usulü yeniden düzenlenmektedir. Birinci fıkrada yapılan değişiklikle, taraflardan birinin talebi üzerine talep eden tarafın ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla bulunduğu yerden duruşmaya katılması ve usulü işlemleri yapabilmesi düzenlenmektedir. İkinci fıkrada yapılan değişiklikle, mahkemenin resen ya da taraflardan birinin talebi üzerine tanığın, bilirkişinin veya uzmanın ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla dinlenilebilmesine olanak sağlanmaktadır. Üçüncü fıkrayla, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemedikleri dava ve işlerde mahkemenin resen tüm ilgilileri aynı usulle dinleyebilmesine imkan tanınmaktadır. Dördüncü fıkrayla, fiili engel veya güvenlik sebebiyle duruşmanın mahkemenin bulunduğu yerde yapılamaması halinde il sınırları içinde başka bir yerde duruşmanın icrasına imkan tanınmaktadır.".

Öğretide de işaret edildiği[31] gibi, eski hükümle kıyaslandığında dikkati çeken ilk fark, ses ve görüntü nakli yoluyla duruşma icrasının gerçekleşebilmesi için artık her iki tarafın da (birlikte) rızasının aranmayacak olmasıdır. Bu açıdan bakıldığında, yeni düzenlemede taraflardan birinin talebi bu imkandan yararlanmak için yeterli sayılacak ve bu talep üzerine, talep eden tarafın ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla bulunduğu yerden duruşmaya katılmasına ve usul işlemleri yapabilmesine karar verilmesi mümkün olabilecektir. Kanaatimce talebin yazılı olarak yapılması veya duruşma sırasında bir sonraki duruşmanın ses ve görüntü nakli yoluyla başka yerde icrası isteniyorsa bu talebin tutanağa geçirilmesi ve talep sahibine imza ettirilmesi gerekir.

Hemen işaret edelim ki, HMK m.149'daki imkanın işletilebilmesi için, taraflardan en az birinin talepte bulunması yeterli değildir; talep üzerine **bu kararı mutlaka hâkim verecektir**. Duruşmanın ses ve görüntü nakli yoluyla yapılmasının diğer tarafın haklarına zarar verebileceği ve ana kuraldan (yani taraflar ve davada dinlenecek olan kişilerin bizzat hazır bulunarak fiziki ortamda duruşma

---

süresi, hazır bulunanlar ve varsa sunulan deliller gibi hususlar belirtilir. /(6) Elektronik ortamdaki tutanak aynen, fizikî olarak tutulan tutanak ise taranıp, güvenli elektronik imza ile imzalanmak suretiyle dinleme talep eden makama UYAP üzerinden gönderilir. Belge asılları mahallinde saklanır. /(7) SEGBİS veya benzeri sistemlerle duruşmaya katılan tarafların beyanlarının imzalanması gerektiğinde, dinlemenin yapıldığı yer mahkemesince talepte bulunan mahkemece tutulan tutanağın bir çıktısı alınarak imzalatılır, imzalanan tutanak tekrar elektronik ortama aktarılır ve tutanağın aslı mahkemesine gönderilir. /(8) Bu maddede hüküm bulunmayan hâllerde 20/9/2011 tarihli ve 28060 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Ceza Muhakemesinde Ses ve Görüntü Bilişim Sisteminin Kullanılması Hakkında Yönetmeliğin bu Yönetmeliğe aykırı olmayan hükümleri uygulanır.".

31 Öztek/Taşpınar Ayvaz/Kale, a.g.m., s.118.

yapılmasından)(duruşmada bulunma hakkından) uzaklaşılmasına yol açacağı yönünde bazı eleştiriler ileri sürülebilse de, sonuçta duruşmaların ne zaman ses ve görüntü nakli yoluyla yapılacağına karar verecek olan merci, hâkimdir ve bu nedenle yeni düzenlemenin faydadan ziyade zarar getireceği yolunda bir ön yargıyla hareket edilmesi doğru olmaz. Kararını verirken hakim elbette iki tarafın menfaatlerini, yargılamaya hakim ilkeleri ve özellikle de hakimin delilleri kural olarak doğrudan ve tarafların katılımıyla incelemesini âmir doğrudanlık ilkesini dikkate alacaktır. Bu açıdan bakıldığında hâkim, beklenen sonucun elde edilemeyeceği kanaatine varırsa, hiç kuşkusuz, HMK m.149'daki imkanın kullanılmasına izin vermeyecektir. Diğer bir deyişle, taraflar duruşmanın ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla yapılması konusunda anlaşmış olsalar bile hakim bu anlaşmayla bağlı değildir. Hakim somut olayın özelliklerini değerlendirerek bu imkanın kullanılmasının vakıaların açıklığa kavuşturulmasında ve maddi gerçeğin ortaya çıkmasında olumsuzluk yaratıp yaratmayacağını değerlendirecektir[32].

Nitekim konuyu ele almış olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de ses ve görüntü nakli (Mahkemenin adlandırmasıyla "video konferans") yönteminin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine prensip olarak aykırı olmadığını; ama, bunun için, yöntemin uygulanmasıyla meşru bir amaç güdülmesi ve bu yöntemle delil sunumunun adil yargılanma hakkı güvencelerine uygun olması, öte yandan ses ve görüntü nakli (video konferans) yöntemi uygulanırken yeterli güvencelerin sağlanması, örneğin herkesin diğerini görmesine ve söylenenleri duymasına imkan veren bir ses ve görüntü sisteminin kurulmuş olması gerektiğini; bu yöntemin uygulanmasıyla taraflardan birinin diğeri karşısında ciddi şekilde dezavantajlı duruma düşürülmemesi lazım geldiğini vurgulamıştır[33]. Bu çerçevede, davacının veya davalının kişisel özelliklerinin, yaşam biçiminin veya kişisel davranışlarının mahkeme kararının oluşmasında önem arz ettiği medeni hak ve yükümlülüklere ilişkin bazı davalarda, duruşmada hazır bulunma hakkı, uyulması zorunlu bir hak olarak karşımıza çıkabilir[34].

Bu açıdan bakıldığında, mahkemelere tanınmış olan bu takdir yetkisi yöntemin uygulanma frekansını azaltabilir (hakim bu konuda

---

[32] Bu yönde: Kale, Serdar, "Ses ve Görüntü Nakledilmesi Yoluyla Duruşma İcrası (HMK m.149)", Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi, C.9, S.25, 2013/2, s.141 vd., özellikle s.147. Bu açıdan bakıldığında, Pekcanıtez/Atalay/Özekes'in Lexpera Blog'da 30/03/2020 tarihinde yayımlanan ve 7251 sayılı Kanuna ilişkin Kanun Teklifini değerlendiren eleştirel yazılarında ileri sürdükleri; "*Neden uzaktan yapılmasını isteyen tarafın isteği doğrultusunda hareket edilmekte de, doğrudan yapılmasını isteyenin iradesi yok sayılmaktadır? Bu usûlî eşitlik ilkesine aykırıdır*." şeklindeki eleştiri doğrulanmamaktadır.

[33] İnceoğlu, a.g.e., s.148 vd.

[34] İnceoğlu, a.g.e., s.150.

isteksiz davranabilir); ama, diğer taraftan, karşı karşıya bulunduğumuz salgın hastalık ortamı yönteme rağbeti hiç kuşkusuz arttıracaktır. Bu çerçevede özellikle coğrafi uzaklık belirleyici bir unsur olabilir. Örneğin dava İstanbul'da görülmekte, tanık ise Adana'da oturmakta veya ticari faaliyetini orada sürdürmekte ise, hakim talebi kabul etmeye daha yatkın olacaktır. Keza salgın süresince de hakim ses ve görüntü nakli yolu ile başka yerden duruşma icrasını hiç kuşkusuz bulaş karşısında önemli bir araç olarak telakki edecektir.

HMK m.149'un sağladığı imkanın temelinde usul ekonomisi ilkesinin bulunduğu ve taraflar ya da davada dinlenecek diğer kişilerin davaya bakan mahkemeye gelerek kural olarak mahkeme salonunda yapılması gereken duruşmada bizzat hazır bulunmadan ses ve görüntü nakli yoluyla duruşmaya katılmalarının mümkün kılınmasının bu ilkenin bir gereği olduğu da söylenebilir[35]. Bu açıdan bakıldığında, öğretide ses ve görüntü nakli yoluyla duruşma icrasının sözlülük ilkesine de aykırı olmadığına, bilakis bu ilkeyi pekiştirdiğine işaret edildiğini belirtmek gerekir[36]. Keza bu teknolojik imkanın aleniyet ilkesini ihlal ettiğinden de söz edilememesi gerekir. Çünkü hakim, süreci davanın görüldüğü mahkemeden yöneteceği için herkes mahkeme salonuna girerek duruşmayı izleyebilir. Diğer bir deyişle, "*Duruşmanın ses ve görüntü nakli yoluyla yapılması, dileyen kişilerin mahkeme salonuna giderek duruşmayı izleyebilmesine engel değildir ve e-duruşmaya ilişkin hüküm de bu şekilde yorumlanmamalıdır*."[37].

HMK m.149'un 2.fıkrasına göre, mahkeme; tanıkların, bilirkişilerin, uzmanların da aynı anda ses ve görüntü nakli yoluyla bulundukları yerden duruşmalara katılmalarına (dinlenilmelerine) izin verebilir. İlk fıkradan farklı olarak, burada, taraflardan birinin bu yönde bir talebi olabileceği gibi, hâkim de **re'sen** tanıkların, bilirkişilerin, uzmanların ses ve görüntü nakli yoluyla dinlenmelerine karar verebilir. Oysa, 2.fıkranın eski metninde hâkimin bu şekilde resen duruşma icrasına karar verme yetkisi bulunmamaktaydı. Ama *sırf* (sadece) tanığın veya bilirkişinin ya da uzmanın talebiyle HMK m.149'un harekete geçirilmesi ve bu kişilerin bulundukları yerden dinlenebilmeleri mümkün olmamak gerekir[38].

---

35 Bu yönde: Kale, a.g.m., s.143.

36 Kale, a.g.m., s.144.

37 Mıdık, Barış, "Medeni Yargıda e-Duruşma Pilot Uygulaması ve Yargının Elektronik Dönüşümü Üzerine Bazı Düşünceler", Lexpera Blog, Çevrimiçi, e.t. 23/09/2020. Yazar bu incelemesinde ses ve görüntü nakli yoluyla duruşma yapılmasının hak arama özgürlüğünün ve hukukî dinlenilme hakkının kullanılmasını kolaylaştırmaya olan katkısı hakkında da bilgi vermektedir. Ses ve görüntülü bilişim sisteminin medeni usul hukukuna hakim ilkelerle ilişkisi hakkında etraflı bilgi için bkz. Aktoğ Özel, Aydan, Medeni Usul Hukukunda Sesli ve Görüntülü Bilişim Sistemi, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, Ankara, 2019, s.43 vd.

38 Kale, a.g.m., s.148.

Fakat böyle bir talep ilgili tarafça benimsenerek bu kişilerin ses ve görüntü nakli yoluyla dinlenmeleri için mahkemeye başvuruda bulunulabilir ya da ilgili tarafın bu yönde bir başvurusu mevcut olmasa bile mahkeme bu talebi haklı ve yerinde görerek re'sen HMK m.149'un uygulanmasına karar verebilir.

HMK m.149'un sağladığı imkandan yararlanılarak bulundukları yerden dinlenecek olan (bilirkişi, tanık, uzman gibi) bu kişilerin rızasının alınmasına gerek olup olmadığı tartışmalıdır. Öğretide bazı yazarlar, sesi ve görüntüsü nakledilecek olan bu kişilerin rızanın bulunması gerektiği görüşündedir[39]. Öğretide bu konuda bir ayrım yapılmakta ve bilirkişi, tanık, uzman ve benzeri diğer kişilerin ses ve görüntü nakli yoluyla (sadece) dinlenmelerine karar verilebilmesi için bu kişilerin buna muvafakat etmelerine gerek bulunmadığına; buna mukabil, ses ve görüntülerinin rızaları dışında kayda alınmasının onların kişilik haklarına zarar verip vermeyeceği (halbuki bkz.HMK m.153 ve biraz aşağıdaki açıklamalarımız) hususunun tartışmalı bir konu olduğuna işaret edilmektedir[40].

Fer'i müdahilin de ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla bulunduğu yerden duruşmaya katılması mümkün olmalıdır. Ancak, bunun için, onun yanında yanında katıldığı tarafın itiraz etmemesi gerekir[41].

Öte yandan şu hususa da işaret etmek gerekir ki, ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla duruşma icrası sadece tahkikat duruşmalarında değil, ön inceleme ve sözlü yargılama ile hüküm aşamasında da uygulanabilir. Ayrıca bu yöntemin bölge adliye mahkemesi ve HMK m.369, f.2 ile sınırlı olarak Yargıtay nezdinde de uygulanması mümkündür[42].

Ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla duruşma icrasına ilişkin masraflara kimin katlanacağına gelince; bu yönteme başvurulması için talepte bulunan tarafın, bunun yarattığı masrafları karşılaması ve HMK m.323, f.1, b.(h) kapsamında "*diğer giderler*" olarak mütalaa edilebilecek bu masrafların davanın sonunda HMK m.326 uyarınca davayı kaybeden tarafa yüklenmesi gerektiği söylenebilir[43].

Her iki fıkra bakımından temel sorun, sesi ve görüntüsüyle duruşmaya katılacak olanların "*bulundukları yer*" ibaresiyle neyin kastedildiğidir. Maddede bu konuda maalesef bir açıklık

---

39 Umar, Bilge, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, 2. Baskı, s.462; Kale, a.g.m., s.148.

40 Aktoğ Özel, a.g.e., s.21-22.

41 Kale, a.g.m., s.145.

42 Karş. Yılmaz, Ejder, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, C. 3, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, 4. Baskı, s. 3067.

43 Kale, a.g.m., s.153. Umar (s.463) daha değişik düşünmektedir.

bulunmamaktadır. Akla gelen ilk düşünce, sesin ve görüntünün mutlaka bir başka mahkeme salonundan veya adliyede bu iş için özel olarak ayrılmış yerlerden (odalardan) veya yerel baro binasındaki özel bir odadan iletilmesidir. Bu açıdan bakıldığında resmi herhangi bir dairenin –varsa- donanımının kullanılması da düşünülebilir.

Bölge Adliye ve Adlî Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Cumhuriyet Başsavcılıkları İdarî ve Yazı İşleri Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmelik m.218 ve *Ceza Muhakemesinde Ses ve Görüntü Bilişim Sisteminin Kullanılması Hakkında Yönetmelik*'te sesin ve görüntünün nereden nakledileceği konusunda açık ifadeler bulunmamakla birlikte, ceza yargılamasında SEGBİS sistemi başka bir mahkeme salonu veya cezaevleri SEGBİS odaları kullanılmak suretiyle gerçekleştirilmektedir.

Öğretide bazı yazarlar, hukuk yargılaması bakımından sesin ve görüntünün muhakkak bir başka mahkeme salonundan veya adliyede buna ilişkin yerlerden iletilmesine gerek bulunmadığını; maddenin verdiği imkanın etkin bir şekilde kullanılabilmesini sağlamak için adliyeler dışında başkaca yerlerin de kullanılmasıyla duruşmalara katılımın sağlanmasının mümkün olduğunu kabul etmektedir[44]. Bu yazarlara göre, örneğin avukatların yazıhanelerinden (bürolarından), bilirkişilerin çalıştıkları yerlerden ve hatta evlerinden duruşmalara katılmaları mümkün olmalıdır.

Bu görüş uygulamanın tehlikeli bir kulvara girmesine, çeşitli güvenlik sorunlarının ve suistimallerin ortaya çıkmasına yol açabilir[45].

Nitekim, özellikle sesin ve görüntünün aktarım (iletim) güvenliği dikkate alındığında, kanaatimce, bu hususta, sınırlı bir seçenek yelpazesi öngörmeli; ses ve görüntü naklinin en fazla avukatın yazıhanesinden (bürosundan) yapılabilmesine izin verilmelidir.

Her halükarda, bu imkan vesilesiyle dikkat edilmesi gereken ilk önemli husus, biraz sonra da değineceğimiz gibi, muhtemel suistimal, tehdit ve şantaj şüphelerine yol açmamak için, kullanılan kameranın, sesin ve görüntünün aktarıldığı odaya bütün açılardan hâkim olacak bir veya birkaç noktaya konuşlandırılmasının gerekli olmasıdır.

Bu bağlamda ayrıca HMK m.149 ile kayıt ve yayın yasağına ilişkin m.153'ün birbiriyle bağdaştırılmasına özel dikkat sarfedilmesi gerekir. Bilindiği gibi HMK m.153'e göre, duruşma sırasında fotoğraf çekilemez ve hiçbir şekilde ses ve görüntü kaydı yapılamaz. Ancak, dava dosyasında saklı kalmak kaydıyla, yargılamanın zorunlu kıldığı hâllerde, mahkemece çekim yapılabilir ve kayıt alınabilir[46]. Bu takdirde, yapılan

---

44 Öztek/Taşpınar/Ayvaz, a.g.m., s.120; Kale, a.g.m., s.150.

45 Mıdık da aynı görüştedir.

46 Fransız hukukunda duruşmaları filme almak ya da sadece ses kaydını yapmak ve bilahare yayınlamak mutlak olarak yasak iken, 1985 yılında, 11 Temmuz 1985 tarih ve 85-699 sayılı Kanunla, ünlü nazi soykırım canisi Klaus Barbie'nin yargılaması

çekim ve kayıtlar ile kişilik haklarını ilgilendiren konuları içeren dava dosyası içindeki her türlü belge ve tutanak, mahkemenin ve ilgili kişilerin açık izni olmadıkça hiçbir yerde yayımlanamaz. Bu kurala aykırılık hem disiplin sorumluluğuna ve hem de cezai sorumluluğa yol açar. Şu halde, duruşmanın ses ve görüntü nakli yoluyla yapılması halinde taraflar veya üçüncü kişiler ile mahkeme, nakledilen ses ve görüntüyü kayıt altına alamazlar. Bu kuralın bir tek istisnası vardır ve o da, yargılamanın zorunlu kıldığı bir halin mevcudiyetidir. Böyle bir durumda kaydın yapılabilmesi için mahkemenin ses ve görüntünün kayıt altına alınması için karar alması ve kaydı da sadece kendisinin yapması gerekir. Demek ki, duruşmaya ses ve görüntü nakli yoluyla katılan tarafın ya da üçüncü kişilerin kayıt yapması hukuka aykırıdır. Tabii bu hususun denetlenmesi son derece zordur ve bu da bize duruşmanın her yerde icrasının sakıncalı olduğunu, ses ve görüntü nakliyle duruşma yapılacak alanın bu konularda denetim yapmaya elverişli olması gerektiğini[47] bir kere daha göstermektedir.

İkinci olarak, ses ve görüntü nakli hangi mekandan yapılırsa yapılsın, ses ve görüntünün nitelikli bir şekilde mahkemeye aktarılmasını sağlayacak teknolojik yöntemlerin seçilmesi gerekir[48]. Bu çerçevede, özellikle avukat yazıhanelerinin (bürolarının) belirlenecek şartları taşıyıp taşımadıklarının ilgili yerel baro tarafından denetlenerek ancak gerekli önlemleri almış olan avukatlık bürolarına izin verilmesi ve yapılan (periyodik) kontrollerde şartların kaybedildiğinin anlaşılması halinde de bu iznin yine ilgili yerel baro tarafından iptal edilmesi düşünülebilir. Şu hususa işaret edelim ki, bu konuda mikrofonun sabit mi olacağı, yoksa el mikrofonu mu kullanılacağı konusunun bile önem arz ettiğine; ancak gerekli testler yapıldıktan sonra bu yöntemlerden birinin veya diğerinin tercih edilmesinin söz konusu olabileceğine işaret

---

vesilesiyle bir kanun çıkarılarak adaletin tarihsel arşivini oluşturmada önem arz eden duruşmaların, yayınlanmaları ancak elli yıl sonra tamamen serbest olmak kaydıyla, ses ve görüntü kaydının yapılmasına istisnaen izin verilmiştir. Fransız Adalet Bakanı 2020 yılının sonuna doğru, duruşmaların görsel medyada naklen veya gecikmeli olarak yayınlanmasına izin vermek yönünde teşebbüste bulunmuştur. Belirtmek gerekir ki, bu teşebbüs ciddi eleştirilere maruz kalmış ve bu çerçevede, diğer birçok sakıncanın yanında, masumiyet karinesine, özel hayatın korunmasına, resim üzerindeki haklara ve özellikle unutulma hakkına saygının bundan büyük yara alacağı, ayrıca bir adalet–show'a yol açılarak bütün adalet mekanizmasının bundan büyük zarar göreceği ileri sürülmüştür. Belirtelim ki, İspanya'da, günümüzde, aleni bir yargılamanın ses ve görüntüyü kaydetmeye yarayan özel araçlarla sabitlenmesi ve sonra da internette veya diğer herhangi bir medya mecrasında yayınlanması hukuken mümkündür; etraflı bilgi için bkz. Garre, Miguel, "*Captation vidéo des audiences en Espagne et droit à l'oubli: forces et faiblesses de l'acte électronique*", (http://www.adij.fr/ donneespersonnelles/wp-content/uploads/2015/01/1501-Vistas.pdf), Revue Lamy droit de l'immatériel, 2013/100, no: 3337.

47 Mıdık da bu konudaki endişelerini dile getirmektedir.

48 Öztek/Taşpınar Ayvaz/Kale, a.g.m., s.121.

edilmektedir[49]. Aynı güçlük kameralar bakımından da geçerlidir. Teknik olarak ve katılımcıların yerleşim durumu itibariyle kameranın duruşmaya katılanların hepsini görmeye imkan verecek şekilde konuşlandırılması lazımdır; bunu sağlamak için gerekirse birden fazla kamera kullanılmalıdır. Bağlantının ne zaman yapılması gerektiği de ayrı bir sorundur: Katılımcılar duruşmanın yapılacağı salonda yerlerini almadan önce mi, yoksa katılımcılar yerlerini aldıktan sonra mı? Bu bağlamda bağlantının duruşmanın icra edileceği yerde herkes yerini aldıktan sonra yapılmasının daha uygun olduğu, bağlantının yapılmasının duruşmanın açılmasına denk düştüğü belirtilmektedir[50]. Ses ve/veya görüntü bağlantısı kesildiği ya da kalitesini önemli ölçüde kaybettiği takdirde duruşmaya ara verilmeli ve yeni bir bağlantı kurma teşebbüsünde bulunulmalıdır. Başarılı olunamadığı takdirde artık yeni bir duruşma günü belirlenmelidir[51].

Üçüncü olarak, mahkeme dışında başka bir yerden ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla duruşma icrasına imkan verildiğinde, bu sırada yapılan işlemlerin tutanağa nasıl geçirileceği ve hakimin katılımı olmaksızın düzenlenen bir tutanağın ispat gücünün ne olacağı sorusu karşımıza çıkmaktadır. Burada bir çıkış yolu olarak, dinlenen kimselerin beyanlarının asıl davaya bakan mahkeme tarafından tutanağa geçirilmesi ve örneğin bir tanık söz konusu olduğunda ise imzasının (bkz. HMK m.261, f.5) daha sonra hakim huzurunda attırılması önerilmektedir[52]. Bu konuda *Bölge Adliye ve Adlî Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Cumhuriyet Başsavcılıkları İdarî Ve Yazı İşleri Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmelik*' in 218.maddesinin şu fıkraları hükümlerini belirtmek gerekir:

"*(4) SEGBİS veya benzeri sistemlerle elde edilen ses ve görüntü verileri de 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 199 uncu maddesine göre elektronik belge hükmündedir.*

(5) Kimlik tespiti ve dinleme işleminin yapıldığına dair UYAP Bilişim Sisteminde veya zorunluluk nedeniyle haricen tutulan tutanak, dinleme işlemi sırasında hazır bulunan tüm ilgililerce duruma göre güvenli elektronik imza ya da el ürünü imza ile imzalanır. Tutanakta, dinlenenlerin ad ve soyadları, dinlemenin başlangıç ve bitiş zamanı, dinlemenin süresi, hazır bulunanlar ve varsa sunulan deliller gibi hususlar belirtilir.

(6) Elektronik ortamdaki tutanak aynen, fizikî olarak tutulan tutanak ise taranıp, güvenli elektronik imza ile imzalanmak suretiyle dinleme talep eden makama UYAP üzerinden gönderilir. Belge asılları mahallinde saklanır.

---

49 Bohnet, François/Mariot, Sandra, "La vidéoconférence et le projet de révision du CPC", Revue suisse de procédure civile, 2020, s.179 vd., özellikle s.189.

50 Bohnet/Mariot, a.g.m., s.190.

51 Bohnet/Mariot, a.g.m., s.191-192.

52 Kale, a.g.m., s.151-152.

(7) SEGBİS veya benzeri sistemlerle duruşmaya katılan tarafların beyanlarının imzalanması gerektiğinde, dinlemenin yapıldığı yer mahkemesince talepte bulunan mahkemece tutulan tutanağın bir çıktısı alınarak imzalatılır, imzalanan tutanak tekrar elektronik ortama aktarılır ve tutanağın aslı mahkemesine gönderilir.".

Öğretide, ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla duruşmaya katılacak olanların "*bulundukları yer*" ibaresinin, hukuk davalarında uluslararası karşılıklı adli yardımlaşma çerçevesinde yurt dışını da kapsadığı ileri sürülmektedir[53]. Bu konuda İsviçreli yazarlar da aynı görüştedir[54].

Belirtilmesi gereken bir başka nokta, sesin veya görüntünün münferit olarak aktarılması suretiyle duruşmanın icrasının madde kapsamında mümkün olmadığıdır. Yani sadece ses veya sadece görüntü aktarımı yoluyla bu madde işletilemeyecektir[55].

Vurgulanması gereken bir diğer husus da, maddenin hem duruşma yapılmasından ve hem de duruşma sözcüğünü hiç kullanmadan "*dinlenilme*"den bahsetmesine rağmen, tarafların veya diğer kişilerin duruşma dışında "*dinlenilmesi*" mümkün olmamak gerekir. Tarafların ve diğer kişilerin "*dinlenilmesinin*" kural olarak ancak duruşmada mümkün olması aleniyet ve doğrudanlık ilkelerinin bir gereğidir ve bu gerek ayrıca tarafların dinlenmesi, tarafların isticvabı, tanık, bilirkişi ve uzman görüşü hakkındaki HMK düzenlemelerinde öngörülen duruşma ve mahkemeye çağırılma zorunluluğundan da anlaşılmaktadır[56]. Özellikle İsviçre öğretisinde ses ve görüntü nakli yoluyla (*vidéoconférence*; video-konferans) duruşma icrasının ancak hakimin bu prosedürün her aşamasında fiziken hazır bulunması kaydıyla adil yargılanma hakkına aykırı olmadığı kabul edilmektedir[57].

İşaret edilmesi gereken bir başka husus ise, tarafların her ikisi de duruşmaya ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla bulundukları yerden katılmakta ise, asıl davanın görüldüğü mahkemede sadece (ama mutlaka) hakim ve zabıt katibinin bulunmaları (hazır olmaları) gerektiğidir. Duruşma günü taraflardan biri asıl davaya bakan mahkemede hazır iken, onun vekilinin ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla duruşmaya katılması mümkündür. Taraf ve vekilinin duruşmaya farklı yerlerden katılmalarında da bir engel bulunmamaktadır[58].

7251 sayılı Kanunla değişik 149.maddenin 3.fıkrasında, mahkemenin, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri

---

53 Yılmaz, a.g.e., s.3067.

54 Bohnet/Mariot, a.g.m., s.188.

55 Öztek/Taşpınar Ayvaz/Kale, a.g.m., s.121; Kale, a.g.m., s.145.

56 Budak/Karaaslan, a.g.m., s.15 vd., özellikle s.21.

57 Bohnet/Mariot, a.g.m., s.184-185.

58 Kale, a.g.m., s.145.

dava ve işlerde ilgilileri, aynı anda ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla bulundukları yerden dinlemeye re'sen karar verebileceği hususu düzenlenmiştir. Hiç kuşkusuz, mahkemenin tarafların veya ilgililerin talebiyle de bu konuda karar vermesi mümkündür.

Ses ve görüntü nakli yoluyla duruşmaların icrası ilk defa HMK ile hukuk hayatımıza girmiş önemli bir (teknolojik) imkandır. Ancak, HMK'nın uygulandığı yaklaşık on yıla yakın bir süre bu imkanın hayata geçirilebilmesi maalesef mümkün olmamış; hukuk yargılamalarında neredeyse hiç uygulaması olmamış, maddeden beklenen fayda gerçekleşmemiştir. Alt yapı yetersizliği ve düzenleme eksikliği bir tarafa, maddenin işlememesinin en önemli nedenlerinden biri, (eski) hükümde yer alan ve her iki tarafın da ses ve görüntü nakli yoluyla duruşmaların icrasına rıza göstermesine yönelik olan zorunluluktur[59]. Yapılan **değişiklikle sadece bir tarafın talebi ve mahkemenin de onayı ile duruşmaların ses ve görüntü nakli yoluyla yapılmasına imkan sağlanmıştır**; böylece maddeden beklenen faydanın gerçekleşeceği düşünülmektedir. Yalnız, amacın hasıl olması için, maddede öngörülen yönetmeliğin yürürlüğe konulması ve **yönetmelik hazırlanırken de çok dikkatli davranılması**, mutlaka ilgili çevrelerin görüşünün alınması gerekmektedir[60].

7251 sayılı Kanunla m.149'a eklenen 4.fıkrayla, fiili engel veya güvenlik sebebiyle duruşmanın il sınırları içinde başka bir yerde yapılabilmesi mümkün kılınmaktadır; yalnız bunun için, yargı çevresinde bulunulan bölge adliye mahkemesi adalet komisyonunun uygun görüşünün alınması lazımdır. Madde gerekçesinde neden böyle bir fıkraya ihtiyaç duyulduğuna ilişkin bir açıklama bulunmamaktadır. Kararı, dosyayı inceleyen mahkeme verecektir. Duruşmanın başka yerde yapılmasıyla kast edilen, yine başka bir mahkemenin duruşma salonu olmalıdır. Bunun aksini, yani duruşmanın mahkeme salonu dışında bir yerde icra edilebilmesini düşünmek mümkün değildir[61]. Kanuna göre, duruşmanın başka bir yerde icra edilmesinin sebebi, fiili engel veya güvenliktir. Ama bu sebeplerin yeterince somut sebepler olmadığı ve bu konudaki takdir yetkisinin çok dikkatli ve temkinli bir şekilde kullanılması gerektiği söylenmelidir. Fıkranın, tabii hâkim ilkesini ihlal potansiyelini de bünyesinde barındırdığı aşikârdır[62]. Görülüyor ki, HMK m.149'a eklenen 4.fıkra uygulamada bazı hukuki sıkıntılar yaratabilir.

Ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla duruşma icrası konusunda İsviçre Medeni Usul Kanununda bir hüküm bulunmamaktadır. Fakat özellikle bütün dünyayı ve bu arada İsviçre'yi de ciddi olarak etkileyen

---

59 Öztek/Taşpınar Ayvaz/Kale, a.g.m., s.121.

60 Yönetmelik hazırlıklarının tamamlanma aşamasında olduğu anlaşılmaktadır.

61 Öztek/Taşpınar Ayvaz/Kale, a.g.m., s.121.

62 Öztek/Taşpınar Ayvaz/Kale, a.g.m., s.121.

pandemi nedeniyle bu konu birdenbire önem kazanmış ve İsviçre Medeni Usul Kanununun (CPC) değiştirilmesine ilişkin 26 Şubat 2020 tarihli Tasarı'da[63] bazı adli işlemlerin ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla yapılması yönünde, içeriği bakımından tartışmalara yol açan bir hükme yer verilmiştir.Tasarı'ya eklenen ve "*Video-konferans yoluyla dinleme*" başlığını taşıyan m.170a'ya göre; "*Mahkeme bir tanığın ifadesine video-konferans veya benzer teknikler ile başvurabilir. Tanığın dinlenmesi görsel-işitsel bir araç ile kayıt altına alınır.*".

İsviçre Tasarı'sı, video-konferansın uygulama alanını yalnızca tanığın dinlenilmesi ile sınırlı tutmamıştır. Şöyle ki, bilirkişi raporunun sunulması hakkındaki CPC m.187/1 ile isticvap ve tarafların dinlenilmesine ilişkin CPC m.193'de de yukarıdaki düzenlemeye atıf yapılarak video-konferans imkanından buralarda da yararlanılması mümkün kılınmıştır. Bunun nedenlerinden biri de uluslararası alanda gelişme sağlanmasıdır.

Madde, mahkemeye bu konuda bir takdir yetkisi tanımaktadır[64]. Ayrıca kantonlar da bu yola başvurulmasına imkân tanıyıp tanımama konusunda serbesttirler[65]. Bu durum da, öğretide, kantonlar arasında önemli ölçüde farklı uygulamalara sebep olabileceği gerekçesiyle eleştirilmektedir[66]. Keza öğretide, uygulama birliğinin sağlanması amacıyla, video-konferansa ilişkin teknik özelliklerin (kamera ve mikrofonların yerleşimi, asgari bağlantı hızı, verilerin korunması, bağlantı sorunlarında uygulanacak sonuçlar vb. hususların) federal nitelikte bir yasal düzenleme ile belirlenmesinin uygun olacağı belirtilmektedir[67].

Tanıklıkta, CPC m.176, f.1 uyarınca ifadelerin önemli noktaları tutanağa geçirildikten sonra tanık tarafından okunacak ve imzalanacaktır. Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre ise, tanık beyanlarının manyetik teyp bandına depolanması veya video kaydının yapılması ya da uygun diğer her türlü araçla kayıt altına alınması mümkün olup, üçüncü fıkraya göre, tanığın ifadesinin bu şekilde teknik yollarla kayıt altına alınması hâlinde mahkeme veya naip hâkim,

---

63 Tasarı'nın tam metni için bkz. https://www.admin.ch/opc/fr/federal-gazette/2020/2693.pdf.

64 Mahkemenin bu kararına karşı, telafisi zor bir zarara yol açabilecekse itiraz *(recours,Beschwerde)* yoluna başvurulabilecektir. Bkz. Bohnet/Mariot, a.g.m., s.183; Vouilloz, François, *Petit Commentaire CPC*, Editions Helbing Lichtenhahn, Basel 2020, art.170 no:13.

65 *Message relatif à la modification du code de procédure civile suisse (Amélioration de la praticabilité et de l'application du droit)*, FF 2020, s.2612 vd., özellikle s.2656.

66 Bohnet, François/Schaller, Julitte "Projet 2020 de révision du Code de procédure civile, plaidoyer pour la jurisprudence", Semaine judiciaire (SJ) 2020 II, s.189 vd., özellikle s.214.

67 Bohnet/Mariot, a.g.m., s.190.

tutanağı tanığa okumaktan veya onun okumasına ve imzasına sunmaktan imtina edebilecektir. Bu durumda kayıtlar dosyaya konulacak ve tutanak ile birlikte muhafaza edilecektir.

Tasarı ile, CPC m.176, f.3 ilga edilerek, burada yer alan hüküm bazı değişikliklerle CPC m.176a'da ayrı bir madde hâline getirilmiştir. Bu maddeye göre duruşmalar sırasında tanık ifadeleri teknik araçlarla kayıt altına alınmışsa üç kural uygulanacaktır. İlk olarak, bu durumda tutanak, kayıt esas alınmak suretiyle sonradan hazırlanabilecektir. İkinci olarak, mahkeme veya naip hâkim, tutanağı tanığa okumaktan veya onun okumasına ve imzasına sunmaktan imtina edebilecektir. Son olarak ise alınan kayıt dosyaya konulacaktır.

Tasarı ile getirilen en önemli değişiklik, tutanağın aynı duruşmada tutulma zorunluluğunun kaldırılarak, kayıt esas alınmak suretiyle sonradan hazırlanmasına imkân sağlanmasıdır.

Ülke farkı gözetmeden herkesi kasıp kavuran salgın hastalık nedeniyle süratle dijitalleşen ve artık bu dijitalleşmenin verdiği alışkanlıkları terk etmesi pek mümkün görülmeyen dünyada ses ve görüntü nakli yoluyla başka yerden duruşma icrasına imkan vermek kaçınılmaz bir hal almıştır. Medeni usul hukukumuzda kanun koyucu daha 2011 yılında Hukuk Muhakemeleri Kanununu sevkederken bu dönüşümü görmüş, 2020 yılında da, 7251 sayılı Kanunla, mevzuatında birçok Batı ülkesinde henüz öngörülmeyen önemli değişiklikler yaparak ortaya çıkabilecek güçlükleri belli bir süre için göğüsleyebilecek duruma gelmiştir. Ancak, yüz yüze yargılamaya dayanan geleneksel uyuşmazlık çözüm yollarının ve bu yolları düzenleyen medeni usul mevzuatının yetersizliği vurgulanarak yeni dijital dönemin ihtiyaçlarını karşılamak için çevrimiçi uyuşmazlık çözüm mekanizmaları olarak adlandırılan ve teknoloji kullanımına dayanan yeni bir yargılama usulünün (*online dispute resolution*-ODR) doğuşuna ve gelişimine tanıklık edilen bir dönemde, ülkemiz bakımından salt bu değişikliklerin bir süre sonra yetersiz kalacağı açıktır. Bu çerçevede, medeni usul hukukunun başka hangi alanlarında değişiklikler yapılması gerektiğini bize zaman gösterecektir. Konu hakkında Avrupa Birliği'nin de çalışmaları bulunduğu ve bu çalışmaların dikkat ve ilgi ile takip edilmesi gerektiği önemle vurgulanmalıdır.

KAYNAKÇA

Aktoğ Özel, Aydan, Medeni Usul Hukukunda Sesli ve Görüntülü Bilişim Sistemi, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, Ankara, 2019.

Bohnet, François/Mariot, Sandra, "La vidéoconférence et le projet de révision du CPC", Revue suisse de procédure civile, 2020, ss. 179-194.

Bohnet, François/Schaller, Julitte "Projet 2020 de révision du Code de procédure civile, plaidoyer pour la jurisprudence", Semaine judiciaire (SJ) 2020 II, ss. 189-226.

Budak Ali Cem/Karaaslan, Varol, "7251 Sayılı Kanunla Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler", İstanbul Barosu Dergisi, Eylül-Ekim 2020, ss. 15-50.

Cadiet, Loic/Jeuland, Emmanuel, *Droit judiciaire privé*, 5e Edition, Editions Litec, Paris, 2006.

Code de Procédure civile commenté, Helbing Lichtenhahn, Bàle 2011, Jacques Haldy

Garre, Miguel, "Captation vidéo des audiences en Espagne et droit à l'oubli: forces et faiblesses de l'acte électronique", Revue Lamy droit de l'immatériel, 2013/100 (http:// www.adij.fr/donneespersonnelles/wp-content/uploads/2015/01/1501-Vistas.pdf),.

Hoffmann, David/Lüscher, Christian, *Le Code de procédure civile*, 2e édition, Stampfli Editions, Berne, 2015.

İnceoğlu, Sibel, *Adil Yargılanma Hakkı*, Avrupa Konseyi Ankara Program Ofisi, Ankara 2018.

Kale, Serdar, "Ses ve Görüntü Nakledilmesi Yoluyla Duruşma İcrası (HMK m.149)", Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi, C. 9, S. 25, 2013/2, ss. 141-155.

Kurt Konca, Nesibe, *Medeni Usul Hukukunda Aleniyet İlkesi*, Adalet Yayınları, Ankara, 2009.

Mıdık, Barış, "Medeni Yargıda e-Duruşma Pilot Uygulaması ve Yargının Elektronik Dönüşümü Üzerine Bazı Düşünceler", Lexpera Blog, Çevrimiçi, e.t. 23/09/2020.

Özekes, Muhammet, *Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003.

Öztek Selçuk/Taşpınar Ayvaz, Sema/Kale, Serdar, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında 20 Mart 2020 Tarihli Kanun Teklifi'ne İlişkin Bazı Açıklamalar ve Kanun

Teklifinin Değerlendirilmesi", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 149, Y. 33, Temmuz-Ağustos 2020, ss. 77-152.

Pekcanıtez, Hakan, "Medeni Usul Hukukunda Aleniyet İlkesi", Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, İzmir Barosu Yayını, İzmir, 2000, ss. 408-427.

Pekcanıtez. Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifinin (2020) Değerlendirilmesi", Lexpera Blog, Çevrimiçi, e.t. 30/03/2020.

Tanrıver, Süha, *Medeni Usul Hukuku*, C. I, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, 3.Bası.

Umar, Bilge, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, 2.Baskı.

Vouilloz, François, *Petit Commentaire CPC*, Editions Helbing Lichtenhahn, Basel, 2020.

Yılmaz, Ejder, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, C. 3, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, 4. Baskı.

İNSAN HAKKI OLARAK, DİN ve VİCDAN ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SOSYOLOJİK ve FELSEFİ GELİŞİMİ: TARIHI SÜREÇTE DIN VE VICDAN ÖZGÜRLÜĞÜNE İLIŞKIN ORTAYA ÇIKAN MODELLER*

Dr. Muhterem DILBIRLIĞI**

Özet: Hristiyanlık din olarak gelmiş ve ilk ortaya çıktığı andan itibaren iktidar ile mücadele içerisinde olmuştur. İnsanların yeni dine inanması iktidar güçleri tarafından hoş karşılanmamıştır. Yeni dinin kurumsallaşması ve kilisesinin kurulmasıyla, Hristiyanlar kendilerini daha güçlü ifade edebilme imkânı bulmuşlar ve güçlenmişlerdir. Hristiyanlık, devlet dini olmayı başarmış ve büyük Roma Katolik kilisesi ortaya çıkmıştır.

Hristiyanlığın devlet dini olması ve güçlenmesi, dini bir anda toplumda her şeyin merkezine oturtmuştur. Din ve devlet arasındaki mücadele boyut değiştirerek, Kilise ve devlet gibi iki kurumsal yapı arasında yaşanmaya başlamıştır.

Fransız ihtilali sonrası Avrupa'da başlayan anayasacılık hareketleri, başta din ve vicdan özgürlüğü olmak üzere, temel haklar ve özgürlükler tartışılmasına sebep. Her ülke, hem Reform dönemini ve sonrasında yaşanan dönemi farklı tecrübelerle yaşamıştır. Anayasacılık hareketlerinde bu tecrübenin etkisi büyük ölçüde hissedilen Fransa ve Almanya'da din ve vicdan özgürlüğü alanında kendi modelini oluşturmuştur.

Anahtar Kelimeler: Anayasa, Din Özgürlüğü, Vicdan Özgürlüğü, Laiklik, Ayrılık Modeli, İşbirliği Modeli, Almanya, Avrupa, İnsan Hakları.

Abstract: The struggle between Christianity and political authority started as early as it was revealed. The new religion was not welcomed by the rules of the time. The new religion was spread by a handful of believers. When Christianity was embraced by the Roman Empire, it was institutionalized with the establishment of the Roman Catholic Church, turning Christianity into a state religion.

After Christianity had become a state religion, a social structure centered on the religion was created. In the new order, the nature of the struggle between the religion and the state transformed.

The constitutionalism movement, which started in Europe after the French Revolution, led to a debate as to fundamental rights and freedoms, especially freedom of religion and conscience. Each country in Europe has its own experience of the Reformation and constitutionalism. That experience, which was affected by constitutionalism to a great extent, has shaped German approach towards freedoms of religion and conscience, leading to a model specific to France and Germany.

Keywords: Constitution, Religious Freedom, Freedom of Conscience, Laicism, Germany, Europe, Secularism

* Bu makale, yazarın Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü'ne sunmuş olduğu ve başarıyla savunmuş olduğu "Avrupa'da Din ve Vicdan Özgürlüğü Bağlamında Almanya Örneği" başlıklı doktora çalışmasından üretilmiştir.

** Polis Akademisi, Güvenlik Bilimleri Enstitüsü, muhterem.dilbirligi@pa.edu.tr,

GİRİŞ

İnsanlık tarihi ile başlayan din, aynı zamanda sosyal bir olgudur. Dinin, toplumu oluşturan insanlar ve diğer toplumsal gruplar arasındaki ilişkileri, davranış kalıplarını, kültürel ve sosyal süreçleri etkilediği, sosyolojik olarak ta ortaya konmuş bir gerçekliktir. Dinin sosyoloji ve diğer sosyal bilimlerle ilişkileri ele alınırken, üzerinde en çok tartışılan konulardan biri de dinin devlet ve siyaset ile ilişkisidir. Din ve devlet ve Din-siyaset ilişkisi tartışılırken, Dinin birey ve toplumlar üzerindeki büyük etki gücü ve bu gücün, devlet kurumu da dâhil olmak üzere, bütün sosyal yapılarda yarattığı etkiler de göz ardı edilmeyecek bir gerçekliktir.[1]

Hıristiyanlığın ortaya çıkışı ve Avrupa'ya ulaşmasından sonra, Hırıstiyanlığın devlet dini olarak kabul edilmesi ile devletin yeni oluşan kilise üzerinde hâkimiyet elde etmeye çalışması, Batı Roma imparatorluğunun yıkılmasına kadar devam eder. Bu süreçte kilise de toplum da güçlenir. Batı Roma İmparatorluğu'nun yıkılmasından sonra başlayan 'Kavimler Göçü' devlet kilise ilişkisinde, kilisenin güçlenmesine, Batı ve Orta Avrupa'da, iktidarların zayıflamasına sebep olan feodal yapıların oluşması da önemli bir rol oynamaktadır.[2] Kilisenin güçlenmesi ile iktidar sahipleri arasında mücadele giderek artmıştır. Bir yandan Kilise ile iktidar sahipleri arasında mücadele sürerken, yıkılan Batı Roma İmparatorluğu yerine, dağılan Avrupa siyasi birliğini, Hrıstiyan inancı etrafında birleştirme girişimleri de yıllarca sürmüştür. Ancak, birliğin sağlanamaması ve feodalitenin doğuşu, kitleleri baskıcı feodal yapıların etrafında birleştirmek yerine, Kilise etrafında birleştirmiştir.

Burjuvazinin doğuşu ile birlikte orta çağın sonlarına doğru, bu sınıf sadece feodaliteye başkaldırmamış, aynı zamanda kiliseye karşı da bir mücadele içerisine girmiştir. Burjuva sınıfının kilise ile mücadeleye girmesi, Önce Reformasyon hareketini ortaya çıkarmış, devamında ise Avrupa'da uzun süren din savaşlarının yaşanmasına sebep olmuştur. Din savaşları 1648 Westfalya Barış Antlaşması ile son bulmuştur.

Din olgusunun sosyolojik yönüyle toplumları etkilemesi, toplumların temel özelliklerine doğrudan etki ederek, toplumların tanımlanmasında ya da iktidarın toplumla ilişki kurmasında belirleyici olmuştur. Toplumların oluşmasında, şekillenmesinde, hatta bilinçlenmesinde belirleyici bir rol üstlenen din[3], aynı zamanda düşünce hayatına da hakim olmuş, bir yandan dini esas alan düşünceler ortaya konulurken, öte yandan din ile iktidarı ayrı tutan düşüncelerin

---

1 Yaşar Salihpaşaoğlu, *Din ve Devlet Arasındaki İktidar Mücadelesi: Avrupa Örneği*, Ankara 2014, s.1.

2 Salihpaşaoğlu, s.81 vd. Kilisenin Üstünlüğünün İnşa Edilmesi.

3 Mircea Eliade, Dinin Anlamı ve Sosyal Fonksiyonu, çev: Mehmet Aydın, İstanbul 2015, s.13

şekillenmesinde de din önemli bir rol oynamıştır. Nihayetinde tarihi süreç içerisinde yaşanan bütün bu gelişmeler, modern dünyada din ve devlet ilişkilerin tasnifinde belirleyici olmuştur.

Bu çalışma da, Din ve iktidar arasındaki mücadeleler, Hıristiyanlığın ortaya çıkışından itibaren kısaca tarihi açıdan ele alınarak, din ve vicdan özgürlüğünün bu süreçteki sosyolojik gelişimi ele alınacaktır. Ayrıca, din ve iktidar mücadeleleri üzerinden, din ve vicdan özgürlüğünün felsefi temellerine inilmeye çalışılacak, önemli düşünürlerin konuyla ilgili düşüncelerine yer verilecektir. Son olarak, din ve vicdan özgürlüğü alanında, din ile iktidarlar arasındaki mücadeleler, sıradan insan ve kilise arasındaki mücadelelerden hareketle, tarihi tecrübelerle ortaya çıkan uygulama modellerine değinilecektir.

A. Sosyolojik Açıdan Din ve Vicdan Özgürlüğü

Genel geçer bir tanımının yapılmasının zor olduğu ve üzerinde ençok tartışılan bir kavram olarak Din,[4] sadece bir inanma eyleminden ibaret değildir. Din, insanlara aynı zamanda bir yaşam biçimi sunan, emirler içeren ve aynı şekilde yasakları da bünyesinde barındıran ilahi bir kanun olarak karşımıza çıkar.[5] Yine benzer şekilde, din, fertlerle devlet arasında, siyasal düzenle ve devlet arasındaki ilişkileri de düzenlemek suretiyle, sosyal intizamın korunmasına katkı sağlar.[6] Bu çerçevede din, o dine mensup olanlara bir düşünme şekli verir. İnsanların düşünme şekillerini, tutum ve davranışlarını, insanların birbirleri arasındaki ilişkiyi belirleyen,[7] insandaki inanma melekesini[8] etkisi altına alan din[9], fertlerin sosyal ve fiziki çevrelerine karşı davranışlarını tayin ederek, her toplumda farklı bir şekilde ortaya çıkar ve her toplumda farklı davranış biçimleri ortaya koyar.[10] Dini esas alan düşünme biçimi ya da dini zihniyet, aile siyaset, ekonomi ve diğer zamanlardaki faaliyetlerde etkisini gösterir ve yarattığı duygularla,

---

4 Max Weber, *Din Sosyolojisi*, çev. Latif Boyacı, İstanbul 2012, s.85; Abdurrahman Kurt, "Sosyolojik Din Tanımları ve Dine Teolojik Bakış Sorunu", *Uludağ Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi,* Cilt: 17, Sayı: 2, 2008, s.74.

5 Ali Fuat Başgil, Din ve Laiklik, İstanbul 2015, s.99.

6 Ejder Okumuş, "Toplumsal Değişme ve Din", Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi, C.8 S.30, Güz-2009, s.327; Ayrc. Bkz. Halil Aydınalp, „Sosyal Çatışma ve Din", *Uludağ Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, Cilt: 19, Sayı: 2, 2010 s.192; Şerif MARDİN, *Din ve İdeoloji*, 23. Baskı, İstanbul 2015, s.45 "Din, toplumun minyatürleşmiş modelini veren bir kurumdur".

7 Necdet Subaşı, *Din Sosyolojisi,* DEM Yayınları, İstanbul 2017, s.25.

8 Başgil, s.75 „...inanma melekesi sırf insanoğluna mahsustur."

9 Joachim Wach, *Din sosyolojisine Giriş*, çev. Battal İnandı, Ankara 1987, s.17.

10 Yasin Aktay, *Postmodern Kavşakta Din ve Sivil Toplum*, İstanbul 2015, s.50.

toplumun devamlılığı konusunda da belirleyici rol oynar.[11] Ancak en önemli etkisini, sosyal ahlakın şekillenmesinde kendisini gösterir.[12]

Dinin şekillendirdiği veya dinin etkisinde kalan inanmış sosyal gruplar, her türlü etkiden uzak ya da tamamen diğer gruplardan tecrit edilmiş bir şekilde yaşayamayacakları aşikârdır. Bu gruplar, kültürel hayatın her yönüyle, hukuk ve iktisadi düzen ve özelliklede toplumun genel yapısı, sınıflar ve diğer sosyal zümreler ve özellikle de siyasi yapı ve devlet ile sıkı bir ilişki içerisindedirler.[13] Bu noktadan hareketle, toplumla, devletle ve inanç grupları arasında karşılıklı ilişkilerin varlığı ve birbirlerini etkiledikleri inkâr edilemeyecek düzeydedir. Ancak bu ilişkiler her dönemde tartışmalı olmuştur.

Din ile siyaset ve devlet kurumları arasındaki bu tartışmalı ilişkilerin bir sebebi de günümüzde, sosyal bilimler alanındaki teorilerin çoğunun Batı kaynaklı olmasıdır. Ayrıca, Batı tarihindeki, din ile devlet veya iktidar güçleri arasındaki, tarihsel gelenekten de kaynaklanan güç kavgaları, din, devlet ve siyaset arasındaki çatışmaların bir başka temel sebebidir.[14]

Hrıstiyan gelenek açısından baktığımızda, Eski Ahid ve Greko-Romen hukukunun mirası üzerine tarihte ortaya çıkan devletler ile orta çağda kurulan devletlerin çoğu, Hrıstiyan devletleri şeklinde kurulmuş, bu devletler temel varlık dayanaklarını ilahi vahiyden alan bir anlayışla din ve devlet birlikteliğini ortaya koymuşlardır.[15]

Tarihi süreç içerisinde, dönemin en büyük devleti olan Roma İmparatorluğu içinde doğan ve bugün dahi Batı düşünce sistemini etkisi altında tutan Hrıstiyanlık, ilk başlarda siyasal sorunlara karşı bir ilgisizlik içinde görünmüştür. Bu görünüş şekli yanıltıcıdır. Hristiyanlık sonraki dönemlerde önce resmi devlet dini haline gelmiş, sonrasında Katolik kilisesi sayesinde, feodal yapı içerisindeki devlet ve siyasi otorite üzerinde bir güç olarak bağımsızlığını ilan etmiştir.[16] Hatta Hrıstiyanlık resmi devlet öğretisi haline gelmiştir.[17] Feodal yapının çöküşü ile Katolik kilisesine karşı başlatılan başkaldırının ve Protestanlığın doğuşu ile

---

11 Mardin, s.49.

12 Aydınalp, s.193.

13 Hans Freyer, *Din Sosyolojisi*, çev. Turgut Kalpsüz, Ankara 1964, s.64; ayrc. Bkz. Selim Eren, "Din, Devlet, Siyaset", içinde: *Din Sosyolojisi*, Editörler: Niyazi Akyüz, İhsan Çapcıoğlu, 4.Baskı, Ankara 2016, s.571; Murat YILMAZ, "Din ve Vicdan Hürriyeti Lâikliğe Aykırı mıdır?", içinde: *TÜRKİYE'DE DİN ve VİCDAN ÖZGÜRLÜĞÜ Çeşitlilik, Çoğulculuk, Barış*, editör: Murat Yılmaz, Ankara 2005, s.13.

14 Eren, s.571.

15 Eren, s.573.

16 Salihpaşaoğlu, s.60.

17 G.L. Seidler, *Bizans Siyasal Düşüncesi*, çev. Mete Tunçay, Ankara 1980, s.16, "... Bizans imparatorluğunun resmi öğretisi üç ögeden oluşuyordu. Hıristiyan dini, Roma hukukundan gelen fikirler ve erkin tanrısal kökenli olduğu inancı."

Avrupa'da din savaşları yaşanmış[18], siyaset sahnesinde kutsal kopuş da diyebileceğimiz sekülerleşme, akabinde laiklik düşüncesinin gelişmesiyle[19], din ile devlet arasına mesafe konulmuştur.

Din ile devlet, aralarında her dönemde var olan çatışmaya rağmen, işlevsel açıdan birbirlerini tamamlayıcı yapılar olarak karşımıza çıkmaktadırlar. Bu noktadan hareketle, işlevsel açıdan devletin dinden bağımsızlığı, tam tersi şekilde dinin de devletten ayrı olup olmadığının belirlenmesi, oldukça çetrefilli bir hal almaktadır.[20] Din ile devletin çetrefilli ilişkisine rağmen günümüzde bu iki kurum birbirinden ayrı değerlendirilmektedir.

Tarihi süreç içerisinde ilk başlarda din kendi hegemonya alanını oluştururken, sonrasında yaşanan çatışmalarla devlet ve siyaset tam anlamıyla olmasada dinden ayrışmış ve devlet kendine özgü yapısını, kendine özgü kurumlarını oluşturmuştur. Geçmişten günümüze, "Din Devleti" ya da "Devlet Dini" şeklinde ifade edilen kavramlar,[21] şekil ve işlev açısından günümüzde farklı manalara gelecek şekilde değişim göstermişlerdir. Ancak, dinin toplumsal ilişkilerde etkisi ve diğer sosyal kurumlar üzerinde yarattığı etki ile birlikte değerlendirildiğinde, -günümüzde din ile devlet arasındaki tüm ayrışmalara rağmen- yaşayan kültürü etkilediği görülmektedir. Bilhassa, dinin bireyler üzerindeki inanma ve ibadet kaynaklı olarak, toplumsal anlayış ve davranışlar üzerinde bir etki yarattığı unutulmamalıdır. Bu etki toplumun yaşayan kültürünü de etkilemektedir.[22]

Benzer şekilde, toplum içerisinde siyasi hareketlerin ve anlayışların oluşmasında da, bireyin ait olduğu ya da ait olduğunu düşündüğü siyasi geleneğin ve din geleneğinin de etkisi oldukça büyüktür.[23] Hatta dinin, toplumsal değişim faktörleri olarak zikredilen coğrafi çevre, mekân, zaman, sosyal farklılaşma, nüfus, savaş, barış, bütünleşme, ayrılık, eğitim, siyaset, kültür, ideoloji, hukuk, teknoloji, sanayi, keşif, icat gibi hususların hemen hepsiyle tek tek veya birden

---

18 Salihpaşaoğlu, s.121 vd. ayrc. bkz.Orçun İMGA, Amerika'da Din ve Devlet, Liberte Yayınları, Ankara 2010, s. 19 "... ruhani alan ile dünyevi alan arasındaki egemenlik mücadelesi, en yoğun biçimde Hıristiyanlık inancının hakim olduğu coğrafyalarda hissedilmiştir."

19 Salihpaşaoğlu, s.170 vd.

20 Eren, s. 574.

21 Hıristiyanlık açısından bakıldığında, Doğu ve Batı Roma devletlerinin siyasi gelişimi bakımından dinin ve din adamlarının işlevi de farklı olmuştur. Batı Roma imparatorluğunun yıkılmasıyla, Batı'da çıkan din ve dünyevi güçler arasındaki çatışmalarda, din adamları bağımsızlık uğraşlarında başarılı olurken, Doğu'da ise bambaşka bir tarihi gelişim yaşanmış, bir devlet kilisesi öğretisi yerleşmiştir. Bunun için bkz. Seidler, s.19.

22 Karş. Eren, s.575; Wach, s.33.

23 Eren, s.575.

fazla bir biçimde karşılıklı ilişki halinde olduğu ifade etmek mümkündür.[24]

Din, bir yandan mevcut durumu koruma ve muhafaza etme işleviyle, toplum içerisinde istikrarı sağlayan bir unsur olarak karşımıza çıkarken, öte yandan, onca ayrışmaya rağmen, inanan bireylerin devlete, devlet adamlarına, anayasaya, kanun ve nizamlara itaat etmesinde de önemli bir işlev görür. Bu işleviyle de, toplumun bir arada yaşamasında, toplumsal barışın sağlanmasında veya toplumun sosyal çatışma olmaksızın varlığını sürdürmesinde önemli bir rol oynar.[25] Din, aynı zamanda, devlet ve siyaset alanında bir meşrulaştırma aracı olarak ta karşımıza çıkabileceği gibi,[26] din, siyaset adamının elinde, iktidarı elde edebilmek için ya da iktidardayken kitleleri daha kolay yönetebilmek için bir araç olarak ta karşımıza çıkabilmektedir[27].

Bütünleştirici bir işlevi olan din, aynı zamanda tarihten günümüze kadar çatışmaların da sebebi olmuştur. Devletle dini otorite arasındaki güç iddiasına dayalı bu çatışmalar,[28] farklı dini gruplar arasında olabileceği gibi, dini gruplarla siyasi otorite veya devlet arasında da olabilmektedir. Siyasi otorite ile din arasındaki çatışma, dinin, siyasi birlikler sahasında eşit kazanmasıyla başlar, hatta din siyasal birliklerin çıkarlarının korunması için dahi var olabilir.[29]

Din, sosyal ve politik sonuçları olan kurum ve topluluklar şeklinde ortaya çıkarken, toplumdan ve katmanlarından gördüğü destekle doğru orantılı şekilde, bir sosyal aktör olarak ortaya çıkabilmekte, mensuplarına sosyal sınırlar çizebilmektedir. Bu şekliyle din, mensuplarına bir yandan sosyal bir aidiyet duygusu verirken, oluşturdukları rol, statü ve pozisyonlarla ilave bir sosyalleşme sağlamakta, öte yandan oluşturduğu grup kimliği ile zaman zaman toplumla uyumlu bir şekilde yaşarken, zaman zaman da sosyal çatışmalara sebep olabilmektedir.[30] Din, kendi inananları için bütünleştirici bir işlev ortaya koyarken,[31] inanmayanlar veya farklı inananlar için bir çatışma ortamı oluşturmaktadır.

Başta ilahi dinler olmak üzere, doğan, ortaya çıkan her din, hâkim otoriteye ve yerleşik inançlara bir başkaldırı olarak ortaya çıkarken, aynı

---

24 Okumuş, s.326; ayrc. Wach, s.21.

25 Okumuş, s.327.

26 Aydınalp, s.194.

27 Yasin Ceylan, "Siyaset, İktidar, Din", *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl:65, S. 4, Güz 2007, s.10.

28 Otto Depenheuer, „Staat und Religion: Ordnungsmodelle zwischen souveraenen Potenzen", içinde: *Zwischen Saekularitaet und Laizismus*, (hg.)O.Depenheuer/İ.Doğan/ O.Can, , Münster 2005, s.11.

29 Weber, s. 361.

30 Aydınalp, s.195; Ejder Okumuş "Sosyoloji", *Din Sosyolojisi*, Ankara 2018, s.112.

31 Okumuş, "Sosyoloji", s.115.

dini inanış içerisinde ise ortaya konulan anlayış farklılıkları ile geniş coğrafyalarda acımasız sosyal çatışmalara sebep olabilmektedir.[32] Haçlı seferleri, Avrupa'daki Katolik-Protestan çatışması, Kuzey İrlanda'daki Katolik-Protestan mücadelesi, Orta Doğu'daki İsrail Devleti-Filistin, Hindistan'daki Hindu-Müslüman, Tayland'daki, Myanmar'daki Budist-Müslüman çatışmaları dini kimlik zemininde ortaya çıkan çatışmalardır.

İlahi dinlerin ortaya çıkışı da aynı şekilde mevcut otoriteye başkaldırı olarak karşımıza çıkmakta ve dinin belirlediği sınırlarla kesişen yerleşik dinlerin sınırları veya mevcut siyasi otoritenin belirlediği sınırlara meydan okuyan bir çatışma ortamı yaratır[33] şekildedir. Hz. Musa'ya peygamberliğin verilişinde Mısır firavunlarıyla verilen mücadele, Hrıstiyanlığın doğuşunda, Hz. İsa ile Pilatus arasındaki ve Yahudi tüccarlar arasındaki çatışmalar yeni bir dinin ortaya çıkışındaki yaşanan sosyal çatışmalardır.

Yahudilik ve Hrıstiyanlıktan farklı olarak, son semavi din olan İslam dininde ise durum biraz daha farklıdır. İslam'ın yeryüzüne indiği zamanda, pek çok dini yapıyı bünyesinde barındıran Mekke'de, o dönem mevcut iktidarı elinde bulunduran Kureyş kabilesi, Mekke'yi adaletsizlik ve tevhit ilkelerinden uzak bir şekilde yönetmektedir. İslamiyet'in ortaya çıkışı, kesişen dini sınırları ve otoriteleri alt üst eder nitelikte bir devrim yaratmıştır. Yeni dine baskı hemen başlamış, ancak Müslümanlar uzunca bir süre çatışma sürecine fiilen katılmamışlardır.[34]

Dinler kendi arasında farklılıklar taşısa da içe, vicdana yönelik inanç boyutu[35] dışında, bireylerin hayatında geniş sosyal alanları kapsama temayülündedirler. Bireysel inanışların ötesinde, kolektif ruhsal durumlar, kolektif coşkular ve gelenekler yanısıra, ortak kutsallar ve cemaat toplulukları da oluşturulmaktadır.[36] Bir anlamda, Cemaat olmadan din de olamaz.[37] Semavi dinlerde bu özellik daha çok ortaya çıkar.

Günümüze kadar süregelen çatışmaların neticesinde, modern sanayi toplumlarında, başka bir ifadeyle Hrıstiyan gelenekten gelen Batı

---

32 Aydınalp, s.196.

33 Dini gruplar içerisinde bile bu çatışmalar bazan politik mesele haline gelir. Karş. Depenheuer, s.13.

34 Aydınalp, s.197.

35 Bu içe yönelik alan boyutu din özgürlüğünün var olduğunu ortaya koyar. Bkz. Saffet Köse, "Menschenrechte aus islamischer Perspektive", içinde: Menschenrechte aus zwei islamtheologischen Perspektiven, Mohammed Hashim Kamali / Saffet Köse, Frankfurt am Main, 2013, s.134.

36 Cahit Can, "İlksel Düşünce ve Toplum-Din İlişkileri" içinde: *Prof.Dr. Adnan Gürüz'e Armağan*, Ankara 2016, s.227.

37 Christoph Bochinger, "Zur Funktion der Gemeinschaft in Religionen", içinde: *Kirche und Umma Glaubensgemeinschaft in Christentum und Islam*, (Hg.), Hansjörg Schmid ve diğerleri, Regensburg 2014, s.23.

toplumlarında, dinin sosyal yaşantıda etkisi azalmıştır.[38] Sekülerleşme ve devamında Laiklik kavramlarının ortaya çıkışı ile birlikte, toplumda, dinin yer almadığı ya da az yer aldığı ve etkisinin az olduğu ve topluma ait her bireyin katıldığı ve kendisi gibi olmayan, kendisi gibi düşünmeyen farklı bireylerle iletişime geçtiği bir *"Kamusal Alan"* kavramı ortaya konmuştur.[39] Burada ifadesini bulan *"Kamusal Alan"* kavramı her türlü grup, taraf ve sosyal katman arasında bilgi alışverişinin yapıldığı, tartışmaların olduğu, devlet ve sivil toplumun faaliyetlerini sürdürdüğü alan olarak karşımıza çıkmaktadır.[40] Kamusal Alan kavramı, bilhassa farklı inanç ve farklı kültürler açısından birleştirici rol oynadığı gibi, sadece elit bir kültürün ya da seçkin eşitlerin dâhil olabildiği bir alan olarak farklı bir düzenlenmeyle de ortaya çıkabilmektedir. Dini açıdan baktığımızda, hâkim dine ait olan her unsur bu alanın haricinde tutulmuş, dışlanmıştır.[41]

Kamusal Alan kavramı, Din ve Vicdan özgürlüğünün, tarihi süreç içerisinde, anayasalara ve uluslararası hukuki metinlere girerken belirleyici unsuru olmuş, ülkelerin ya da toplumların tarihi ve sosyolojik açıdan yaşadıkları gelişmeler, Dinin ne kadar kamusal alanda olacağını da belirler olmuştur.[42]

B. Felsefi Açıdan Din ve Vicdan Özgürlüğü

İnsanlık tarihinin başından itibaren var olan "Hak ve Özgürlük" kavramları, başlı başına incelenmesi, derinine felsefi analizlerin yapılması gereken kavramlardır. Bir kimsenin sadece insan olmasından hareketle sahip olduğu hakları ifade eden "Hak" kavramı, insandan ayrı düşünülmeyecek, insanın varoluşundan beri mevcut olan ve insan açısından vazgeçilemeyecek bir kavram olarak karşımızdadır.[43] Pek çok şekilde tasnif edilen Haklar, Ahlaki haklar ve hukuki haklar şeklinde de tasnif edilebilmektedir. Ahlaki haklar, her türlü yaptırımdan arınmış olarak, doğal haklar şeklinde de ifade edilmektedir. Doğal haklar, insanlığın varoluşundan beri, insanla var olan haklar olması sebebiyle "insan hakları" denilen hakları da içermektedir. Bu şekliyle var olan

---

38 Karş. Eren, s. 575.

39 Karş. Okumuş, "Sosyoloji", s.423.

40 Mustafa Tekin, "Kamusal Alanda Din", içinde: *Din Sosyolojisi*, Editörler: Niyazi Akyüz, İhsan Çapcıoğlu, 4.Baskı, Ankara 2016, s.592-593.

41 Yılmaz Çolak, *Türkiye'de Kültürel İktidarın Kuruluşu 1923-1945*, Ankara 2017, s.246.

42 Karş. Tekin, s.601 "Nitekim Avrupa'da başta Fransa olmak üzere okullarda, kamu kurumlarında haç, kipa ve başörtüsü gibi dini sembollerin bulunup bulunmayacağı tartışması bu konuda örnek verilebilir.", Ayr. OKUMUŞ, "Sosyoloji", s.424.

43 Ahmet Bilgin, "Hak ve Özgürlükler, Çifte Standartsız Bir Dünya", *Yeni Türkiye*, Temmuz-Ağustos 1998, sa.22, s.702; Ayrc. Jerome J. Shestack, "İnsan Haklarının Felsefi temelleri", *Liberal Düşünce Dergisi*, Cilt II, No:43, Yaz 2006, s.89.

insan hakları, sırf insana özgü, özel durumlardan bağımsız ve hiçbir özel şarta bağlı olmayan haklar olarak karşımıza çıkmaktadır.[44]

Hak kavramı, ilk insanın dünyada yaşamaya başlamasından itibaren, özgürlük mücadelesiyle birlikte var olmuş ve kavgası verilen bir kavramdır. Hem Hak kavramının, hem Özgürlük kavramının kavramsal kökenleri, tarihi ve felsefi açıdan ele alındığında Antik Yunan'a kadar uzanmaktadır. Eski Yunan'da hakların sınırlı olması ve özgürlüklerin o kadar gelişmemiş olması söz konusu olsa bile bu kavramların felsefi ve siyasi köklerini de eski Yunan'da görmek mümkündür. Bilinen Yunan filozoflar, Aristo ve Eflatun, bu sınırlı özgürlük ve hak kavramları için mücadele vermişlerdir.[45]

Hak ve Özgürlükler nasıl insanla birlikte var olagelmişse, din de insanlık hayatı kadar eski dönemlere uzanmakta, tarihin her aşamasında ve her döneminde mevcudiyetini göstermiş ve hissettirmiştir. Din, -yukarıda kısaca ele alındığı gibi- sadece sosyal yaşantıya etki etmekle kalmamış, insanların düşünce dünyasına etki etmiş, bireylerin kaynaşması, dayanışması ve bir arada hareket etmesinde de son derece önemli rol oynamıştır.[46]

İnsanın sosyal bir varlık olarak, birlikte yaşama ihtiyacı, dinin de fıtri bir olgu olarak insan varlığı ile birlikte bulunması, akıl ve irade sahibi olan insanı kendi tercihlerinden, seçimlerinden sorumlu tutmaktadır. Aynı şekilde, insanda var olan ahiret inancı, insanın iç dünyasının, ya da başka bir ifadeyle vicdanın dış baskılara karşı korunaklı olmasını sağlar. İnsanda var olan bu durum, ona toplum içerisinde bir özgürlük bahşeder. Toplumda, farklı inançlara sahip insanların varlığı, hiç inanmayanların varlığı ya da aynı dine inananlardan farklı ekollere mensup olanların dâhil olduğu mezhepler, bu din özgürlüğü sayesinde ortaya çıkar.[47]

Din özgürlüğünün insanın iç dünyasıyla ilgili olan tarafının varlığının yanı sıra, dinlerin ortaya çıktıkları dönemlerde, mevcut otoriteye karşı duran bir özelliği de söz konusudur. Bu şekliyle din, sadece uhrevi olmakla kalmaz ve dünyevi yüzü ile de tesir icra eder ve siyasi bir anlam kazanır.[48] Bir bakıma kutsal değerler, bu Dünya hayatına anlam katar ve hakikatı ortaya koyar.[49] Hıristiyanlık ilk ortaya çıkışında, bilhassa o dönem yoksul ve ezilen kesim olan Filistinli Yahudilerin

---

44 Mustafa Tören Yücel, *Hukuk Felsefesi*, Ankara 2014, s.142.

45 BİLGİN, s.702.

46 Abdurrahman Güneş, "Sosyolojik Olarak Din ve Toplum İlişkileri", Fırat Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Cilt: 24, Sayı: 1, Yıl 2014, s.153.

47 Saffet Köse, "Din", "Din Özgürlüğü ve Barış Yolunda İki Tecrübe", *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi,* S.5, 2005, s.14.

48 Aliya İzzetbegoviç, *Doğu Batı Arasından İSLAM*, çev. Salih Şaban, İstanbul 2013, s.256

49 Eliade, s.14

beklentilerine hitap ederken, Nasralı İsa'nın verdiği vaazlar, hem yerleşik seçkin Yahudi kabileleri tarafından tehdit olarak algılanıyor ve hem de dönemin o coğrafyadaki hâkim gücü işgalci Roma imparatorluğuna karşı bir tehdit olarak algılanıyordu.[50]

Bu tehdit karşısında tutuklanan, yargılanan ve sonucunda çarmıha gerilerek idam edilen İsa Peygamber ile Pontius Pilatus[51] arasındaki yaşananlar, bugün dahi devlet ve din arasındaki ilişkiyi belirleme açısından Hrıstiyanlık inancındaki temel yapı taşlarından birini oluşturmaktadır. Pilatus'un İsa Peygamber ile yaşadığı diyalog Johanna Evangelium İncilinde şöyle geçer: Pontius Pilatus, İsa'yı meydanda sorgularken, ondan sadece şunu bilmek ister: "Sen Yahudilerin kralı mısın?"[52], "İsa ona, dünyevi güç anlamında kral olmadığını açıklar ve der ki; "Benim hâkimiyet alanım bu Dünya'dan değildir.[53]" Pilatus memnun olmaz ve tekrarlar; " O halde bir kralsın"[54], İsa'nın cevabı; " Sen benim bir Kral olduğumu söylüyorsun. Oysa ben, gerçeğin şahitliği için doğuruldum ve Dünya'ya geldim. Her kim gerçeğin tarafındaysa, benim sesimi duyar.[55]" Bu cevap Pilatusun hoşuna gitmez ve çaresizce şu soruyu sorar; "Gerçek nedir?[56]" Pilatus'un çaresizce sorduğu bu soruda, dinden uzak ve dine karşı duranla, dinin karşı karşıya geldiği bir durum söz konusudur. Pilatus'un "Gerçek nedir?" diye sorması ise, dinin hâkimiyet talebi karşısında duyulan korkunun sonucu olarak yorumlanabilmektedir.[57]

Hrıstiyanlıktaki İsa Peygamberin ölümünden sonra dirildiği inancı etrafındaki rivayetlere göre[58], ölümünden üç gün sonra dirilen ve ona inanan 11 Havariye göründüğüne dair inanç, Hrıstiyanlığın yayılmasında başlangıcı oluşturmuştur.[59]

İlk olarak bu günkü Antakya ve çevresinde yayılmaya başlayan Hrıstiyanlık, İsa'yı tanımayan, ancak ona olan inancı ile "Havari" ve bugünkü Hrıstiyanlığın kurucusu olarak kabul edilen Pavlus'un

---

50 Salihpaşaoğlu, s.57.

51 Pontius Pilatus, Roma İmparatoru Tiberius tarafından MS 26'da imparatorluğun işgali altında bulunan Yahudi bölgesine atadığı validir. https://wol.jw.org/tr/wol/d/r22/lp-tk/2005683 (Erişim 17.12.2017).

52 Johanna 18:33.

53 Johanna 18:36.

54 Johanna 18:35.

55 Johanna 18:37.

56 Johanna 18:38.

57 Christoph Schroeder, "Was ist Wahrheit?" (Johanna 18,38) Die Pilatusfrage im gegenwärtigen gesellschaftlichen Kontext^" https://www.frei-und-fromm.de/positionen/lebensf%C3%BChrung/was-ist-wahrheit/ (Erişim 17.12.2017).

58 Johanna, 20:19-23; Matta 28:16-20; Luka 24:36-49 (Erişim 17.12.2017 https://incil.info).

59 Salihpaşaoğlu, s.58.

gayretleri ve kurduğu kiliseler ile yayılmaya başlar.[60] İlk başlarda pek baskı görmeyen bu yeni inanç topluluğu, sonraki dönemlerde tehdit olarak algılanmaya başlar ve yeni dinin inananları üzerinde baskı ve zulüm uygulanmaya başlanır. Roma İmparatorluğunda, Constantine'in imparator olmasıyla baskı ve zulüm sona erer ve Hrıstiyanlığın bir devlet dini olarak kabul edildiği dönem başlar.[61]

Başlangıçta açıkça Hz.İsa'ya dayanılarak aktarılan rivayetlerde, din ile dünya işleri ayrılmasının gerektiği, bunun "Tanrının hakkını tanrıya, Sezar'ın hakkını Sezar'a verin"[62] ifadesiyle inanç sistemi içerisine yerleştiğini söylemek mümkündür. Hatta, Hrıstiyanlığın ilk teorisyenlerinden olan, Aurelius Augustinus (354-430), "Tanrı Devleti" ve "Yeryüzü Devleti" şeklinde iki devletten bahseder.[63] Bu kuramdan sonra, Papa 1. Gelasius tarafından ortaya atılan "iki güç" ifadesinden hareketle, kılıçlardan ya da güçlerden birinin "ruhani" ya da "dini" olanı, diğerinin ise "dünyevi" ya da "kralı" temsil ettiği "iki kılıç"[64] kuramı eklenmiştir.[65] Din özgürlüğü açısından asıl etkileyici olan ise 800 yılında Karolenj imparatorluğunun kurulması ile başlayan ve Tanrı Devletinin yeryüzünde tesis edilmesine yol açan tarihi süreçtir. Tanrı Devletinin yeryüzünde tesisi, Augustinus'un ayrımından farklı olarak, Kilisenin üstünlüğü ele geçirmesiyle sonuçlanmıştır.[66] Kilisenin üstünlüğü ele geçirmesiyle, İncil'deki "Tanrı'ya ancak benim üzerimden ulaşılır"[67] ifadesiyle, inanç alanında ortaçağ karanlığı ve zorbalığı başlamıştır. Kilise

---

60 Bkz. Salihpaşaoğlu, s.60.

61 Salihpaşaoğlu, s.65 vd.

62 Matta 16:17-21 "Bunun üzerine Ferisiler çıkıp gittiler. İsa'yı, kendi söyleyeceği sözlerle tuzağa düşürmek amacıyla düzen kurdular. Hirodes yanlılarıyla birlikte gönderdikleri kendi öğrencileri İsa'ya gelip, "Öğretmenimiz" dediler, "Senin dürüst biri olduğunu, Tanrı yolunu dürüstçe öğrettiğini, kimseyi kayırmadığını biliyoruz. Çünkü insanlar arasında ayrım yapmazsın. Peki, söyle bize, sence Sezar'a vergi vermek Kutsal Yasa'ya uygun mu, değil mi?"

İsa onların kötü niyetlerini bildiğinden, "Ey ikiyüzlüler!" dedi. "Beni neden deniyorsunuz? Vergi öderken kullandığınız parayı gösterin bana!" O'na bir dinar getirdiler. İsa, "Bu resim, bu yazı kimin?" diye sordu. "Sezar'ın" dediler. O zaman İsa, "Öyleyse Sezar'ın hakkını Sezar'a, Tanrı'nın hakkını Tanrı'ya verin" dedi. (Erişim 17.12.2017 https://incil.info); Ayrc. Bkz. Mehmet Taplamacıoğlu, *Din Sosyolojisi,* Ankara 1963, s.122.

63 Salihpaşaoğlu, s.76; Adnan Güriz, *Hukuk Felsefesi*, Ankara 2017, s.166-167.

64 Luka 22:38 "Ya Rab, işte burada iki kılıç var" (Erişim 17.12.2017 https://incil.info).

65 Bkz. Salihpaşaoğlu, s.81.

66 Salihpaşaoğlu, s.86.

67 Johanna 14:6 "İsa, "Yol, gerçek ve yaşam Ben'im" dedi. "Benim aracılığım olmadan Baba'ya kimse gelemez. 14:7 Beni tanısaydınız, Babam'ı da tanırdınız. Artık O'nu tanıyorsunuz, O'nu gördünüz."

bu ifadeyi, Hrıstiyanlığın yeryüzünde mutlak otorite ve hâkimiyeti olarak öne sürerek, iktidar amacıyla kötüye kullanmıştır.[68]

Batı'daki bu gelişmeler devam ederken, Arap yarım adasında yeni bir din, İslamiyet yeryüzüne indirilmiş, hak ve özgürlükler kavramına yeni bir boyut ve formül getirerek, özgürlükleri kuramsallaştırmıştır. İslam dini ile kuramsallaşmaya başlayan hak ve özgürlükler beş temel alanda formüle edilmiştir.[69] Bunlar; can güvenliği, mal güvenliği, akıl güvenliği, nesil güvenliği ve din güvenliği şeklindedir.

İslam'ın ortaya koyduğu bu kavramlar, güvence altına alınan bu hak ve özgürlükler, adalet karşısında hiçbir farklı muameleye tabi olmaksızın "eşitlik" prensibi çerçevesinde ele alınmış[70] ve hak ve özgürlükler güçlendirilmiştir.[71] 632 Yılında Mekke'de İnsanlığa seslenen İslam Peygamberi, Veda Hutbesi[72] diye bilinen metinlerde "Ey İnsanlar" çağrısıyla İslam'da insan haklarının evrenselliğini ortaya koymuştur.

Diğer taraftan, Din ve inanç özgürlüğü açısından yukarıda da belirtildiği gibi, Hrıstiyanlıkta herkesin bu inanca inanma zorunluluğuna karşın, İslam dini Allah'ın kitabında bu düşünceden farklı olarak, inançta tamamen bir serbestlik –inanmama özgürlüğü dâhil- tanıyan hükümleri ortaya koymuştur.[73] Bu konuyla ilgili Kur'an-ı Kerim'de, "…Dinde zorlama yoktur"[74] ya da "Eğer Rabbin dileseydi, yeryüzünde bulunanların hepsi elbette topyekûn iman ederlerdi. Böyle iken sen mi mümin olsunlar diye, insanları zorlayacaksın?"[75] emirleriyle de, insanların inanç konusunda serbest oldukları ifade edilmiştir ve inançlarının güvence altında olduğu beyan edilmiştir.[76] Bir bakıma, negatif anlamda bir din özgürlüğü, ya da inanmama özgürlüğü de diyebileceğimiz bir özgürlük anlayışı, İslam dini ile ortaya konmuş ve

---

68 Schroeder, „Was ist Wahrheit?" (Johanna 18,38) Die Pilatusfrage im gegenwärtigen gesellschaftlichen Kontext"; ayrc. Bkz. Faruk NEBHAN, „İslam Hukukunda Temel Hak ve Hürriyetler", çev. Servet Armağan, *İslam Tetkikleri Enstitüsü Dergisi*, Cilt VII, sa. 1-2, Yıl:1978 „…. Kişiler çoğunlukla muayyen bir inanca bağlanmaya zorlanmışlardır".

69 Bilgin, s.702.

70 Mustafa Yayla, *İslam Hukukunda İnsan Hakları ve Eşitlik*, Konya 2011, s.144.

71 Bilgin, s.703.

72 *Özgürlük Bildirgeleri*, Derleyen, Coşkun AKTAN/ Yaşar VURAL, Konya 2004, s. 32 vd.

73 Karş. Yusuf Sayın, "İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi ve İslam*", İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, S.26, 2015, s.444. "Kur'an-ı Kerim, din, düşünce ve vicdan özgürlüğü konusunda, insanların bir dini kabul etmede zorlanamayacağını, onlara dini ve vicdani düşünceyi kabul ettirmede zorbalık yapılamayacağını, dünya hayatında eylemleri ve hareketleri bakımından hür oldukları ve bunun karşısında da yaratıcısı karşısında sorumlu olduklarını ilan eder. "

74 Kur'an-ı Kerim, 2/256.

75 Kur'an-ı Kerim, 10/99.

76 Mustafa Yayla, s.144; ayrc. bkz. Osman Şekerci, *İslam Ülkelerinde Gayri Müslümlerin Temel Hakları,* İstanbul 1996, s.27 vd.

güvence altına alınmıştır.[77] Bu güvence sağlanırken, İslam'ın ilk temellerinin atıldığı Medine'de Müslümanların hâkimiyet sağlaması amaçlanmamış, bundan çok daha öte bir şekilde, herkesin güven ve barış içerisinde yaşayabilecekleri sosyal alanlar oluşturmak amaç edinilmiştir.[78]

O dönemde, İslam bu şekilde özgürlükler bahşederken, Batı Hrıstiyan toplumlarında, orta çağ döneminde ilahi olanla ya da ilahi yasa kabul edilen yasadan uzaklaştıkça günahkâr insanın ortaya çıkardığı bir doğal yasanın varlığından söz edilmektedir. Sonrasında gelen pozitif yasanın ise, ebedi-ilahi yasaya uyduğu ölçüde adil olduğu düşünülmektedir.[79] XV-XVI. yüzyıllarda Rönesans ve Reform hareketlerinin gelişmesiyle birlikte, tabiî hukuk anlayışı ortaçağdaki ilahî hukuk anlamından ve dinden soyutlanma belirtileri göstermektedir.[80] Kimi yazarlara göre Reform ya da başka bir ifade ile "Aydınlanma" dönemi; sosyal ve siyasi alandaki tüm yerleşik kalıplara karşı bir başkaldırı olarak, önce Avrupa'da sonrasında tüm Dünya'da tarihin yönünü değiştirecek, zihinsel bir dönüşüm ve felsefi bir kopuşu ifade eden bir dönemdir.[81]

Bilhassa 17. Yüzyılda Thomas Hobbes ile gelişen doğal hukuk anlayışında aydınlanma dönemi düşünürleri, yukarıda izah etmeye çalıştığımız iktidar ve birey arasındaki ilişkilere rasyonel bir temel sağlamak maksadıyla, insanların doğa durumundan ve sosyal sözleşme kavramından bahsetmişlerdir. Bu düşünceyi ilk savunan düşünürlerden biri Hobbes'tur.[82] Hobbes'a göre; insanın doğa durumu ve sosyal sözleşme kavramları, hiçbir şekilde bireysel özgürlüklerin temeli ile ilgili değildir. Buradaki asıl amaç, bireysel özgürlüklerinden vazgeçen insanın,[83] sosyal sözleşme ile maksadı "güvenlik" tesis etmek olan devletin mutlak egemenliğine temel oluşturmaktır.[84] Hobbes'a göre, insanın doğal durumu, onun egoist yapısı gereği, bireyin her şeye hakkı

---

77 Sayın, s.444-445.

78 Şekerci, s.31; Bilal Sambur, "Medine Vesikasının Özgürlük ve Çoğulculuk Açısından Tahlili", *Liberal Düşünce Dergisi*, Yıl 19, Sayı 76, Güz 2014, s.181, ayrc. Bkz. Mustafa Yayla, s.147.

79 Recep Ardoğan, "Kelami açıdan İnsan Haklarının Temellendirilmesi", içinde: *Kur'an ve Sünnete Göre Temel İnsan Hakları,* edt. Muhsin Demirci, İstanbul 2014, s.59.

80 Ardoğan, s.59.

81 Bekir Berat Özipek, *Muhafazakarlık*, İstanbul 2011, s.30-31.

82 Ardoğan, s. 62.

83 Güriz, s.181.

84 Ardoğan, s.63, Ayrc. Bkz. Thomas Hobbes, *Leviathan,* çev. Semih Lim, 6.Baskı, İstanbul, 2007, s.17; "Sanat iledir ki, yapay bir insandan başka bir şey olmayan, Latince'de CIVITAS denilen, DEVLET adlı o büyük EJDERHA yaratılır; bu, doğal insanın korunması ve savunulması için tasarlanmış olup ondan daha büyük bir cesamete ve kudrete sahiptir ve onda, egemenlik bütün gövdeye canlılık ve hareket veren yapay bir ruhtur".

olmasını ifade eder. Bu doğal durum, bütün herkesin eşit olduğu, bu eşitliğin yarattığı güvensizlikle, herkesin herkesle savaş halinde bulunduğu ve hukukun bulunmadığı bir durumu ifade eder.[85] Bu savaş halinden kurtulmanın yolu ise, insanların ellerindeki tüm yeteneklerini ve özgürlüklerini, devlete "Leviathan'a" devretmeleriyle devlet oluşturulur.[86] Devlet; Hobbes'un düşüncesinde herkesin dâhil olduğu sözleşmede, sözleşmeye uymayı sağlayacak bir iktidar olarak tanımlanmaktadır.[87] Dini, çeşitli şekillerde tarif eden Hobbes, dinlerin ilk şekli ile kalmadığını, tanınan kişilerin icadıyla yeni dinlerin yaratılabileceğini savunmaktadır. Dini otorite sahibi kişilerin inandırıcılıklarını kaybettiklerinde ve ayakta tutmakta şüpheye düştükleri din ve dini kurumların, devletin kurallarına tabi olması gerektiğini savunmaktadır. Bundan hareketle , vahyin hiçbir şekilde doğal akla aykırı olamayacağını savunur. [88] Bu durumun sonucu olarak, Hobbes, papalığın devlete karşı üstünlük iddiasının temelsiz olduğunu ifade eder ve bunu zararlı bulur.[89]

Aydınlanma sonrası döneme ilişkin olarak, insan hakları açısından belirleyici düşünceler sunan bir diğer hukukçu ise John Locke'tur. Hobbes'tan farklı olarak, Locke'un düşüncelerinde, sosyal sözleşmeyi sağlayanlar, doğal haklarından vaz geçmemektedirler. Locke, hayat, hürriyet ve mülkiyet olarak belirlediği bu tabi hakların, asıl ödevi bu olan devlet tarafından korunması gerektiğini savunur.[90] Din açısından bakıldığında, insanın algılamasının sınırlarının dar ve tartışmalı konularda yanlış yapma ihtimali çok büyüktür. Hiçbir insan kendi inancının doğru, başkasının inancının yanlış olduğunu bilemez.[91]

Bu noktada Locke'un hoşgörü düşüncesinin gerekçesi olarak, iki önemli noktanın ön plana çıktığı görülür. Locke, bir taraftan dini ya da inançla ilgili hakikatlerde karar vermenin, gerçeği bulmanın zor olduğunu ve bu açıdan bütün dinlerin eşit olduğunu iddia ederken, diğer taraftan da dinin yol açtığı savaşların sosyal zararlara yol açarak, hoşgörünün önündeki büyük engellerden bahseder. Bu hususta belirleyici olanın gerçek hakkındaki farklı düşüncelerin varlığından değil de, dini tarafların bir birlerinin düşüncelerine gösterdikleri

---

85 Hobbes, s.94 vd.

86 Hobbes, s.129-130.

87 Güriz, s.181.

88 Hobbes, s.89-90.

89 Güriz, s.182.

90 Güriz, s.188; Ardoğan, s.67; Ayrc. Bkz. John Locke, *Hoşgörü Üstüne Bir Mektup*, çev. Melih Yürüşen, 8. Baskı, Ankara 2017, s.34 "Devlet, bana göre, sadece kendi sivil çıkarlarını tedarik etmek, korumak ve geliştirmek için teşkil edilmiş bir insan toplumudur. Sözünü ettiğim sivil çıkarlar, hayat, özgürlük, sağlık ve bedenin dinlenmesi ve para, araziler, evler, eşyalar ve benzeri gibi maddî şeylerin mülkiyetidir."

91 Güriz, s.190.

hoşgörüsüzlüğün varlığından bahseder.[92] Sosyal sözleşmeye dâhil olmakla tabii haklarından vazgeçmeyen insanlar, bir dine veya mezhebe bağlanmakla da tabi haklardan vazgeçmezler.[93] Hatta din, insan haklarının temelini oluşturan "eşitlik" ve "adalet" gibi prensiplerin toplumlarda ortak anlaşma alanı yaratma gibi bir ihtimali de ihtiva eder.[94]

Fransız devrimi öncesi düşünceleriyle devrime yön verenlerden biri olan J.J. Rousseau, yukarıda kısaca fikirlerini ortaya koymaya çalıştığımız düşünürler gibi aynı zamanda Hrıstiyan Avrupa'nın sosyal ve siyasi yapısının şekillenmesinde, fikirleriyle rol oynayan önemli bir şahsiyettir. Rousseau, yeni ortaya koyduğu teorilerle, Hobbes ve Locke'un düşüncelerini daha da genişletmiş, en önemli görüşlerini *"Sosyal Sözleşme"* adlı eserinde yansıtmıştır.[95] Rousseau, anılan eserinde; insanların doğal halde kaldıkları zaman, artık öyle bir noktaya ulaşırlar ki; özgürlüklerini sağlamak için verdikleri çabalar artık yetmez ve dirençle karşılaşır. Yaşayışlarını değiştirmezlerse, yok olup giderler. Ancak, insanların yapabilecekleri tek şey, yeni bir güç yaratmadan, ellerindeki gücü birleştirerek, tek tek oluşan direnç gücünü alt edebilecek bir güç oluşturmaktır. İnsanlar bu yeni oluşan gücü kendileri yönetirler ve birlikte harekete geçirirler.[96] Bu şekliyle "genel irade" oluşur ve sadece ortak yararı önceleyen bu genel irade, özel istemlerinin toplamı olan ve direnci oluşturan herkesin isteminden ayrılır. İnsanlar genel irade içerisinde kalmakla, kendi istemlerinden vaz geçmiş olmazlar ve özgürlüklerini muhafaza ederler. Rousseau'nun düşüncesinde, sosyal sözleşmenin çözüm bulduğu ana sorun budur.[97] Rousseau'nun fikirlerinde, kişiler, varlık ve isteklerini hep birlikte baştan topluluğa bağlar. Bu durum artık herkesin eşit olduğu bir durumdur ve herkes için aynıdır. Bu durumda başkalarına zarar vermek kimsenin çıkarına olmaz.[98] Bu şekliyle oluşan "genel irade" ya da başka bir ifadeyle devletin güçleri, bu güçlerini devletin kuruluş amacına, yani herkesin

---

92 Christian Walter, *Religionsverfassungsrecht,* Tübingen 2006, s.39.

93 Güriz, s.191; Walter, s.42; Ayrc. Bkz. Locke, s.41, „Dinî bir topluluğun gayesi (daha önce söylendiği gibi), Tanrı'ya toplu olarak ibadet etmek ve bu sayede de sonsuz hayatı kazanmaktır. O hâlde, bütün disiplini bu amaca yöneltmeli ve bütün ruhanî kanunlar da bununla sınırlandırılmalıdır. Bu toplulukta sivil mülkiyet ve dünyevî mallarla ilgili olan hiçbir şey yapılmamalıdır ve yapılamaz. Her ne sebeple olursa olsun, burada hiçbir gücün kullanılmaması gerekir. Çünkü güç, tamamen siyasî yönetime aittir ve bütün maddî malların mülkiyeti onun yargılama yetkisine tâbidir."

94 Shestack, s.92.

95 Güriz, s.193.

96 Jean-Jacques Rousseau, *Toplum Sözleşmesi*, çev. Vedat Günyol, 9.Baskı, İstanbul 2012, s.13.

97 Bkz. Rousseau, s.14 „Üyelerinden her birinin canını, malını bütün ortak güçle savunup koruyan öyle bir toplum biçimi bulmalıki, orada her insan hem herkesle birleştiği halde yine kendi buyruğunda kalsın, hem de eskisi kadar özgür olsun."

98 Rousseau, s.14. ayrc. Karş. Ardoğan, s.66.

iyiliğine göre kullanmak zorundadır.[99] Rousseau'ya göre, bu birleşen varlık, egemenliğinde sahibidir ve onu sadece kendisi kullanır.[100]

Rousseau, her türlü gücün kaynağının Tanrı olduğunu kabul etmekle birlikte, aynı zamanda her türlü zararın da ondan geldiğini ifade ederek, gücün hak yaratmayacağını ve insanın ancak haklı güce boyun eğmesi gerektiğini ifade eder. Bu haklı gücün temelini de sözleşme sağlar.[101] Rousseau'nun düşüncelerinde, din kastedilince bozulmamış ilk şekliyle gelen Hrıstiyanlık gelir akla.[102] Bozulmamış bu din sayesinde, aynı Tanrı'ya kulluk eden insanlar, bir arada olduklarında, onları ölüm bile dağıtamaz. Rousseau'ya göre, bozulan Hrıstiyanlık dini artık Papazların dini olmuş[103], kötü bir dindir ve toplumun zararınadır.[104] İlk şekliyle bozulmadan kalan din ise, politik bütünle hiçbir ilişki kurmaz. İnsanlar arasındaki sağlam dini birliktelik ve inanç, insanları devlete bağlayacağı yerde, aynı insanları dünyevi şeylerden ayırdığı gibi, devletten de ayırır. Bu toplumun ruhuna aykırıdır. Böyle bir din bu dünya ile ilgili değildir. Ahiret işleriyle uğraşır.[105]

C. Din ve Vicdan Özgürlüğü Açısından Tarihi Süreçte Ortaya Çıkan Modeller

Günümüzde din ve vicdan özgürlüğünün temelini oluşturacak şekilde, Batı-Hrıstiyan toplumlarına bakıldığında, tarihi süreç içerisinde din ve devlet arasındaki ilişkilerin dört farklı modelde ortaya çıktığı görülür. Bu modeller aynı zamanda devlet yönetiminde de belirleyici ve yol göstericidir. Bu farklı modellere rağmen bütün modellerde ortak bir benzeşme görülmektedir. Bu benzeşme, Hrıstiyanlık düşüncesindeki "düalizm" düşüncesidir.[106]

---

[99] Rousseau, s.23.

[100] "Egemenlik, halk oyunun yürütülmesinden başka bir şey olmadığı için, bence hiçbir zaman başkasına geçirilemez; birleşimli (kolektif) bir varlık olan egemen varlığı da ancak yine kendisi temsil edebilir: İktidar başkasına geçebilir ama istem geçemez" bkz. Rousseau, s.23-24.

[101] Rousseau, s.7;Bu konuda ayrc. bkz. Kemal Ataman, Ulus Olmanın Kutsal temeli: Sivil Din, 2. Baskı, Bursa 2020, s.24

[102] Roussesau, s.130 "Geriye kala kala insan dini ya da Hıristiyanlık(bugünkü Hıristiyanlık değil, ondan bütün bütün ayrı olan İncil dini) kalıyor."

[103] Salihpaşaoğlu, s.184; Larry Arnhart, *Plato'dan Rawls'a Siyasi Düşünce Tarihi,* çev.: Ahmet Kemal Bayram, 3.Baskı, Ankara 2008, s.348.

[104] Rousseau, s.129.

[105] Rousseau, s. 130 "Hıristiyanlık tümüyle ruhani bir dindir, öbür dünya işleriyle uğraşır. Hıristiyan'ın yurdu bu dünya değildir."

[106] Kadir Canatan, *Din ve Laiklik*, İstanbul 1997, s.95.

1. Çatışmacı Düşünce Modeli

Devlet ve Kilise arasındaki kutuplaşmaya dayanan çatışmacı model, Hrıstiyanlığın ilk iki yüz yılı boyunca devam eden ve imparatorun (Sezar'ın) hâkimiyetini onaylamayan Hrıstiyanlar ile Hrıstiyanları boyunduruk altına almayı hedefleyen[107] Roma devleti arasında yaşanan çatışma sonucu ortaya çıkan modeldir. Bu dönemde, Hrıstiyanlık bir azınlık dini olup, kurumsallaşmış ve güçlü dini kurumların, kiliselerin varlığından söz etmek mümkün değildir.[108] Ancak, burada devletin, gücünü ve temel dayanağını bu dünyadan almayan dine karşı mücadelesi, baştan kaybetmeye mahkûm bir hareket olarak karşımıza çıkmaktadır.[109]

2. Bizantinist Düşünce Modeli

Sezaropapist de denilen[110] bu modelde, siyasi egemenliğe sahip olanlar, dini alanlara da hâkimdirler. Bir bakıma bu alanları zorla gasp etmişlerdir. Din tamamen devlet güçlerinin kontrolü altındadır ve hiçbir özerkliğe sahip değildir. Hrıstiyanlığın resmi din olarak kabul edildiği Roma'da, ancak daha ziyade Ortodoks Bizans'ta geçerli olan bir modeldir. Din devletin resmi dinidir ve devletin tekelindedir. Bu unsura aykırı düşen unsurlar baskı altına alınmış ve Hrıstiyanlık artık ezilen taraf olmaktan çıkmış, ezen, baskılayan, zulmeden taraf olarak karşımıza çıkmaktadır.[111]

3. Teokratik Düşünce Modeli

Orta çağda uygulanan ve Katolik batı dünyasına hâkim olan bir model olarak karşımıza çıkan teokratik model, aynı zamanda "Tanrı-Kral" modelinin de bir tezahürüdür[112]. Papa yeryüzünde tanrının iradesini temsil eder ve yanılmazdır. Papanın yanılmazlığı Papanın ve din adamları sınıfının, halk kitleleri üzerinde ve iktidarlar, hükümdarlar

---

[107] Devlet, bütün dini eylemleri ve açıklamaları aktif bir şekilde baskı altına almaya çalışır. Bkz. Depenheuer, s.16.

[108] Canatan, s.95.

[109] Depenheuer, s.17.

[110] İmga, s.67; Salihpaşaoğlu, s.69; Sezaropapizm konusunda ayrc. bkz. Deno J. Geanakoplos, "Bizans İmparatorluğu'nda Kilise ve Devlet: Sezaropapizm Sorununu Yeniden Düşünmek", çev. Mustafa Alican, *Tarih Okulu*, Ocak – Nisan 2011, S. IX, s.169 vd. ; Sezaropapizm; özellikle Hrısıtiyanların Doğu ve Batı şeklinde ayrılmasının en temel sebebi olarak gösterilir. Bu konuda bkz. Ahmet Hikmet Eroğlu, "Doğu Batı Kiliselerinin Ayrılış Sebepleri", *Dini Araştırmalar*, , C.2, S.5, Eylül-Aralık 1999, s.389.

[111] Canatan, s.95.

[112] İmga, s.66; ÇİVİ, s.65.

üzerinde teolojik yorumlarla kendi otoritelerini kurmalarını sağlamıştır.[113]

Bu modele göre, devlet idaresindeki temel kurallar, ilahi kurallara uygun olmalıdır. Bu geçici dünya, ahirete hazırlık içindir. Bu süreçte, Tanrının emirlerini anlayan din adamları, idarecilere yardımcı olmalıdırlar.[114] Bu yönetim modelinde bir ruhban sınıfı vardır ve bu sınıf, devletin bütün organlarına, idari teşkilatına hakimdirler. Bu sınıf bütün erkleri kendi tekellerine alarak, topluma hükmeder.

4.Ayrılık Düşüncesi Modeli

Bu modelde devlet, din konusunda tarafsız[115] bir tutum takınmasının sonucu olarak, devletin din konusundaki etkilerini asgariye indirmeyi amaçlar.[116] Bu model ile 1500 yıllık kilise tarihi içerisinde, çatışma, tabi olma ve egemenlik kurma gibi süreçlerden geçen kilise ve devlet arasındaki ilişkiler modern zamanlarla son bulmuştur.[117] Anayasacılık hareketlerinin moda olduğu 19. yy ın başından itibaren ortaya çıkan anayasalaşma tartışmalarında[118] din devlet ilişkilerinde aşama aşama düzenlemeler gerçekleştirilerek, dini alan ile devletin hâkimiyet alanı ayrıştırılmıştır.

Ayrılık düşüncesi modelinin tezahürünün günümüze kadar gelen süreçte, üç aşamada gerçekleştiğini ifade etmek mümkündür. Devlet organlarının inançlarından dolayı insanlara farklı davranılmamasının önüne geçilmesi, ayrılık modelinin tezahüründe ilk aşamayı oluşturur. Protestan ve Katolik mezheplerine mensuplarının aynı derecede muamele görmesi mesela Vestfalya Antlaşması ile mümkün olmuştur. Bu aşamadan sonra devletlerin resmi din uygulamaları bir müddet daha devam etmiştir. İkinci aşamada ise "devlet dini" uygulaması kaldırılmış ve din kamusal alan dışına konulmuştur. Üçüncü aşamada ise gerek hukuku sistemi, gerek eğitim sistemi ve diğer kamu hizmetlerinin düzenlendiği kurallar dini kurallardan arındırılmışlardır.[119]

Bu aşamalar, ayrılık modelinin uygulamalarının ülkeden ülkeye farklılık göstermesine sebep olmuştur. Bu uygulamalar, ayrılık modelinin üç başlıca görünüş şeklini ortaya çıkarmıştır. Bu uygulanan

---

113 Canatan, s.95; ayrc. bkz., İmga, s.67 "Sistem içerisinde bu sınıf (din adamları) bütün yönetime ağırlıklarını koyarak tüm hakimiyeti kendi tekellerine aldılar."

114 Niyazi Öktem, "Dinler ve Laiklik", Cogito, Sayı:1, Yaz 1994, s.34.

115 Depenheuer, s.21.

116 Çivi, s.66; Depenheuer, s.25.

117 Canatan, s.95; Peter Jonkers, „Das gespannte Verhaeltnis Zwischen Religion und Politik in der Moderne", içinde: *Hegel-Jahrbuch* 2013, s.52 " .modern devlet büyük çoğunlukla dini alanlardan kendisini geri çekmiştir."

118 Zaman zaman bu hareketler acımasız ve kanlı olmuştur. Depenheuer, s.23.

119 İmga, s.68

modeller; devletin dine karşı genel olarak ilgisizliği, düşmanca ayrılık ve karşılıklı müsamaha gösterilen modellerdir. Tüm bu modellerin varlığına rağmen, günümüzde resmi devlet dininin mevcut olduğu Batı ülkeleri görmek mümkündür. İngiltere'de Anglikan kilisesi, İtalya'da Katolik kilisesi devletlerin resmi kiliseleridir.[120]

Devlet ile dinin ayrılığının tipik örneği, ABD'dir.[121] Bu ülkede, her iki iktidar alanı da sürekli birbirlerinden ayrıdır. Devlet dine ilişkin bütün alanlardan çekilerek, devletin dini konular hakkında, vatandaşların inançlarından daha farklı bir düşünceye sahip olması bu model içerisinde normal olarak görünmektedir.[122]

Benzer şekilde, Hollanda 1796 yılından beri uyguladığı kilise ve devlet arasındaki ayrılık modeli ile [123]Ayrılık Modeline ayrı bir örnek olarak karşımıza çıkmaktadır. Uygulamanın başladığı zamandan itibaren, devlet ile dini yapılar arasında mesafe açılmış, Hollanda siyasi geleneğinde önemli bir yer tutan çoğulcu toplum yapısı, devletin, tüm dini yapılara karşı tarafsız davranmasına yol açmıştır. Günümüzde, Holanda'da Kilise Devlet arasındaki ilişkiler pratikte ayrı bir şekilde yürütülmektedir. Devlet, her dine ve kiliseye eşit mesafede kalmakta ve dostane bir şekilde ilişkiler yürütülmektedir.

Ayrılık modelinde, karşılıklı olarak din ve devletin birbirlerine müsamaha göstermeleri, Portekiz ve İspanya gibi ülkelerde uygulanmaktadır.[124] Bu açıdan ise, Fransa'yı ayrı bir yere oturtmak gerekir. Din ve Vicdan özgürlüğünün uygulanması açısından kendine has bir model geliştiren Fransa, Laiklik modeli çerçevesinde, din ve devleti tamamen birbirinden ayırmış gözükmektedir.[125]

Fransa'da 1789 yılında gerçekleştirilen devrim pekçok yönden insanları etkisi altına almış, devrim ve sonrasında yaşanan gelişmeler ise en büyük etkiyi din-devlet ilişkilerinde ortaya koymuştur. Bir yandan insan hakları alanında diğer ülkelere örnek olacak yaşanan gelişmeler,

---

[120] Ömer Yılmaz, "Avrupa Birliği Üye Ülkelerinin Ulus Anayasalarında "Din ve Vicdan Özgürlüğü"", *Cumhuriyet Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* S: XI/1 - 2007, s.304; Mehmet Kahraman, "Avrupa Birliği Ülkelerinde ve Türkiye'de Laiklik", *Mustafa Kemal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi,* Yıl:2008, C:5, S:9 s.61.

[121] H.Şule Albayrak, "Batı Ülkelerinde Din-Devlet İlişkilerindeki Alternatif Modeller ve Türkiye Örneği", *Marmara Üniversitesi İlâhiyat Fakültesi Dergisi*, Cilt-Sayı 48, Haziran 2015, s.189.

[122] Depenheuer, s.25; Ayrc. Bkz. Adnan Küçük, "Laikliğe ilişkin tartışmalar ve iki Laiklik Modeli", içinde: *Türkiye'de Din Özgürlüğü ve Laiklik*, editör: Hasan Yücel Başdemir, Ankara 2011, s.49; Ömer Çaha, "Amerikan Modeli: İnanç ve Özgürlüğün Buluşması", *Liberal Düşünce Dergisi*, Yıl:8, Sayı:30-31, Bahar – Yaz 2003, s.18.

[123] Orçun İmga, "Hollanda" "Hollanda'da Din-Devlet İlişkileri Ve Kilise-Devlet Ayrılığı", *Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, S:29, Nisan 2011, s.200.

[124] Ömer Yılmaz, s.304.

[125] Ömer Yılmaz, s.305.

diğer yandan ise bu çerçevede ülkeye hakim olan katolik kilisesinin bütün uzantılarıyla ve organlarıyla kamusal alandan uzaklaştırılması, ayrılık düşüncesi modelinin Fransa tecrübesinde görünüşünü ortaya koymuştur.[126]

Devrim öncesi, aynı diğer Avrupa ülkelerinde olduğu gibi, devletle iç içe geçmiş bir kilise sistemi varken, 1789 devrimi ile Fransa'da bu ilişki biçimi tamamen değişmiş, kilisenin elinde bulunan bütün yasama ve yürütmeye ilişkin yetkileri ve söz hakları ellerinden alınmış, hatta kilisenin tüm mal varlığına el konulmuştur.[127] Fransa kurucu meclisi 12 Temmuz 1790 tarihinde ruhban sınıfı sivil tüzüğünü kabul ederek, elli piskoposun işine son vermiş, Papa'ya danışmadan yerlerine yenilerini atamıştır. Ayrıca Papa'yı da kapsayacak şekilde, dışardan herhangi dini kurumun Fransa'daki dini kurumlara müdahelesini yasaklamıştır. Böylece pratik olarak Roma ile Fransa'nın bağları kopmuştur. Psikoposların ve din adamlarının devlete bağlılık yemini etmelerini şart koşmuştur.[128]

Bu modelin önemli bir örneğini oluşturan örnekte, Fransa kendisine özgü olarak getirdiği Laiklik modelinin temelini 1789 Fransız devrimi ile atmış ve insan ve yurttaş hakları bildirgesinin 10. Maddesinde, hiç kimsenin, kamusal düzeni bozmaya yönelik olmadıkça dini düşüncesinden dolayı rahatsız edilemeyeceği beyan edilmiştir. Bu düşünce, Fransa'da katolik kilisesine karşı, günümüzde dahi var olan düşmanca bir hareketin başlamasına sebep olmuştur. Ayrılık düşüncesinin toplumda kökleşmesinin sonucu Fransa'da 19. Yy da iyice kendisni göstermiş, 1870/71 yıllarında üçüncü cumhuriyetle birlikte kamusal alanda etkisini iyice hissettirmiştir. 1882 ve 1886 yıllarında çıkarılan eğitim öğretim alanındaki yasalarla, loyal, laik ve dini etkiden uzak vatandaşların yetiştirilmesi yönünde ilk adımlar atılmıştır. Tartışmalara son noktayı koyan ve Akrılık düşüncesi modelinde Fransa'ya özgü bir anlayış ortaya koyan hareket ise 1905 tarihli ayrılık yasası olmuştur. Yasa ile, devletin hiç bir din ya da mezhebi tanımayacağı, maddi olarak desteklemeyeceği ve yardım etmeyeceği hüküm altına alınmıştır.[129]

---

126 Muhterem Dilbirliği, Avrupa'da Din ve Vicdan Özgürlüğü, Ankara 2020, s.85 vd.

127 Jonathan Israel, Die Französische Revolution, Reclam Verlag, Stuttgart 2017, s.22; T.Jeremy Gunn, Din Özgürlüğü ve Laisite, çevirenler: Hüzeyin Bal, Ömer Faruk Altıntaş, Ankara 2014, s.28; Ahmet Cavuldak, *Gemeinwohl und Seelenheil, Die Legitimitaet der Trennung von Religion und Politik in der Demokratie*, Bielefeld 2015, s.49.

128 Gunn, s.29; Cavuldak, s.59.

129 Bernd Rill, Frankreich und Der Islam, Egalité und liberté versus Moschee, içinde: Frankreich im Umbruch, (Hrsg.) Richard Rill, München 2015, s.17-18..

5. İşbirliği Düşüncesi Modeli

Esas olarak ayrılık modelinin özel bir görünüş şekli olmakla birlikte, kilise devlet ilişkilerinde uygulanan önemli bir modelin Almanya'da uygulanan "işbirliği" modeli olduğunu söylemek mümkündür.[130] Benzer örneklerini, Orta Avrupa'da Almanca konuşulan ülkeler olan, Avusturya ve İsviçre'de de görmek mümkündür. Bu model de yukarıda saydığımız tüm modeller gibi aslında devlet ve kilisenin ayrılığına dayanan bir modeldir.[131] Ancak Almanya'ya has anayasal uygulamalarla kiliseler kendilerine özgü bir statüye sahip olmuşlardır. Bilhassa, anayasal ve mali bakımdan çok geniş haklara ve devlet desteğine sahip olan kiliseler bu durumdan menunlardı.[132] Almanya'da kiliselerin, daha doğrusu dini kurumların ve devletin arasındaki anayasal ilişkileri hayli dikkat çekicidir.

Diğer modellerde olduğu gibi ayrılık modelinin özel bir görünümü olan İşbirliği modeli de Almanya ve Almanca konuşulan ülkelerin din ve devlet arasındaki ilişkilerinden edindikleri tecrübe ile geliştirdikleri bir modeldir. Bu modelde, dini cemaatlerin ve dini cemaatlere ait organizasyonların hak ve yetkileri, anayasalarla ve buna dayalı olarak çıkarılan yasalarla düzenlenmiştir. Bu düzenlemeler bireysel din özgürlüğünden ziyade kolektif din özgürlüğü alanındaki düzenlemelerdir.[133]

Bilhassa 1949 tarihli Almanya Anayasasının atıfta bulunduğu ve 1949 tarihli anayasanın bir parçası olarak kabul edilen Weimar Anayasasının din özgürlüğünü düzenleyen maddeleri[134], Almanya'nın din ve vicdan özgürlüğü alanındaki kendine özgü tarihi tecrübelerinden günümüzde de vazgeçmediğini ortaya koymaktadır.

Devlet ve Din arasındaki ayrılığın özel bir şeklini oluşturan bu modelde, dini cemaatlere kendi iç işlerinde bağımsız olma ve kanunlarla belirlenmiş sınırlar çerçevesinde kendi kaderlerini tayin hakkı verilmesi, dini cemaatlerin idari yapılarında, sermayelerini idare etmelerinde ve idarecilerini eğitmelerinde yürürlükteki kanunlar çerçevesinde serbest

---

130 Albayrak, s.190; Olgun Akbulut, *Anayasal Dinsel Çoğulculuk*, İstanbul 2016, s. 202; Küçük, s.49.

131 Alman anayasa hukukunda bunun için kullanılan kavram "hinkende Trennung" (askıda ayrılık) ifadesidir. Bunun için bkz. Ulrich Stutz:, *Die päpstliche Diplomatie unter Leo XIII. nach den Denkwürdigkeiten des Kardinals Domenico Ferrata*, Berlin 1926, S. 54.

132 Depenheuer, s.24-25; ayrc. Akbulut, s.203.

133 Walter, s.537; Gerhard Czermak, Religions- und Weltanschauungsrecht, Berlin 2008, s.99-100.

134 Grundgesetz Art. 140 "Die Bestimmungen der Artikel 136, 137, 138, 139 und 141 der deutschen Verfassung vom 11. August 1919 sind Bestandteil dieses Grundgesetzes." (11 Ağustos 1919 tarihli Anayasanın 136, 137, 138,139 ve 141 numaralı maddeleri, bu anayasanında bir parçasıdır.)

olmaları, bu modelin temel özelliklerinden biri olarak ortaya konmaktadır.[135]

Ayrılık düşüncesi modelinin özel bir şekli olan işbirliği düşüncesi modelinde görülen bir başka önemli özellik ise münhasıran Almanya'ya özgü bir özellik olarak görülen dini cemaatlere tanınan "Kamu Tüzel Kişiliği" statüsdür. Bu statü ile anyasada belirlenen şartları[136] taşıyan dini cemaatlere kamu hukukuna tabi kurum statüsü tanınmaktadır. Burada da yine 1949 anayasasının göndermede bulunduğu Weimar Anayasasının 137. maddesinin beşinci fıkrası hükmü[137] Alman anayasal sistemine özgü bir metin olarak uygulama alanı bulmaktadır.[138] Almanya'ya özgü işbirliği modeline ait tartışmasız en önemli özellik ise, statülerinden bağımsız olarak, yani ister kamu hukuku tüzel kişisi olsun, ister özel hukuk kurallarına göre organize olmuş dini cemaatler olsun, anayasal haklar konusunda ve bilhassa kendi içişlerinde bağımsız olma ve devletin dışarıdan müdahale edememesi konularında, cemaatler arasında bir fark gözetilmemesidir.[139]

Bütün bu örnekler göstermektedir ki Avrupa devletlerinde, Hrıstiyan gelenek ve kültüre bağlı olan siyasal sistemlerde, her siyasi yapı kendine özgü bir kilise devlet ilişkisi geliştirmiştir.

D. İnsan Hakkı Olarak Din ve Vicdan Özgürlüğü

Avrupa'da Din ve Vicdan özgürlüğü etrafındaki tartışmaların reform dönemi ile başladığı ifade edilse de din ve devlet ilişkisinin, bilhassa Avrupa örneğinde Hrıstiyanlık, daha doğrusu kilise ve devlet ilişkisinin, Hrıstiyanlığın Avrupa'ya ulaşmasından beri var olduğunu söylemek mümkündür. Bu bağlamda, devlet yapısı içerisinde -bugünkü anlamıyla modern anayasalar yer alan garanti çerçevesinde olmasa bile – dini yapılara ve organizasyonlara, iktidarlar tarafından çeşitli ayrıcalıklar tanınmıştır. Bunun bilinen ilk örneklerinden biri, Alman devlet geleneği ve anayasa tarihinde devlet kilise ilişkisine dair, Franken krallığı[140] zamanında gerçekleşmiş, bu dönemden itibaren, Alman devlet

---

135 Walter, s.538 vd. ; Czermak, s.101-102.

136 Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Dilbirliği, s.241 vd. Dini Cemaatlere Tanınan Kamu Tüzel Kişiliği ve Hukuki Sonuçları

137 1949 Alman Anayasasının gönderme yaptığı Weimar Anayasası 137. Madde, Fıkra 5: "Halen kamu tüzel kişi niteliğinde olan dini topluluklar, bu hüviyetlerini muhafaza ederler. Kuruluş ve üye sayılarına göre devamlılık gösteren diğer dini topluluklara da istekleri üzerine aynı haklar tanınır. Kamu tüzel kişi niteliğindeki dini toplulukların bir birlik kurmaları halinde, bu birlik de kamu tüzel kişisi sayılır."

138 Walter, s.546 vd.; Czermak, s.106.

139 Czermak, s.112.

140 Franken Krallığı İ.S. 482-843 yılları arasında hüküm sürmüş bir devlettir. Roma hâkimiyetinin Galya topraklarında son bulması üzerinde, devlet yapısı ile Roma devlet yapısına benzer bir yapı kuran Franken krallığı, Karolonj (Carolienen) imparatorluğunun doğmasına kadar hüküm sürmüştür. Bkz. Dietmar Willoweit,

sistemine örnek teşkil etmiştir. Franken krallığının, şehirlerdeki Roma kilise yapısını ve hiyerarşisisni aynen almasıyla, Alman devlet sistemi içerisindeki piskoposlukların oluşumuna örnek teşkil etmiş ve çok az değişikliklerle günümüze kadar gelmesini sağlamıştır.[141]

Piskoposlukların anayasal sisteme kavuşmasında önemli rol oynayan ve sonraki dönemlere taşınan bir husus ta Franken Krallığı bünyesinde yer alan piskoposluklara kral tarafından ayrıcalıklar tanınmasıdır. Özellikle, piskopos ve başrahiplerin seçiminde kiliselerin kendi içlerinde bağımsız olması, iktisadi olarak kiliselerin ve manastırların bağımsız olması, bir yandan kiliselerin kontluklar tarafından merkezi iktidara karşı kullanılmasının önünü kesmiş, diğer taraftan da kiliselerin sıkı bir şekilde merkezi iktidar ile birlikte hareket etmesini sağlamıştır.[142] Bu piskoposluk sistemi günümüzde büyük çoğunlukla Almanya'da mevcut olan sistemdir.

Geleneksel kilise devlet ilişkisinden farklı olarak, kavramsal olarak "İnsan Hakları ve Özgürlükleri" nin kullanılmaya başlanması, ve bu bağlamda din ve vicdan özgürlüğünün kavram olarak ortaya konması da 18.yüzyıl sonlarına doğrudur.[143] Günümüzde, insan hakkı olarak ifade edilen, hayat hakkı gibi pek çok hakkın esas itibarıyle insanlık tarihi kadar eski olmasna rağmen, insan hakları gibi ve bu kavramın içeriğini oluşturan kavramlar, ortaya çıkışları itibarıyle Batı kökenli bir kavramdır. Batı kökenli bir kavram olmakla ve geçmişi sadece 2-3 yüz yıllık olmasına rağmen, kavram olarak ortaya konulduğu dönemlerden önce de, her dinde ve uygarlıkta bir insan hakları anlayışının ve insan hakları gelneğinin varlığını görmek mümkündür.[144]

İnsan haklarının kavramsal olarak ortaya çıkışından günümüzdeki anlamını bulana kadar hayli zor ve uzun bir süreçten geçmiştir. Bu süreç içerisinde, hem kavramsal olarak gelişim göstermiş, hemde içerik olarak zenginleşmiştir.[145] İnsan Hakları Hukuku aynı zamanda, her yönüyle sürekli gelişen yeni bir hukuk dalı olarak karşımıza çıkmaktadır.

Batılı anlamda ilk karşımıza çıkan insan hakları belgesi olarak Magna Charta ifade edilirken, İnsan hakları kavramının, daha doğrusu hak ve özgürlük kavramının gelişmesinde, Amerikan tecrübesi önemli

---

Deutsche Verfassungsgeschichte, Vom Frankenreich bis Wiedervereinigung Deutschlands, 7.Auflage, München 2013, s.28 vd.

141 Willoweit, s.31.

142 Willoweit, s.40.

143 Bilgin, s.702.

144 Cevat Özyurt, İnsan Haklarının Küreselleşmesi, İnsan Hakları Araştırmaları, Yıl:2 Sayı:2, 2004, s.67.

145 Bkz. Mehmet Altuntaş, *Türk Anayasalarında İnsan Hakları*, Yayımlanmamış Uzmanlık Tezi, Ankara 2002, s.19; Ayrc Bilgin, s.703, "...yeniçağda özellikle Fransız devriminden sonra gelişen özgürlük ve hak kavramları 20.yüzyılda son şeklini almıştır."

rol oynamıştır.[146] Amerikan Bağımsızlık bildirisinden[147] önce kabul edilen, 12 Haziran 1776 tarihli Virginia Haklar Sözleşmesi, gerek 1789 tarihli Fransız devriminden önce gerçekleşerek, gerekse günümüzde teoride ve pratikte sözü edilen kişi hak ve özgürlüklerini ilan etmiştir.[148]

Münhasır olarak Din ve vicdan özgürlüğü açısından ele alındığında, 1776 tarihli Virginia Haklar Sözleşmesinde, özgür bir yönetim biçiminin ancak, adalet, karşılıklı hoşgörü, tevazuuya ve erdeme bağlı olarak gerçekleşebileceğini ifade edilmiş ve herkesin din ve vicdan özgürlüğünün bulunduğu belirtilmiştir.[149] Bu anlamıyla, Virginia Haklar sözleşmesi, -Vestfalya Barış Anlaşmasını bir kenara bırakırsak- modern şekliyle, din ve vicdan özgürlüğünü ilk düzenleyen yazılı insan hakları belgesi olarak karşımıza çıkmaktadır. Amerikan tecrübesinde din ve vcidan özgürlüğünün ikinci aşaması, 15 Aralık 1791 tarihli haklar bildirgesinde kendini gösterir. Aynı zamanda bir anayasa değişikliği olan bu bildirgede, Amerikan Kongresinin, bir devlet dini oluşturma ya da din özgürlüğünü engelleyecek şekilde, dinin hür bir şekilde yaşanmasını kısıtlayıcı yasa çıkarmasını yasaklamıştır.[150]

Avrupa'da modern düşünce bağlamında din özgürlüğünün, ferdi ve korunması gereken bir hak olarak gelişimi,[151] yukarıdan beri ifade edildiği gibi devlet ve kiliselerin birbiriyle ilişkileri ile yakından ilintilidir. Tam anlamıyla olmamakla birlikte, Protestan Kilisesi ve din özgürlüğü hakkında konuşma ve tartışmalar, mezhep savaşları olarak da bilinen 30 Yıl Savaşları sonrasında,[152] 1555 Ausburg Barış Sözleşmesi[153] ve sonrasında 1648 Vestfalya Barış Sözleşmesi ile başlar.[154]

---

146 Bilgin, s.703; Ayrc. Amerikan yüksek mahkemesinin, din özgürlüğüne yönelik kararları için bkz. Çaha, s.21.

147 Amerikan Bağımsızlık Bildirgesi 4 Temmuz 1776 tarihinde kabul edilmiştir. Bu bildirgeyi birleşik devletin 13 üyesi oy birliği ile kabul etmiştir. Bu konuda bkz. Muzaffer Sencer, "İnsan Hakları Açısından Amerikan Devrimi", *İnsan Hakları Yıllığı*, Sayı 9-1, Yıl:1987, s.97 vd.

148 Sencer, s.95.

149 Sencer, 97; Ayrc. Virginia İnsan Hakları Beyannamesi'nin 16. Maddesi: "Yaradan'a borçlu olduğumuz görevimiz, dinimiz ve bunu yerine getirme tarzımız, şiddet ve baskıyla değil, ancak irade ve inançla belirlenebilir; bu yüzden herkes, dininin gereklerini, vicdanının buyruklarına göre yerine getirmek hakkına sahiptir; birbirine karşı, Hıristiyan sabrını, sevgisini ve merhametini göstermek herkesin görevidir."

150 Sencer, s.106; Albayrak, s.189.

151 Bkz. Bilal Sambur, "Din Özgürlüğü-Felsefi Bir Bakış", ,içinde: Türkiye'de Din Özgürlüğü ve Laiklik, editör: Hasan Yücel Başdemir, Ankara 2011s.21.

152 30 Yıl Savaşları 1618-1648 başta Almanya olmak üzere, Avrupa'nın 4 farklı bölgesinde yaşanan savaşlardır. Savaşların en temel sebebi dini uyuşmazlıklar ve Protestanlar ile Katolikler arasında yaşanan mezhep kavgalarıdır. Kesin sayı bilinmemekle birlikte Almanya'da 5-7 milyon kişinin savaşta öldüğü tahmin edilmektedir. O dönem Almanya'sında nüfusun 15-17 milyon olduğu tahmin edilmektedir. Bu savaş sürecinde birçok bölgede tamamen nüfus yok olmuştur. Bkz. "Grundzüge des Kriegsverlaufs"

İnsan hakları için verilen kanlı mücadelelerden sonra, Avrupa'da Anayasacılık hareketlerinin yaşandığı 18.Yy da ve 19.Yy da anayasalara dâhil edilen en temel hak ve hürriyetlerden biri olan din ve vicdan özgürlüğü iki temel öğeden meydana gelir. Bir dine inanma, bu inandığı dine ilişkin olarak kanaatlerini açıklama, yayma ve dinin emrettiği şekilde ibadet etme ve yaşama hakkını ihtiva eden *"Din Özgürlüğü"* bu temel öğelerden birisidir.[155] İkinci öğe ise, tarih boyunca din özgürlüğü ile birlikte ele alınan ve ancak modern dönem diyebileveğmiz 20. yüzyılın ikinci yarısında gelişim gösteren ve ayrışan *"Vicdan özgürlüğü"*dür.[156]

Vicdan kavramı bu anlamıyla, kural olarak etik ile ilgili bir kavramdır.[157] Vicdan özgürlüğü, esas itibarıyle insanın iç dünyası ile ilgili olmakla birlikte,[158] koruma kapsamına sadece insanın iç dünyasında oluşturduğu kanaati değil, bu kanaate göre yaşamayı ve hareket edebilme özgürlüğü de dâhildir.[159] Vicdan özgürlüğünün, Avrupa'da dışa

---

http://homepage.ruhr-uni bochum.de/till.witthaus/grundzuege.htm (Erişim 20.12.2017).

[153] Her ne kadar Augsburg barış sözleşmesinin mezhepler arası çatışmayı önlemek maksadıyla yapıldığı ifade edilse de burada getirilen „Cuius regio, eius religio – Wer regiert, bestimmt die Religion", kim iktidarda ise onun dininin (mezhebinin) olacağına dair kural pek çok yönden sakıncalar ortaya koymuştur. Bu süreç devamında 30 yıl savaşlarını ve 1648 Vestfalya Antlaşmasına giden süreci başlatmıştır. https://www.luther2017.de/wiki/stationen-der-reformation/1555-eroeffnung-des-augsburger-reichstages-augsburger-religionsfriede/index.html (E.T. 20.01.2021) Ayrc. Akif Emre Öktem, Uluslarası Hukukta İnanç Özgürlüğü, Ankara 2002, s.37; Peter L. BERGER, "Auf der Suche nach einer Friedensformel: Replik", içinde: Nach dem Niedergang der Säkularisierungstheorie, hrg. Peter L. Berger, Münster 2013, s.42.

[154] Axel Freiherr Von Campenhausen,"Staat und Religion nach dem Grundgesetz", *Humboldt Forum Recht* 12/2008, s. 125; Oliver Hidalgo, „Rückkehr der Religionen und Säkularisierung", içinde: Das Narrativ von der Wiederkehr der Religion, Hrsg. H. Zapf ve diğerleri, Wiesbaden 2018, s.19; Arndt Künnecke, „Der Europäische Minderheitenbegriff. Entwicklung und Wirkung". Teil 1, jurisprudence, yıl:2013 Sayı: 20(4), s. 1284; Lothar Haeberle, „Religionsfreiheit und Staatskirchenrecht in Deutschland – eine nicht nur verfassungsrechtliche Lageskizze", içinde: Islam – Säkularismus – Religionsrecht: Aspekte und Gefährdungen der Religionsfreiheit, (hrgs) Lothar Häberle / Johannes Hattler, Heidelberg 2010, s.16.

[155] Yayla, Atilla, Anayasa Teorisine ve Hukukuna Giriş, Ankara 2018, s.143.

[156] Esra Atalay, "Vicdan Özgürlüğü", *İnsan Hakları Yıllığı*, Cilt 21-22, 1999-2000, s.121.

[157] Atalay, 122, farklı bir görüş için bkz. YAYLA, Atilla, s.143 "Vicdan özgürlüğü ise metafizik-felsefi kanaat özgürlüğüdür." ; Ayrc. bkz., BAŞGİL, s.112 "...Vicdan hürriyeti din hürriyetinden daha geniştir ve yalnız dini değil, aynı zamanda herhangi bir siyasi, iktisadi veya felsefi akide ve kanaat serbestliğini de ifade eder."

[158] Bkz. Atalay, s.127; Roman Herzog, „Die Freiheit des Gewissens und der Gewissensverwirklichung", *Deutsches Verwaltungsblatt*, 15. September 1969, s.719.

[159] Vicdan özgürlüğünün koruma kapsamında, insanın iç dünyasında serbestçe karar alabilmesi mi, yoksa koruma kapsamına alınan bu kararların dış dünyadaki uygulamaları da dikkate alınacak mı? Sorusuna ilişkin olarak yapılan tartışmalar için bk. Atalay, s.127 vd. Vicdan özgürlüğünün dışa yansıyan kısmı için de koruma

yansıyan kısmının da koruma altına alındığının en belirgin örneğini ise, Silah Altına Alınmadan Kaçınma (Kriegsdienstverweigerungsrecht) hakkı[160] oluşturur.[161] Koruma kapsamındaki sujesi gerçek kişiler olan vicdan özgürlüğünün dışa yansıması farklı şekillerde kendini gösterebilir. Bu, bireyin bir konuda vicdani kanaatlerine uygun olarak, yasal vazifeye karşı itaat etmeme şeklinde kendini gösterebileceği gibi, aktif olarak, vicdanının sesine göre hareket ederek, bir davranışta bulunmayı da kapsar.[162] Burada kişinin vicdanının beslendiği kaynağın önemi yoktur. Dini, ahlaki, metafizik kaynaklar, kişinin vicdani kanaatinin dışa yansımasına temel teşkil edebilir. Kişinin davranışlarının sadece vicdani kanaatinin yansıması olarak ifade etmesi yeterlidir.[163]

Vicdan özgürlüğünün hukuki olarak korunması açısından baktığımızda, kişinin iç dünyasındaki vicdani kanaatini değiştirebilmesi de koruma kapsamındadır.[164] Ancak, kanaatin dışa yansıyan kısmı, kamu düzenini ihlal ediyorsa ve genel ahlaka aykırılık teşkil ediyorsa koruma kapsamında yer almaz.[165]

Günümüz modern Anayasalarında yer alan ve düzenlenen din özgürlüğü, inanma özgürlüğü ve inandığı dini yaşama ya da ibadet özgürlüğü şeklinde görülür.[166] Bu özgürlüğün esasını bir dine inanma, inanç hürriyeti oluşturur. A.Fuat Başgil, bu özgürlüğün esası olan bir

---

sağlanacağına ilişkin olarak ayrc. bkz., Ernst-Wolfgang Böckenförde,*"Das Grundrecht der Gewissensfreiheit", Staat, Verfassung, Demokratie: Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht*, 1991, s. 217.

160 Silah Altına Alınmadan Kaçınma (Kriegsdienstverweigerungsrecht) hakkı, Almanya'da ayrı yasa ile düzenlenmiştir. Burada, izaha gerek olmaksızın kişinin sadece silahaltına alınmak istemediğini beyan etmesi yeterlidir. Bu konuda 2. Bölümde Almanya konusu ele alınırken geniş şekilde değinilecektir.

161 Hans Hofmann, içinde: Bruno Schmidt-Bleibtreu, Franz Klein, *GG Kommentar zum Grundgesetz*, 2004, s. 243; Mehmet Altundiş, „Avrupa Konseyi ve AİHM Kararlarına Göre Türk Hukukunda Vicdani Red Hakkı", *Yasama Dergisi,* s. 20, 2012, s.146; ayrc. bkz., Murat Sevinç, „Türkiye'de ve batı demokrasilerinde, vicdani ret, zorunlu askerlik ve kamu hizmeti", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*,Yıl: 2006 Sayı: 1 Cilt: 61, s.299; " Özellikle Almanya gibi, genç nüfusun diğer Avrupa ülkelerine nazaran fazla olduğu bir yerde vicdani retçiliği hak olarak tanımak, sadece inanç ve ifade özgürlüğü konusunda atılmış olumlu bir adım olmanın ötesinde anlamlar taşımaktadır."

162 Atalay, s.130.

163 Hofmann, s.243; ayrc. Christian Von Coelln/Gröpl/Wındthorst, *Grundgesetz – Studienkommentar*- München 2013, s.108.

164 Atalay, s.131.

165 Atalay, s.139; Von Coelln/Gröpl/Wındthorst, s.108.

166 Yayla, Atilla, s.143.

dine inanmayı, *"iman hürriyeti"* olarak tanımlar ve bu kavramı şu şekilde tarif eder:[167]

> *"İman Hürriyeti; ferdin resmi veya gayri resmi bir tazyıka, tesir, tehdit ve tedhişe uğramaksızın dilediği ve beğendiği bir dinin akidelerine serbestçe inanması ve bunları benimseyerek vicdanına mal edebilmesidir."*

İnanç ya da iman özgürlüğü kapsamında bir dine inanmama özgürlüğü de değerlendirilmesi gerekir. Bir dine inanmama özgürlüğünün de bir hak olarak mevcut olması ve bunun koruma altına alınması gerekir.[168]

İnanma özgürlüğünün devamında, Başgil'e göre, bir de "amel hürriyeti" vardır.[169] Buna göre amel hürriyeti;

> *"ferdin akidelerini benimsediği dinde emredilen vazifeleri, dinin kendi lisanıyle, nasslar, örf ve içtihatlarla yerleşmiş usul ve adabı dairesinde, resmi veya sivil bir tazyıka, tesir, tehdit ve tedhişe uğramaksızın serbestçe ifa edip yerine getirebilmesidir."*

Bu birbirini takip eden iki özgürlük, süreç içerisinde pek çok hakkı kişiye bahşeder. Bu hakları ve özgürlükleri sadece ibadet özgürlüğü ve inancın gereklerini yerine getirme özgürlüğü şeklinde değerlendirmek doğru değildir.[170] Din özgürlüğü kapsamında ortaya çıkan ve korunmaya değer bireylerin haklarını, inanma hakkı, serbestçe ibadet edebilme hakkı, dini eğitim ve terbiye hakkı, dini yayın yapma hakkı, dini tebliğ etme hakkı, her alanda dinin emrettiği şekilde davranabilme hakkı, bireysel ve toplumsal açıdan dini ahlak ile bezenme hakkı olarak saymak mümkündür.[171]

Kişinin iman etme ve inanma hakkını hiç bir şekilde kanun konusu yapılamayacak bir hak olarak kabul eden Başgil, fakat din özgürlüğünün ve bundan doğan hakların, kanun ve örf ile sınırlandırılabileceğini kabul eder. Ancak bu sınırlandırmalar dine uygun olmalıdır.[172] Sınırlamalarla ilgili esas alınacak unsurlardan en önemlisi, diğer bireylerin aynı değerdeki haklarıdır. Sınırlamanın çerçevesini bu belirler. İkinci olarak

---

[167] Başgil, s.111; ayrc. karş. „İnanç alanı din özgürlüğünün özünü oluşturur" İbrahim Ö. Kabaoğlu, "Din Özgürlüğü", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi,* yıl:1991, Cilt:46, sayı:1, s. 268.

[168] Mustafa Erdoğan, "Sivil Özgürlük Olarak Din ve Vicdan Özgürlüğü*", Liberal Düşünce Dergisi*, Kış 2001, sayı:21, s.41.

[169] Başgil, s.111.

[170] Erdoğan, s.41; Kabaoğlu, s. 268.

[171] Başgil, s.111; ayrc. Kabaoğlu, s.268; Erdoğan, s.41 vd.; Din ve Vicdan özgrülüğünün temel unsurları konusunda ayrc. bkz. Köse, "Din"s.15-16.

[172] Başgil, s.136 vd. Ayrc. karş. Kabaoğlu, s.268, „...inanç ve vicdan özürlüğünün belli bir sınırlandırmaya tabi kılınmaması gerektiği, sadece güvenceye alınmasının yeterli olacağı belirtilmelidir."

ise, sınırlamanın çerçevesini kamu düzeni belirler. Din özgürlüğünün dışa yansıyan tarafını oluşturan yukarıda saydığımız haklar, kamu düzenini rahatsız etmedikçe –burada ölçü yine başkalarının hürriyetinin ihlalidir- huzur ve sükûnu bozmadıkça, din özgürlüğünden doğan haklara keyfi ve siyasi düşüncelerle sınırlama getirilemez.[173]

Din özgürlüğü, kişiler arası karmaşık münasebetlerin ortaya çıkardığı değerlerdir. Bu değerler, ferdlerin inançlarına alternatif olmadıkları gibi, onların inançlarının da bir parçası değillerdir. Kişi dini ibadetini yerine getirirken, diğer bireylerin inançlarına zarar veriyorsa, din özgürlüğü açısından en üst seviyeye ulaşılmış demektir. Bu andan itibaren, kamu otoritesi, bu oluşan yeni durumu sınırlama ölçütü olarak değerlendirecek ve din özgürlüğünün teminatı olarak devreye girecektir. Kamu otoritesi ya da devlet bu durumda, dini davranışları ya da inanca göre hareket etme durumunda başkalarının durumunda bir kötüleşme varsa bir sınırlamaya gidebilir.[174]

SONUÇ

Din, insanlık tarihi ile başlayan bir olgu olarak, hiçbir zaman insan hayatından silinmemiş, dinin olmadığı bir dönem yaşanmamıştır. Sadece bir inanma ve inandığı doğrultuda yaşama eylemi olarak görülmemesi gereken din, sosyal yapıyı düzenleyen, insanlar arasındaki ilişkilerde belirleyici olan ve sadece o dine inanan insanlara değil, toplumun her kesimine bir yaşam biçimi sunan, içerisinde emir ve yasakları barındıran ve ilahi bir kaynaktan beslenen bir olgu olarak karşımıza çıkar. Din ile şekillenen ya da din etkisinde olan sosyal gruplar, her türlü etkiden uzak ve tamamen kendi içerisinde tecrit edilmiş bir şekilde yaşam süremeyecekleri gibi, hayatın her alanında hem diğer gruplarla, hem de siyasi gruplarla ve devletle ilişki içerisindedir.

Dinin, siyasi gruplarla ve devletle olan ilişkisi hep tartışmalı olmuştur. Fakat, din ile devlet ve siyasi gruplar ilişkide olduğu zamanlar birbirlerini de etkilemiştir. İsa peygamber ile Romalı kumandan Pontius Pilatus arasında yaşanan olayda din, Musa Peygamber ve Firavun arasında yaşanan iktidar mücadelesinin tekrarı niteliğinde bir olayla

---

173 Başgil, s.153; ayrc. karş. „... kamu düzenin korunması genel sınırlama nedeni olarak kabul edilmelidir“, Kabaoğlu, s.270; Kabaoğlu, aynı yerde devamla, hoparlörle ezan okunmasını kamu düzenini ihlal olarak kabul etmekte, hatta sabah ezanlarının, ilgili semtlerde dinginliği bozacağı iddiasındadır. Kanaatimizce bu değerlendirmelerin, hiç bir hukuk kuralı ile örtüşecek tarafı yoktur.

Ezanın ve diğer ibadete çağrı ritüellerinin din özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi gerektiğine ilişkin olarak bkz. Tolga Şirin/Erkan Duymaz/Deniz Yıldız, *Türkiye'de Din ve Vicdan Özgürlüğü,* Ankara 2016, s.88 vd.

174 Hasan Yücel Başdemir, "Optimum Değerler Olarak Laiklik ve Din Özgürlüğü", içinde: *Türkiye'de Din Özgürlüğü ve Laiklik*, editör: Hasan Yücel Başdemir, Ankara 2011, s.171-172

neticelenmiştir. Ancak bu defa olayın içerisinde, Firavun zulmünden kurtarılan Yahudiler de vardır. Pilatus'un bilmek istediği tek şey, İsa peygamberin, Yahudilerin kralı olup olmadığıdır. İsa peygamberin soruya cevabı, aslında yeni bir mücadelenin ilk işaretidir. Verilen cevap, gerçeğin yanında ama tüm krallara karşı olduğu cevabıdır. İktidar sahibi Pilatus'un İsa peygambere karşılık sorusu, iktidarın inanan insan karşısındaki çaresizliğini ve korkusunu ortaya koyar: Gerçek nedir?

Başlarda baskı görmeyen bu yeni din, inananların sayısının artmaya başlaması ile yerleşik düşüncelere tehdit olarak algılanıp baskılanmaya çalışılır. Yeni dine inananların sayısının artması, başlangıçta siyasi iktidar üzerinde bir etki göstermese de sonraki dönemlerde inanan Hristiyanların arasından çıkarak bir güç haline gelen ruhban sınıfı, iktidarla sıkı bir ilişki içerisine girmiştir. Avrupa sathında asıl iktidar mücadelesi, bu ruhban sınıfının oluşumu ve kilisenin kuruluşu ile başlamıştır.

Din, nüfuzunu arttırdıkça, siyasi otorite karşısında farklı yetkiler ve fikir ayrılıklarıyla yer almaya başlamış; mülkiyet, eğitim, hak ve eşitlik, adalet gibi konularda iktidar söylemlerinden farklı söylemlerle bir ayrışmaya sebep olmuştur.

Protestanlığın ortaya çıkardığı inançta ikilik, devlet ve din açısından bir başka yeni durumu da beraberinde getirmiştir. Otoritesi sarsılan kilise, taraftarı olan devlet ve krallar aracılığı ile Protestanlara karşı baskı ve saldırı yöntemlerini kullanarak bu yeni inancı sindirmeye çalışmıştır.

Vestfalya Antlaşması ile siyasi iktidar ve düşünce üzerinde dini etkinin olmadığı yeni bir dönem başlamış ve bu başlangıç, Avrupa'nın her yerinde geniş halk kitlelerine hitab eden fikirler, felsefi düşünceler gelişmiş ve vatandaş, ulus, sosyal sözleşme, genel irade ve kişi hakları gibi kavramlar gündelik dile girerek, kiliseye karşı etkin ve gelişmiş bir muhalefet dili oluşturmuştur. Katolik kilisesine karşı oluşturulan bu muhalefet dili, önce kilisesinin güç kaybetmesine, Fransa örneğinde olduğu gibi çok acı sonuçları olan bir mücadele biçimine dönüşmüştür.

Tüm bu süreç sonunda Fransa örneğinde olduğu gibi, dini olanın, devletten ayrılması "Laiklik" dediğimiz katı bir anlayışla gerçekleşirken, Avrupa'nın her yerinde aynı tecrübe yaşanmamıştır. Reformasyon döneminden, XX. yüzyılın başına kadarki anayasacılık hareketlerine kadar, her ülke, din ve devlet arasındaki ilişkiyi kendi yaşadıkları tarihi tecrübeye göre şekillendirmişlerdir. Bu tarihi tecrübeler, din ve devlet ilişkisinde ülkeden ülkeye farklılık gösteren modellerin uygulanmasına ve bu modellerin günümüze kadar gelmesine sebep olmuştur. Nihayetinde bu modeller, insan hakkı olarak din ve vicdan özgürlüğünün gelişimine de etki etmiştir.

KAYNAKÇA

- "Grundzüge des Kriegsverlaufs", http://homepage.ruhr-uni bochum.de/till.witthaus/grundzuege.htm (Erişim 20.12.2017).
- Akbulut, Olgun, Anayasal Dinsel Çoğulculuk, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016.
- Aktay, Yasin, Postmodern Kavşakta Din ve Sivil Toplum, Tezkire, İstanbul 2015.
- Albayrak, H. Şule, "Batı Ülkelerinde Din ve devlet İlişkilerindeki Alternatif Modeller ve Türkiye Örneği", Marmara Üniversitesi İlâhiyat Fakültesi Dergisi, Cilt-Sayı 48, Haziran 2015, ss.185-198.
- Altundiş, Mehmet, Avrupa Konseyi ve AİHM Kararlarına Göre Türk Hukukunda Vicdani Red Hakkı, Yasama Dergisi, S. 20, 2012, ss.143-174.
- Altuntaş, Mehmet, Türk Anayasalarında İnsan Hakları, Yayımlanmamış Uzmanlık Tezi, Ankara 2002.
- Ardoğan, Recep, "Kelami açıdan İnsan Haklarının Temellendirilmesi" içinde: Kur'an ve Sünnete Göre Temel İnsan Hakları, edt. Muhsin Demirci, İstanbul 2014, ss.57-117.
- Arndt Künnecke, „Der Europäische Minderheitenbegriff. Entwicklung und Wirkung". Teil 1, jurisprudence, yıl:2013 Sayı: 20(4)
- Arnhart, Larry, Plato'dan Rawls'a Siyasi Düşünce Tarihi, çev: Ahmet Kemal Bayram, 3.Baskı, Adres Yayınları, Ankara 2008.
- Atalay, Esra, Vicdan Özgürlüğü, İnsan Hakları Yıllığı, Cilt 21-22, 1999-2000, ss.121-144.
- Ataman,Kemal, Ulus Olmanın Kutsal temeli: Sivil Din, 2. Baskı, Bursa 2020
- Aydınalp, Halil, "Sosyal Çatışma ve Din", Uludağ Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, Cilt: 19, Sayı: 2, 2010, ss.187 – 215.
- Başdemir, Hasan Yücel, "Optimum Değerler Olarak Laiklik ve Din Özgürlüğü", içinde: Türkiye'de Din Özgürlüğü ve Laiklik, editör: Hasan Yücel Başdemir, Liberte Yayınevi, Ankara 2011, ss.147-173.
- Başgil, Ali Fuad, Din ve Laiklik, 14.Baskı, Yağmur Yayınları, İstanbul 2015.
- Berger, Peter L., "Auf der Suche nach einer Friedensformel: Replik", içinde: Nach dem Niedergang der Säkularisierungstheorie, hrg. Peter L. Berger, Uni Print, Münster 2013.
- Bilgin, Ahmet, "Hak ve Özgürlükler, Çifte Standartsız Bir Dünya", Yeni Türkiye, Temmuz-Ağustos 1998, ss.702-704.
- Bochinger, Christoph, "Zur Funktion der Gemeinschaft in Religionen", içinde: Kirche und Umma Glaubensgemeinschaft in Christentum und İslam (Hg.), Hansjörg Schmid ve diğerleri, Regensburg 2014, ss.23-41.
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang, „Das Grundrecht der Gewissensfreiheit", Staat, Verfassung, Demokratie. Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht, 1991.

- Çaha, Ömer, "Amerikan Modeli: İnanç ve Özgürlüğün Buluşması", Liberal Düşünce Dergisi, Yıl:8, Sayı:30-31, Bahar – Yaz 2003.
- Can, Cahit, "İlksel Düşünce ve Toplum-Din İlişkileri" içinde: Prof.Dr. Adnan Gürüz'e Armağan, Ankara 2016 ss.203-238.
- Canatan, Kadir, Din ve Laiklik, İnsan Yayınları, İstanbul 1997.
- Cavuldak, Ahmet, Gemeinwohl und Seelenheil, Die Legitimitaet der Trennung von Religion und Politik in der Demokratie, Transcript Verlag, Bielefeld 2015.
- Ceylan, Yasin, "Siyaset, İktidar, Din", Ankara Barosu Dergisi, yıl:65, sa. 4, Güz 2007, ss.9-11.
- Çolak, Yılmaz, Türkiye'de Kültürel İktidarın Kuruluşu 1923-1945, Ankara 2017.
- Czermak, Gerhard, Religions- und Weltanschauungsrecht, Berlin 2008.
- Depenheuer, Otto, "Staat und Religion: Ordnungsmodelle zwischen souveraenen Potenzen", içinde: (hg.) O.Depenheuer/İ.Doğan/ O.Can, Zwischen Saekularitaet und Laizismus, Münster 2005 ss.9-26.
- Dilbirliği, Muhterem, Avrupa'da Din ve Vicdan Özgürlüğü, Ankara 2020
- Eliade, Mircea, Dinin Anlamı ve Sosyal Fonksiyonu, Yaratılış Özlemi, çev. Mehmet Aydin, İstanbul 2015.
- Erdoğan, Mustafa, "Sivil Özgürlük Olarak Din ve Vicdan Özgürlüğü", Liberal Düşünce Dergisi, Kış 2001, sayı:21, ss.40-47.
- Eren, Selim, "Din, Devlet, Siyaset", içinde: Din Sosyolojisi, Editörler: Niyazi Akyüz, İhsan Çapcıoğlu, 4.Baskı, Ankara 2016, ss.571-586.
- Eroğlu, Ahmet Hikmet, "Doğu Batı Kiliselerinin Ayrılış Sebepleri", Dini Araştırmalar, , C.2, S.5, Eylül-Aralık 1999, ss. 387-413.
- Freyer, Hans, Din Sosyolojisi, çev. Turgut Kalpsüz, Ankara 1964.
- Geanakoplos, Deno J., "Bizans İmparatorluğu'nda Kilise ve Devlet : Sezaropapizm Sorununu Yeniden Düşünmek", çev. Mustafa Alican, Tarih Okulu, Ocak – Nisan 2011, S. IX, ss.169-198.
- Güneş, Abdurrahman, "Sosyolojik Olarak Din ve Toplum İlişkileri", Fırat Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Cilt: 24, Sayı: 1, Yıl 2014, ss. 153 – 164.
- Gunn, T.Jeremy, Din Özgürlüğü ve Laisite, çevirenler: Hüseyin Bal, Ömer Faruk Altıntaş, Ankara 2014.
- Güriz, Adnan, Hukuk Felsefesi, Ankara 2017.
- Haeberle, Lothar, "Religionsfreiheit und Staatskirchenrecht in Deutschland – eine nicht nur verfassungsrechtliche Lageskizze", içinde: İslam – Säkularismus – Religionsrecht: Aspekte und Gefährdungen der Religionsfreiheit, (hrgs) Lothar Häberle / Johannes Hattler, Heidelberg 2010, ss. 5-25.
- Herzog, Roman, „Die Freiheit des Gewissens und der Gewissensverwirklichung", Deutsches Verewaltungsblatt, Jahrgang 84, 15. September 1969, ss.718-720.
- Hidalgo, Oliver, "Rückkehr der Religionen und Säkularisierung", içinde: Das Narrativ von der Wiederkehr der Religion, Hrsg. H. Zapf ve diğerleri, Wiesbaden 2018, ss.13-33.
- Hobbes, Thomas, Leviathan, çev. Semih Lim, 6.Baskı, İstanbul, 2007.

- Hofmann, Hans, içinde: Bruno Schmidt-Bleibtreu, Franz Klein, anayasa Kommentar zum Grundgesetz, 2004.
- https://incil.info (Erişim 17.12.2017).
- https://wol.jw.org/tr/wol/d/r22/lp-tk/2005683 (Erişim 17.12.2017).
- https://www.luther2017.de/wiki/stationen-der-reformation/1555-eroeffnung-des-augsburger-reichstages-augsburger-religionsfriede/index.html (E.T. 20.01.2021)
- İmga, Orçun, „Amerika" Amerika'da Din ve Devlet, Liberte Yayınları, Ankara 2010.
- İmga, Orçun, „Hollanda" "Hollanda'da Din ve devlet İlişkileri Ve Kilise-Devlet Ayrılığı", Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, S:29, Nisan 2011, ss. 195-201.
- Israel, Jonathan, Die Französische Revolution, Reclam Verlag, Stuttgart 2017.
- İzzetbegoviç, Aliya, Doğu Batı Arasından İSLAM, çev. Salih Şaban, Yarın Yayınları, İstanbul 2013.
- Jonkers, Peter, „Das gespannte Verhaeltnis Zwischen Religion und Politik in der Moderne", içinde: Hegel-Jahrbuch 2013
- Kabaoğlu, İbrahim Ö., "Din Özgürlüğü", AÜSBF Dergisi, yıl:1991, Cilt:46, sayı:1, ss.265-278.
- Kahraman, Mehmet, "Avrupa Birliği Ülkelerinde ve Türkiye'de Laiklik", Mustafa Kemal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Yıl:2008, C:5, S:9, ss.57 – 77.
- Köse, Saffet, „Din", "Din Özgürlüğü ve Barış Yolunda İki Tecrübe, İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, S.5, 2005, ss.13-48.
- Köse, Saffet, „Menschenrechte" "Menschenrechte aus İslamischer Perspektive", içinde: Menschenrechte aus zwei İslamtheologischen Perspektiven, Mohammed Hashim Kamali / Saffet Köse, Frankfurt am Main, 2013, ss.107-194.
- Küçük, Adnan, "Laikliğe ilişkin tartışmalar ve iki Laiklik modeli", içinde: Türkiye'de Din Özgürlüğü ve Laiklik, editör: Hasan Yücel Başdemir, Ankara 2011, ss. 39-96.
- Künnecke, Arndt, "Der Europäische Minderheitenbegriff. Entwicklung und Wirkung. Teil 1", jurisprudence, yıl:2013 Sayı: 20(4), ss.1283-1301.
- Kurt, Abdurrahman, Sosyolojik Din Tanımları ve Dine Teolojik Bakış Sorunu, Uludağ Üniversitesi İlâhiyat Fakültesi Dergisi, Cilt: 17, Sayı: 2, 2008, ss. 73 – 93.
- Locke, John, Hoşgörü Üstüne Bir Mektup, çev. Melih Yürüşen, 8. Baskı, Ankara 2017.
- Lothar Haeberle, „Religionsfreiheit und Staatskirchenrecht in Deutschland – eine nicht nur verfassungsrechtliche Lageskizze", içinde: Islam – Säkularismus – Religionsrecht: Aspekte und Gefährdungen der Religionsfreiheit, (hrgs) Lothar Häberle / Johannes Hattler, Heidelberg 2010
- Mardin, Şerif, Din ve İdeoloji, 23. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul 2015.
- Nebhan, Faruk, "İslam Hukukunda Temel Hak ve Hürriyetler", çev. Servet Armağan, İslam Tetkikleri Enstitüsü Dergisi, Cilt: VII, sa. 1-2, Yıl:1978, ss. 275-288.

- Öktem, Akif Emre, Uluslarası Hukukta İnanç Özgürlüğü, Liberte Yayınları, Ankara 2002.
- Öktem, Niyazi, "Fransız Devriminin Felsefesi ve Türkiye", İÜHFM, C.:53, S.:1-4, Yıl 1990, ss.267 – 272.
- Okumuş, Ejder, "Sosyoloji", Din Sosyolojisi, Ankara 2018.
- Okumuş, Ejder, "Toplumsal Değişme ve Din", Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi, C.8 S.30, Güz-2009, ss.323-347.
- Özipek, Bekir Berat, Muhafazakârlık, İstanbul 2011.
- Özyurt, Cevat, İnsan Haklarının Küreselleşmesi, İnsan Hakları Araştırmaları, Yıl:2 Sayı:2, 2004, ss. 65-84.
- Rill, Bernd, Frankreich und Der Islam, Egalité und liberté versus Moschee, içinde: Frankreich im Umbruch, (Hrsg.) Richard Rill, München 2015
- Rousseau, Jean-Jacques, Toplum Sözleşmesi, çev. Vedat Günyol, 9.Baskı, İstanbul 2012.
- Salihpaşaoğlu, Yaşar, Din ve Devlet Arasındaki İktidar Mücadelesi: Avrupa Örneği, Ankara 2014.
- Sambur, Bilal, „Tahlil", "Medine Vesikasının Özgürlük ve Çoğulculuk Açısından Tahlili", Liberal Düşünce Dergisi, Yıl 19, Sayı 76, Güz 2014, ss.179-186.
- Sambur, Bilal,"Din", "Din Özgürlüğü-Felsefi Bir Bakış", ,içinde: Türkiye'de Din Özgürlüğü ve Laiklik, editör: Hasan Yücel Başdemir, Ankara 2011, ss.17-38.
- Sayın, Yusuf, "İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi ve İslam", İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, S.26, 2015, ss. 423-454.
- Schroeder, Christoph, "„Was ist Wahrheit?" (Joh 18,38) Die Pilatusfrage im gegenwärtigen gesellschaftlichen Kontext", https://www.frei-und-fromm.de/positionen/lebensf%C3%BChrung/was-ist-wahrheit/ (Erişim 17.12.2017).
- Seidler, G.L., Bizans Siyasal Düşüncesi, çev. Mete Tunçay, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara 1980.
- Şekerci, Osman, İslam Ülkelerinde Gayri Müslümlerin Temel Hakları, İstanbul 1996.
- Sencer, Muzaffer, "İnsan Hakları Açısından Amerikan Devrimi", İnsan Hakları Yıllığı, Sayı 9-1, Yıl:1987, ss. 85-126.
- Sevinç, Murat, "Türkiye'de ve batı demokrasilerinde, vicdani ret, zorunlu askerlik ve kamu hizmeti", Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi ,Yıl: 2006 Sayı: 1 Cilt: 61, ss. 297 – 322.
- Shestack, Jerome J., "İnsan Haklarının Felsefi Temelleri", Liberal Düşünce, Çev. Ali Rıza Çoban – Bilal Canatan, Cilt: II, No. 43, Yaz 2006, ss. 87 – 119.
- Şirin, Tolga / Duymaz, Erkan / Yıldız, Deniz, Türkiye'de Din ve Vicdan Özgürlüğü, Ankara 2016.
- Stutz, Ulrich, Die päpstliche Diplomatie unter Leo XIII. nach den Denkwürdigkeiten des Kardinals Domenico Ferrata, Verlag der Akademie der Wissenschaften, Berlin 1926.
- Subaşı, Necdet, Din Sosyolojisi, DEM Yayınları, İstanbul 2017.
- Taplamacıoğlu, Mehmet, Din Sosyolojisi, Ankara 1963.
- Tekin, Mustafa, "Kamusal Alanda Din", içinde: Din Sosyolojisi, Editörler: Niyazi Akyüz, İhsan Çapcıoğlu, 4.Baskı, Ankara 2016, ss.587-606.

- Von Campenhausen, Axel Freiherr, “Staat”, “Staat und Religion nach dem Grundgesetz“, Humbolt Forum Recht HFR, 12/2008, ss.123-129.
- Von Coelln/ Gröpl/ Wındthorst, Grundgesetz –Studienkommentar- München 2013
- Wach, Joachim, Din sosyolojisine Giriş, çev. Battal İnandı, Ankara 1987.
- Walter, Christian, Religionsverfassungsrecht, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen 2006.
- Weber, Max, Din Sosyolojisi, çev. Latif Boyacı, İstanbul 2012.
- Willoweit, Dietmar, Deutsche Verfassungsgeschichte, Vom Frankenreich bis Wiedervereinigung Deutschlands, C.H. Beck Verlag, 7.Auflage, München 2013.
- Yayla, Atilla, Anayasa Teorisine ve Hukukuna Giriş, Ankara 2018.
- Yayla, Mustafa, İslam Hukukunda İnsan Hakları ve Eşitlik, Konya 2011.
- Yılmaz, Murat, “Din ve Vicdan Hürriyeti Lâikliğe Aykırı mıdır?”, içinde: Türkiye’de Din Ve Vicdan Özgürlüğü Çeşitlilik, Çoğulculuk, Barış, editör: Murat Yılmaz, Ankara 2005, ss.3-20.
- Yılmaz, Ömer, “Avrupa Birliği Üye Ülkelerinin Ulus Anayasalarında “Din ve Vicdan Özgürlüğü””, Cumhuriyet Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi S: XI/1 – 2007, ss. 299 – 315.
- Yücel, Mustafa Tören, Hukuk Felsefesi, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Ankara 2014.

MECELLE-İ AHKÂM-I ADLİYYE'NİN HAZIRLANIŞI, UYGULANMASI VE KAPSAMI

Mücahit CEYLAN*

Özet: Osmanlı Devleti'nin son devrinin siyasi, hukuki ve iktisadi şartları muvacehesinde ortaya çıkan medeni kanun ihtiyacı, kanunun mehazi ile alakalı muhtelif fikirlerin öne sürülmesine sebep olmuştur. Code Civil'in (Fransız Medeni Kanunu) alınması veya fıkha dayanan bir kanun hazırlanması konusunda fikir ayrılığı oluşmuş, neticede Ahmet Cevdet Paşa'nın temsil ettiği görüş olan ikincisi tercih edilmiş ve böylece Türk hukuk tarihinin ilk medeni ve Borçlar Kanunu olan Mecelle hazırlanmıştır. 19.asırda Osmanlı hukukçularının Hanefi fıkhının içtihadlarından tedvin ettiği bir kanun çalışması olan Mecelle; bir mukaddime ve 16 kitaptan oluşmaktadır. Çalışmanın gayesi, Mecelle'yi ve hazırlanış sebeplerini tarihi süreç içerisinde incelemektir.

Anahtar Kelimeler: Tanzimat Fermanı, Medeni Hukuk, Mecelle, Kanunlaştırma, Fıkıh, Ahmet Cevdet Paşa, Resepsiyon, Telfik, İçtihat, Kanunname

Abstract: The necessity for a civil code, that appearanced from the political, legal and economic stipulations of the Ottoman Empire in last century, caused to varied views about the basis of the code. The diverse of the idea was on if adopt Code Civil or not to legislate a new law based on fıqh. Eventually, the opinion represented by Ahmet Cevdet Pasha was adopted, and Medjelle, the first civil code and code of obligations in Turkish legal history, was prepared. This nineteenth-century Ottoman code of laws known as Mecelle is often stated to be product of the judicial evolution of the Ottoman Empire. And based İslamic Law especially fıqh of Hanefi. This code consists of a prelude and sixteen books.

Keywords: İmperial Edict of Reorganization, Civil Law, Medjelle, Codification, Fıqh, Ahmet Cevdet Pasha, Reception, Collecting, Legal Precedent, Code of Laws.

* Hâkim, law.mucahit@gmail.com

GİRİŞ

Bilindiği üzere İslam hukukunun teşekkülünde herhangi bir yasama organının rolü olmamış, bu hukuk çoğu zaman resmi bir sıfatı olmayan hukukçuların içtihatlarıyla oluşmuştur.[1] Bu içtihatlar ise hukuk âlimlerinin eğitim ve öğretim sırasında yaptıkları izahlar ya da kendilerine yöneltilen sorulara verdikleri cevaplarla teşekkül etmiştir. İslam'ın ilk asrından (M.S 7.yy) beri İslam hukukçuları önlerine gelen meselede hükmü Kur'an ve Sünnet'ten bizzat içtihat ederek çıkardığından, bu durum farklı hukuki görüşlerin ortaya çıkmasına neden olmuştur. Başlangıç dönemlerinde içtihatlar arasında hiyerarşi olmamış, bu vaziyet, "İçtihat içtihadı nakz etmez." kuralı ile ifade edilmiştir.[2] Böylelikle İslam hukuku bağımsız bir içtihat hukuku olarak gelişmesini sürdürmüştür.

İçtihatların toplanması yolunda ilk girişim 8. yüzyılda ortaya çıkmıştır. Edebiyatçı ve kâtip İbn'ül Mukaffa[3] dönemin Abbasi Devleti halifesi Mansur'dan (714-775) fıkhı toplamasını istemiştir. Halife Mansur, bu isteği kabul edip İmam Malik b. Enes (712-795)'ten kendi eseri Muvatta'nın mahkemelerde fetva kitabı olarak kullanılmasını talep etmişse de İmam Malik'in rıza göstermemesi nedeniyle bu teşebbüs sonuçsuz kalmıştır.[4] Öte yandan fıkhi mezheplerin belirli bölgelerde hâkim olması ve mezhep içi içtihatların esahh-ı akval[5] gibi sıralamalara bağlı tutulması gibi nedenler fıkıh alanındaki dağınıklık ve istikrarsızlığı engellemiştir. Ayrıca Hanefi mezhebinde hâkimin vazifesinin devlet başkanının emri ile sınırlandırılabileceği görüşü kabul edildiğinden, bu doğrultuda çıkarılan emirlerle mahkemelerde uygulama birliği belli ölçüde temin edilmiştir.[6]

---

1 İçtihat: Sözlükte "çaba göstermek, bütün gücünü kullanmak, ısrarlı olmak, zahmet çekmek" anlamındaki "*cehd*" kökünden türeyen içtihat "bir konuda elden gelen çabayı sarf etmek, bir şeyi elde edebilmek için olanca gücü harcamak" demek olup hadislerde içtihat, "kadı ve yöneticinin doğru hükme ulaşmak için elinden gelen gayreti göstermesi" manasında kullanılması ile (Buhârî, "İʿtisâm", 13, 21; Müslim, "Akzıye", 15; Ebû Dâvûd, "Aḳzıye", 11; Tirmizî, "Ahkâm", 3) fıkıh çalışmalarında da bu anlamıyla kullanılmıştır. İçtihadın konusuna hükmü doğrudan ve açıkça belirtilmemiş meseleler girer. Bu husus Mecelle'nin 14. maddesinde "Mevrid-i nasta (Kur'an'da ve hadislerde açık olan fıkhi konularda) içtihada mesâğ (izin) yoktur" hükmüyle vurgulanmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Yunus Apaydın; Diyanet İslam Ansiklopedisi (DİA), "*İctihad*" md., İstanbul, 2000, c.21, s.432-445

2 Mecelle; md.16'da vurgulanan bu kural; bir içtihadın başka bir içtihatla kaldırılamayacağını ifade eder.

3 Ebû Muhammed Abdullah b. el-Mukaffa (ö. 142/759) İran asıllı mütercim, edip ve kâtip. Tahminen 720 veya 724 yıllarında doğmuş, 759 yılında vefat etmiştir.

4 Mehmet Akif Aydın; "Mecelle'nin Hazırlanışı", Osmanlı Ansiklopedisi, İstanbul, 1999, c.9, ss.32-33

5 Sözgelimi, Ebu Hanife ile iki talebesinden biri aynı görüşte birleşmişse bu esahh-i akvaldir, diğer talebesinin görüşü zayıf görüştür.

6 Bu konuda bkz. Mecelle; md.1801

Osmanlı Devleti'nin klasik döneminde hukuki hayattaki boşlukları doldurmak amacıyla İslam hukukunun paralelinde gelişen örfi hukuk sahasında muhtelif kanunnameler hazırlanmıştır. Ayrıca kanunnamelerin hükümleri şer'i hukuktan farklı olarak bütün Osmanlı vatandaşlarını kapsamına almıştır. Bu dönemde kadılar yargılamada fetva mecmuaları ve fıkıh kitaplarından faydalanmışlardır. Kadılar müftülerin fetvalarından da yararlanarak hukukun günlük uygulanmasında görev yapmışlardır.[7] Hanefi mezhebinin Osmanlı devletinin resmi mezhebi olması[8] ve fetva ve kazaya bu mezhebin, bu mezhep içerisinde farklı görüşler varsa esahh-ı akvalin[9] yani en sahih görüşün uygulanması[10] hukuki birlik ve istikrarı da beraberinde getirmiştir.[11]

Tanzimat döneminde ve sonrasında Osmanlı Devleti'nin siyasi, askeri, idari, sosyolojik ve kültürel yapısı birçok değişim ve dönüşüm geçirmiştir. Bu değişim ve dönüşüm esnasında her alanda olduğu gibi hukuk alanında da reforma ihtiyaç olduğundan; yeni idari ve sosyolojik yapıya uygun düzenlemeler yapmak gerekmiştir.[12] Bu düzenlemelerden bazıları Batılı devletlerden aynen iktibas yoluyla yapılırken; bazısı da Mecelle gibi özgün uğraşlar neticesinde ortaya çıkmıştır.[13]

Medeni hukuk, borçlar hukuku ve usul hukuku hükümleri ihtiva eden Mecelle, Türk hukuk tarihinde ayrı bir yere ve öneme sahip olmuştur. Hanefi fıkhının muamelat kısmını kodifiye eden bu kanun, borçlar hukukunun bütün hükümlerini, mülkiyet hakkı ve irtifak hakları ile alakalı bütün meseleleri en ince ayrıntılarına kadar düzenlemiştir.[14]

---

7 Colin IMBER; Şeriattan Kanuna Ebussuud ve Osmanlı'da İslami Hukuk, Çev. Murteza BEDİR, Tarih Vakfı Yurt Yayınları, İstanbul, 2004, s.11

8 Konuyla ilgili bkz. M. Ertuğrul Düzdağ; Şeyhülislam Ebussuud Efendi Fetvaları Işığında 16.Asır Türk Hayatı, İstanbul, 1972, c.1, s.91; Abdullah Demir; Şeyhülislam Ebussuud Efendi, Ötüken Neşriyat, İstanbul, 2006, s.212

9 Bu konuda bir fetva: "Esahh-ı akval ile hükme memurlardır ve hilafiyattan mahcurlardır." şeklindedir. Bkz. Ahmet Akgündüz; Osmanlı Kanunnameleri, OSAV Yayınları, İstanbul, 1990, c.4, s.39

10 Bazen Hanefi hukukunda daha az muteber gören görüşlere de yer verilmiştir. Buna vakıflara fayda getiren ve zamana daha uygun hükümler örnek verilebilir. Örneğin Mecelle'nin 207, 300, 313, 392, 447, 596, 682, 692, 714 maddelerinde azınlık görüşü esas alınmıştır. Bkz. Hayreddin Karaman; İslam Işığında Günün Meseleleri, İz Yayınları, İstanbul, 2003, c.2, s.403

11 Şeyhülislam Ebussuud Efendi'nin Ma'ruzat'ında "Bu diyarda Şafii kavliyle amel etmek yasaktır" şeklinde fetva vardır. Bkz. Şeyhülislam Ebussuud Efendi; Ma'ruzat, Haz. Pehlül Düzenli, Klasik Yayınları, İstanbul, 2013, s.341

12 Ali Akyıldız; Osmanlı Bürokrasisi ve Modernleşme, İletişim Yayınları, İstanbul, 2006, s.19 vd.

13 Mecelle literatürü hakkında detaylı bilgi için bkz. Sami Erdem; "Türkçe'de Mecelle Literatürü", Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi, Cilt:3, Sayı:5, 2005, s.677 vd

14 Mecelle'de hükümler tamamen Hanefi mezhebinden alınmıştır. Bkz. Mecelle Mazbatası, ss.11-14

Mecelle ile ilk kez hukukçuların içtihatlarıyla oluşan bir hükümler mecmuası, şer'i hukukun düzenlediği alanda yalnızca tedvin yetkisi olan Padişahça "*Mucebince amel olunsun*." denilerek onaylanıp resmi bir kanuna dönüşmüştür.[15] Daha önceleri kısmi kanunlaştırma faaliyetleri yapılmasına rağmen bu ölçüde bir kanunlaştırma İslam hukuk tarihinde bir ilk olarak karşımıza çıkar.[16]

I.TANZİMAT DÖNEMİ ÖNCESİ OSMANLI HUKUKU

Genel yapısı itibarıyla bir İslam Devleti olan Osmanlı Devleti'nde İslam Hukuku ve örfi hukuk birlikte uygulanmıştır. Örfi hukuk alanında düzenlemeler "kanunname" şeklinde yapılmakla birlikte şer'i hukuk alanında Tanzimat dönemine kadar herhangi bir kanunlaştırma teşebbüsüne rastlanmaz. Klasik dönemde bugünkü şekli anlamda kanun gibi olmamakla birlikte çeşitli kanunnameler hazırlanmıştır. Bunlar İslam hukukunun düzenlediği alanlarda değil, bu hukukun paralelinde gelişen ve onunla çatışmayacak bir tarzda hukuki hayattaki boşlukları dolduran örfi hukukun düzenlediği alanlardadır.[17] Örfi hukuk zaman içerisinde özellikle vergi hukuku ve arazi hukuku alanında doğan ihtiyaca göre çıkarılan irade ve fermanlara dayanır. Adaletin temini için halka uygulanacak kuralların bildirilmesi Hammurabi kitabelerinden beri mevcut olan bir uygulamadır. Osmanlı Devleti de bu yöntemi uygulayarak, sadece hukukçuların değil bütün halkın hukuk kurallarını açık bir şekilde öğrenebilmesini temin için çeşitli kanunnameler çıkarmıştır. Burada örfi hukukun, şer'i hukukun tanıdığı yetki muvacehesinde veya bu hukukun düzenlemediği sahalarda hüküm koyması söz konusudur. Kanunnameler şer'i hukuka aykırı olmamak kaydıyla örf ve adet hukukuna dayanmaktadır.[18]

Klasik dönemde Hanefi mezhebine mensup hukukçularca yazılan ve Osmanlı medreselerinde okutulan fıkıh eserleri, aynı zamanda kadıların bilgi ve hüküm kaynağı olarak görülmüştür. Bir başka ifadeyle bu dönemde bilgi kaynağı olarak kullanılan fıkıh eserleri, yürürlük kaynağı olarak da hizmet görmüş, böylece bir kanun metninin bulunmamasından doğan boşluğu doldurmuştur. Özellikle Fatih Sultan Mehmet döneminden Kanuni Sultan Süleyman dönemine kadar Molla Hüsrev (ö.1480) tarafından yazılan "Dureri'l Hukkam fi Şerhu Gureri'l-

---

15 Halil Cin; "Tanzimat Döneminde Osmanlı Hukuku ve Yargılama Usulleri", 150.Yılında Tanzimat İçinde, Yayına Hazırlayan: Hakkı Dursun Yildiz, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara, 1992, s.22

16 Mehmet Akif Aydın; Türk Hukuk Tarihi, Beta Yayıncılık, 14.Baskı, İstanbul, 2017, s.66

17 Halil İnalcık; Diyanet İslam Ansiklopedisi (DİA), "Kanunname" md., İstanbul, 2001, c.24, s.333

18 Mehmet Akif Aydin; a.g.e, 2017, s.75

Ahkâm",[19] ve Kanuni Sultan Süleyman döneminden Mecelle'ye kadar da İbrahim Halebi (1456-1549) tarafından telif edilen "Mülteka'l Ebhur"[20] kadıların çokça kullandıkları ve bu yönden adeta yarı resmi yürürlük kaynağı hüviyetine bürünen eserler olmuştur.[21] Bunların yanı sıra diğer fıkıh eserleri ve özellikle en sahih görüşü belirlemede ve hukuki sorunların çözümünü somut olaylarla kolaylaştırmada sayıları bir hayli fazla olan fetva mecmuaları da kadılara yardımcı olmuştur.[22]

II. TANZİMAT DÖNEMİ OSMANLI HUKUKU

Sözlükte "düzenleme, sıraya koyma, ıslah etme" anlamlarına gelen tanzim sözcüğünün çoğulu olan tanzîmât "düzenlemeler" manasına gelir ve literatürde de "Devlet kurumlarında yapılan ıslah ve düzenlemeler" manasında kullanılır.[23] Bu düzenlemelerin yapıldığı dönem de Tanzimat Dönemi şeklinde isimlendirilmiştir. 3 Kasım 1839'da İstanbul'da ilân edilmiş olan Gülhane Hatt-ı Hümâyunu[24] ile başladığı kabul edilen dönemin ne zaman sona erdiği tartışmalı olmakla beraber 1878'de meclisin kapatılmasıyla dönemin sona erdiğini kabul eden görüşler öne sürülmüştür.[25]

Tanzimat döneminde yapılan hukuki düzenlemelerden önce devrin siyasi ve idari yapısı hakkında kronolojik sırayla kısaca bilgi vermek faydalı olacaktır:

Dönemin dışişleri bakanı Mustafa Reşit Paşa tarafından 3 Kasım 1839 tarihinde İstanbul Gülhane meydanında bakanlar, din bilginleri, hahambaşı, Rum ve Ermeni patrikleri, esnaflar, elçiler ve başka hazır olanların önünde Tanzimat Fermanı duyurulmuştur. Ferman; can ve mal güvenliği, ırz ve namusun korunması, vergi rejiminin düzenlenmesi, asker alım sistemi ve rüşvetin önlenmesi konularında yeni kanunlar çıkarılacağını belirtmiş, devamında bu konuları görüşüp karara bağlamak üzere vazifelendirilen Meclis-i Vâlâ'nın üye sayısının

---

19 Eser hakkında detaylı bilgi için bkz. Ahmet Akgündüz; "Durer'ul Hukkam" md., İstanbul, 1994, DİA, c.10, ss.27-28

20 Eser hakkında detaylı bilgi için bkz. Şükrü Selim Has; "Mülteka'l Ebhur" md., İstanbul, 2006, DİA, c.31, ss.549-552

21 Ahmet Akgündüz; İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyatı, Osmanlı Araştırmaları Vakfı Yayınları, İstanbul, 2012, c.3, s.213

22 Örneğin Fetava-yı Ali Efendi, Fetava-yı Hindiyye gibi fetva kitapları bu tür mecmualardır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Fahrettin Atar; DİA, "Fetva" md., İstanbul, 1995, c.12, ss.486-496

23 Bkz. Kubbealtı Lugatı, "Tanzimat" md.

24 Fermanın metni için bkz. Enver Ziya Karal; Osmanlı Tarihi, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara, 1985, c.5, ss.255-258; Fermanın Osmanlı Devleti'nin gayrimüslim vatandaşlarına etkileri için bkz. Gülnihal Bozkurt; 1839-1914 Gayrimüslim Osmanlı Vatandaşlarının Hukuki Durumu, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara, 1989, s.42 vd.

25 Ali Akyıldız; "Tanzimat" md., DİA., İstanbul, 2011, c.40, s.1

fazlalaştırılması ve fermanın bütün iç ve dış kamuoyuna duyurulması kararlaştırılmıştır.[26]

Gülhane Hatt-ı Hümâyunu ile müslim-gayrimüslim eşitliğinin sağlanması aynı zamanda, gayrimüslim vatandaşların Osmanlı Devleti'nden ayrılmasını engellemek gayesiyle hazırlanan ve müstakil bir Osmanlı milleti oluşturmayı hedefleyen mühim bir projenin ilk adımı olarak değerlendirilebilir.

Yeni kurulan Meclis-i Vâlâ-yı Ahkâm-ı Adliye[27] de Tanzimat döneminde Hariciye Nezâreti'yle beraber yenilikler için mühim görevler üstlenmiş ve ilk on beş senede yapılan neredeyse tüm yenilikler bu iki müessesenin öncülüğünde gerçekleştirilmiştir.

Bunun dışında Tanzimat döneminde eğitim ve öğretim alanında da çeşitli düzenlemeler yapılmıştır. 1845'te ilkokul, ortaokul, lise ve bir üniversite açılmasına yönelik tasarılar hazırlanmıştır. Meclis-i Vâlâ ile Dışişleri Bakanlığı'nın denetiminde olmak üzere 27 Haziran 1846'da Meclis-i Maârif-i Umûmiyye oluşturulmuştur. Meclisin kararlarını tatbik etmek amacıyla 13 Kasım 1846'da Eğitim Bakanlığı kurulmuştur.[28]

1. Abdülmecid'in 28 Mart 1855 tarihli irade-i seniyyesiyle cizyenin bedelli askerlik vergisi olarak alınması kararlaştırılmıştır. 18 Şubat 1856'da Islahat Fermanı ilân edilmiştir. Söz konusu fermanla, Tanzimat Fermanı'yla vatandaşlara tanınan haklar ve evvelki devirlerde gayrimüslimlere tanınan ayrıcalıklar güvence altına alınmış ve bu hususların yeni gereksinimlere göre yorumlanması için hükûmetin kontrolü altında patrikhanelerde meclislerin oluşturulması öngörülmüştür. Patriklerin "kayd-ı hayat" koşulu ile atanması esası yanında patrikler ile ruhban sınıfı mensuplarına devlete sadakat yemini ettirilmesi kabul edilmiş ve kendilerine devletçe maaş bağlanmıştır. Gayrimüslim cemaatlere hükûmetin izniyle ibadethane, hastane ve okul gibi kurumları onarma ve yenilerini inşa etme olanağı tanınmıştır. Bu kurumların işlerinin ruhban sınıfından ve halktan seçilen temsilcilerden teşekkül eden karma meclislerce idare edilmesi kararlaştırılmıştır. Ayrıca, şahısların inançlarını değiştirmeye zorlanamaması ve bütün vatandaşların ayrım gözetmeksizin devlet memurluğuna alınabilmesi

---

26 DÜSTUR, Birinci Tertip, İstanbul, 1289, I, ss.4-7

27 II.Mahmud'un kurduğu reformları planlayıp icrasını denetleyen yüksek yasama ve karar organıdır. Meclisin görevi, yapılması düşünülen ve "tanzîmât-ı hayriyye, tanzîmât-ı mülkiyye" olarak adlandırılan reformların gerçekleştirilmesi amacıyla kanun ve nizamları hazırlamak ve mazbatalara son şeklini vermekti. Ayrıca çıkardığı kanun ve nizamnâmelerin uygulanıp uygulanmadığını denetleme hakkına sahipti. Meclisin toplanma şeklini, kurallarını ve işleyiş tarzını belirleyen iç tüzüğü, üyelerin düşüncelerini serbestçe açıklamalarını ve kararların oy çokluğuyla alınmasını öngörüyordu. Ayrıntılı bilgi için bkz. Ali Akyıldız; "Meclis-i Vâlâ-yı Ahkâm-ı Adliye" md., DİA, Ankara, 2003, c.28, ss.250-251

28 Ali Akyildiz; 2011, s.5

esasları benimsenmiştir. Müslümanlarla gayrimüslim vatandaşlar arasında yahut iki tarafın kendi dindaşları arasındaki uyuşmazlıkları çözme yetkisine sahip karma mahkemelerin hayata geçirilmesine karar verilmiştir.[29]

26 Eylül 1854 tarihinde Meclis-i Âli-i Tanzimat kurulmuş; bu meclis, Meclis-i Vâla'nın yetkilerinden olan yasama görevini üstlenmiştir.[30] Fransız Ticaret Usul Kanunu 1861'de Usul-i Muhakeme-i Ticaret Nizamnamesi adıyla tercüme edilerek kabul edilmiştir. Meclis-i Ahkâm-ı Adliyye 5 Mart 1868'de Şura-yı Devlet ve Divan-ı Ahkâm-ı Adliye ismiyle iki farklı kurum şeklinde ayrılmıştır. Fransa'daki Conseil d'Etat örnek alınarak oluşturulan Şura-yı Devlet'in reisliğine Midhat Paşa (1822-1884), Divan-ı Ahkâm-ı Adliye'nin reisliğine Ahmed Cevdet Paşa getirilmiştir. Gayrimüslim Osmanlı vatandaşları her iki mecliste de temsil edilmiştir.[31]

Mütercim Rüşdü Paşa, Midhat Paşa ve Hüseyin Avni Paşa liderliğinde bir grup 1876'nın 30 Mayıs günü darbe yapıp padişah Abdulaziz'i tahttan indirmiş ve tahta V. Murad'ı geçirmiştir.[32] Yaşadığı kanlı olaylar sebebiyle ruh sağlığı bozulan V. Murad iyileşmeyince 31 Ağustos'ta II. Abdulhamid tahta geçirilmiştir. Midhat Paşa başkanlığında kurulan bir komisyon 7 Ekim 1876'da Osmanlı Devleti'nin anayasası olacak Kanun-ı Esasi'yi hazırlama mesaisine başlamıştır. 23 Aralık 1876'da, Meşrutiyet ilan edilmiş ve Kanun-ı Esasi yürürlüğe konulmuştur. Kanun-ı Esasi'de, halkın temsilcilerinin seçeceği azalardan oluşacak "Meclis-i Meb'usan" ile sultanın atayacağı azalardan oluşacak "Meclis-i A'yan" şeklinde iki kısımlı bir parlamento öngörülmüştür.[33] Osmanlı Parlamentosu 19 Mart 1877'de açılmış ve birinci faaliyet dönemi 28 Haziran 1877 tarihinde hitama ermiştir. Meclis-i Meb'usan yeni çalışma dönemine 13 Aralık 1877'de başlamış ve 1877-1878 Osmanlı-Rus harbi ile bazı güvenlik sorunları sebebiyle 13 Şubat 1878 tarihinde padişah II. Abdulhamid tarafından tatil edilmiştir.[34]

Tanzimat'la başlayan süreçte Osmanlı Devleti'nde kanunlaştırma ve yargı teşkilâtı alanlarında ciddi reformlar yapılmıştır.[35] Bunların en

---

29 Ufuk Gülsoy; Islahat Fermanı md., DİA, İstanbul, 1999, c.19, ss.186-188

30 Mehmet Seyitdanlioğlu; Tanzimat Devrinde Meclis-i Vâlâ (1838-1868), TTK Yayınları, Ankara, 1996 ss.47-52

31 Mehmet Akif Aydin; DİA, "Divan-ı Ahkâm-ı Adliye" md., İstanbul, 1994, c.9, s.387

32 Cevdet Küçük; DİA, "Abdülaziz" md., İstanbul, 1988, c.1, s.180

33 Mehmet Akif Aydın; DİA, "Kanun-i Esasi" md., İstanbul, 2001, c.24, s.330

34 Yılmaz Kiziltan; "1.Meşrutiyet'in ilanı ve İlk Osmanlı Meclis-i Mebusanı", Gazi Üniversitesi Eğitim Fakültesi Dergisi, c.26, sayı 1, 2006 s.269

35 Devrin hukuk hayatıyla ilgili bkz. Nicolae JORGA; Osmanlı İmparatorluğu Tarihi, Çev. Nilüfer Epçeli, Yeditepe Yayınevi, İstanbul, 2012, c.5, ss.355-356; Yapılan reformlarla ilgili bkz. Ahmet Yusuf Yilmaz; Osmanlı Hukukunda Batılılaşma Süreci

önemlisi yeni mahkemeler kurulması ve var olan mahkemelerin yeni bir şekle sokulmasıdır.[36] Ayrıca, bu dönemde birbiri ardınca yeni kanunlar hazırlanıp yürürlüğe girmiştir. Tanzimat Fermanı'ndan itibaren hukuk alanında yapılan değişiklikleri en genel şekilde özetlemeye çalıştığımız bu dönemde, yeni kanunları uygulayacak yeni mahkemelerin kurulması ve şer'i usullerin yanında bu şekilde Avrupa menşeli kanunlara yer verilmesi ile hukuk hayatında ikilik söz konusu olmuştur.[37]

A) KANUNLAŞTIRMA

Kanunlaştırma, bir ülkede dağınık veya sözlü durumda bulunan hukuk kaidelerini bir araya getirerek, bütün ülkede geçerli olan bir hukuk sistemi oluşturmaktır.[38] Kanunlaştırma faaliyetlerinin sebepleri olarak; hukuki birliğin sağlanmak istenmesi, merkezi devlet fikrinin güç kazanması, ekonomi güvenliğinin sağlanması, sistematik hukuk ilminin gelişmesi, liberalizmin ve rasyonalizmin güç kazanması ve tabii hukuk ekolünün güç kazanması doktrinde öne sürülmektedir.

Latince'de kabul etmek, almak gibi anlamlarda kullanılan "recipere" mastarından türetilmiş olan "receptio" sözcüğü, İngilizce'de "reception", Fransızca'da "re'ception" şeklinde telaffuz edilmektedir. Bu sözcük zamanımızda bir toplumun mevzuatının başka bir toplumca alınarak uygulanmasını karşılamaktadır.[39] Medeniyetler ve toplumlar gelişmekte ve değişmektedir. İnsanın sosyal bir varlık olması sebebiyle toplumlar arasında karşılıklı etkileşim gerçekleşmektedir. Bu yönüyle kendi hukuk kurallarını henüz toplayıp yazılı hale getirememiş toplumlar hızlı bir uygulama gerçekleştirmek amacıyla bunu hazırda yapılmış olan bir toplumdan kendi diline ve kültürüne aktararak alabilmektedir. İşte bu durum "resepsiyon" olarak isimlendirilmektedir. İsviçre Medeni Kanunu'ndan çevrilerek alınmış 743 sayılı Türk Kanun-u Medenisi buna örnek olarak verilebilir.

(Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2016, ss.81-94

36 Coşkun Üçok/ Ahmet Mumcu/ Gülnihal Bozkurt; Türk Hukuk Tarihi, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008, s.359

37 Osmanlı Devleti'nde Tanzimat dönemi kanunlaştırma çalışmaları hakkında detaylı bilgi için bkz. Mehmet Gayretli; Tanzimat Sonrasından Cumhuriyet'e Kadar Olan Dönemde Kanunlaştırma Çalışmaları (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2008, ss.75-239; Muhammed Tayyip KILIÇ; İslam Hukukunda Kanunlaştırma Olgusu, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2008, ss.193-208

38 Seda Örsten Esirgen; "Tanzimat'tan Cumhuriyet'e Türk Hukukunda Kanunlaştırma Hareketleri", ADALET DERGİSİ, Aralık 2019, Yıl:146, Dönem: VI sayı: 62-63, s.430

39 Gülnihâl Bozkurt; Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi Osmanlı Devleti'nden Türkiye Cumhuriyeti'ne Resepsiyon Süreci (1839-1939), Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara, 1996, s.6

Başka bir toplumun yazılı hukuk kurallarını benimsemek yerine kendi yazılı olmayan veya yazılı olup da dağınık haldeki hukuk kurallarını toplayarak bütün devlette geçerli bir kanun haline getirme ise "kodifikasyon" olarak adlandırılır. "Code Civil" ve Mecelle de bu kanunlaştırma şekline örnek olarak verilebilir.

Osmanlı Devleti'nde yeni kanunların yapılmasındaki en büyük etkenlerden biri Batı'da gerçekleşen sanayi devriminin ortaya çıkardığı imalat fazlasıdır. Batılı devletler, Osmanlı Devleti gibi büyük ekonomilerine mamullerini sokmaya çalışmışlardır.[40] Bu çalışmalar sonucu, Osmanlı Devleti'yle anılan devletlerin alım-satım münasebetleri büyük ölçüde fazlalaşmış, Cevdet Paşa'nın belirttiği gibi hususan Kırım Harbi'nden sonra önemli şekilde canlılık meydana gelmiştir.[41] Öte taraftan Osmanlı Devleti'nde üretim tarzı Batı'dakine yakın bir dönüşüm geçirdiğinden; oluşan ekonomik yoğunluk da ticaret ve borçlar hukuku sahalarında güncel düzenlemeleri gerektirmiştir. 1850'de Ticaret Kanunnâme-i Hümâyun'u kabul edilmiştir.[42] Fakat bu alanda var olan eksikliklerin giderilmesi zorunluluğu borçlar hukuku sahasında da yeni ve güncel bir düzenleme yapma düşüncesini doğurmuştur. Tanzimat ve sonraki dönemlerin yukarıda aktarılan siyasî, iktisadî ve içtimaî koşulları Osmanlı'yı Batı'nın etkisi altında bırakmış, bu da bir medenî kanun hazırlanması mevzuunda Osmanlı devlet adamlarına tesir etmiştir. Bilhassa Fransa, Fransız tacirlere alışık oldukları bir hukuki alt yapı sağlayacağından "Code Civil"in[43] Osmanlı Devleti'nce kabul edilmesi için yoğun baskı uygulamıştır.[44]

III. MECELLE-İ AHKÂM-I ADLİYYE

A) Mecelle'nin Hazırlanışı

Mecelle'nin kanunlaştırılmasına tesir eden hukukî, ekonomik ve siyasî nedenlerin bulunduğu şüphesizdir. Tanzimat sonrası, klasik adlî

---

40 1838'de İngiltere'nin Osmanlı Devleti ile yaptığı Baltalimanı Muâhedesi (16 Ağustos 1838) ve diğer devletlerin benzer anlaşmalarında bu durum açıkça görülür

41 Ahmed Cevdet Paşa; Tezâkir, Yayınlayan: Cavid Baysun, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 1991, c.1, s.62

42 Bu konuda geniş bir çalışma için bkz. Macit Kenanoğlu; Ticaret Kanunnamesi ve Mecelle Işığında Osmanlı Ticaret Hukuku, Lotus Yayınları, Ankara, 2005

43 1804'de Fransa'da 1.Napolyon döneminde kabul edilen medeni kanun. Napolyon'un emriyle bir medeni hukuk komisyonu kurulmuş, komisyonun hazırladığı tasarı 31 Mart 1804 tarihinde "Code Civil des Français" adıyla yürürlüğe girmiştir. Detaylı bilgi için bkz. Seda Örsten Esirgen; "Osmanlı Devleti'nde Medeni Kanun Tartışmaları: Mecelle mi, Fransız Medeni Kanunu mu?", Ankara Üniversitesi Osmanlı Tarihi Araştırmaları Merkezi Dergisi, 2011, Bahar, s.35 vd.

44 Ekrem Buğra Ekinci/ Ahmet Şimşirgil; Ahmet Cevdet Paşa ve Mecelle, İstanbul, 2008, s.51

teşkilat mühim surette değişim geçirmiş ve Şer'iyye Mahkemeleri'nin yanında ceza, ticaret ve hukuk mahkemeleri kurulmuştur. Nizâmiye Mahkemeleri ismiyle bilinen mezkûr mahkemelerine atamak için gerekli hukuk müktesebatına ve fıkıh geleneğine hâkim kişiler bulunamamıştır.[45] Bundan ötürü, anılan mahkemelerin hâkimlerinin uygulayabileceği yasaların hazırlanması gereksinimi belirmiştir.[46] İşbu gereksinim, hususan ticaret mahkemelerinin tecrübeli ancak hukuk bilgisi az olan hâkimleri için ileri boyutlara ulaşmıştır.[47] 1850 tarihli Ticaret Kanunu yürürlükte olsa da rehin, kefâlet, vekâlet ve havâle sözleşmeleri hakkındaki bazı davaların hukuki incelikleri konusunda mühim meseleler meydana çıkmıştır.[48] Diğer taraftan Hanefî mezhebinde neredeyse her meselede muhtelif içtihatların olması nedeniyle bu içtihatlar arasından en sahih ve tatbike medar olanını tespit etmek durumunda bulunan kadılar zorlanmaktaydılar.[49] Mecelle, bu değişik içtihatlardan yalnızca uygulanacak olanları topladığından hâkimlere kolaylık sağlamıştır.

Yukarıda bahsettiğimiz gibi, Osmanlı Devleti'nde dönemin hukukçuları ve devlet ricali arasında borçlar kanununun Batı'dan mı iktibas edileceği yoksa mer'i hukukun mu kodifiye edileceği hususunda bir süre fikir birliği sağlanamamıştır.[50] Bununla beraber 1855 yılı başlarında milli bir kanun fikrinin ağır bastığı ve medeni kanun olarak bir "Metn-i Metin'in hazırlanmasına teşebbüs edilerek bu amaçla Meclis-i Tanzimat içerisinde bir çalışma grubu meydana getirilmiş ve "Metn-i Metin"in hazırlanması vazifesi bu cemiyete verilmiştir. Rüştü Efendi'nin reisliğindeki bu cemiyet, Ali Ratib Bey, Hüsam Efendi, Tahir Efendi ve Ahmed Cevdet Paşa'dan teşekkül etmiştir.[51] İlk toplantısını 20 Safer 1272/2 Aralık 1855 tarihinde yapan cemiyet, bir süre çalıştıktan ve Kitabü'l Büyu'u hazırladıktan sonra dağılmıştır. Cevdet Paşa'ya göre anılan heyet içinde bir medeni kanun hazırlayabilecek yetkinlikte bir hukukçu olarak yalnızca İstanbul kadısı olan Tahir Efendi bulunuyordu. Nitekim Cevdet Paşa da kendisini, "*Ol vakit ulum-u nakliyede (fıkıh, hadis gibi nakli ilimler) malumat ve melekem (yeteneğim) nakıs (eksik) idi*." sözüyle

---

45 Bkz.Mecelle Mazbatası, s.10

46 Bu dönemde, hukukçu ihtiyacını karşılamak için klasik medreselerin yanı sıra 1854 yılında Muallimhane-i Nüvvab açılmış, Galatasaray Mekteb-i Sultanisi'nde de 1869'da bir hukuk şubesi kurulmuştur. Geniş bilgi için bkz. Osman Ergin; Türkiye Maarif Tarihi, İstanbul, 1977, c.2, s.157-158

47 Ahmet Akgündüz; 2012, s.213

48 Hoca Eminefendizade Ali Haydar Efendi; Dürer'ül Hukkam Şerhu Mecelleti'l Ahkâm; Şirket-i Mertebiye Matbaası, İstanbul, 1330, c.1, s.3

49 Ahmet Akgündüz; 2012, s.214; Mecelle Mazbatası, ss.8-10

50 Batı'daki ve Osmanlı devletindeki kanunlaştırma amillerinin mukayeseli incelemesi için; bkz. Hıfzı Veldet Velidedeoğlu; Türk Medeni Hukuku, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1959, c.1, ss.45-46

51 Ahmet Cevdet Paşa; yay. Cavid Baysun, 1953, s.63

ifade ettiği üzere fıkıh ilmini de kapsayan nakli ilimlerde kâfi görmemekteydi.[52]

Metn-i Metin'den sonra medeni kanun hazırlama çalışmaları, 1850 tarihli Ticaret Kanunu'nun düzenlemediği alanlarda yürürlüğe sokma düşüncesiyle Fransız Medenî Kanunu'nun iktibas gayretleri sürecinde tekrar ortaya çıkmıştır. Âlî Paşa[53], Girit'ten Sultan Abdülaziz'e[54] 30 Kasım 1867 tarihinde göndermiş olduğu mektupta hiç olmazsa Mısır'daki gibi karma mahkemelerdeki davalar için Fransız Medenî Kanunu'nun iktibasının zorunlu olduğunu bildirmişti.[55] Hatta kaynaklara göre, Fransız büyükelçisi De Bourree'[56]nin de etkisiyle Âli Paşa, Said Paşa'ya "Code Civil"in Arapça çevirisinden Türkçe'ye tercüme edilmesi vazifesini tevdi etmişti.[57]

Ancak fıkıh literatürünün kanunlaştırılması önerisi git gide ağır basmaktaydı. Önde gelen paşaların bulunduğu bir toplantıda Ahmed Cevdet Paşa'nın ısrar etmesi, Şirvanizade Rüşdü Paşa(1828-1874) ile Fuad Paşa'nın(1814-1869) da bu fikri onaylaması sonucunda Fransız Medeni Kanunu'nun alınması düşüncesinden vazgeçilerek İslam hukukunun medeni ve borçlar hukuku hakkındaki hükümlerinin kanunlaştırılmasında karar kılınmıştır.[58] Bu amaçla Arazi Kanunnamesi[59] gibi birçok kanunun hazırlanışında öncülük etmiş, "Metn-i Metin" çalışmasında da bulunmuş olan Ahmed Cevdet Paşa'nın reisliğinde Mecelle cemiyeti teşkil edilerek kanunun yazılmasına başlanmıştır.[60]

---

52 Ahmet Cevdet Paşa; a.g.e, s.63

53 Mehmed Emin, Osmanlı Sadrazamı, Fuat Paşa'nın ölümünden (1869) sonra Hariciye Nezareti'ni de üzerine alıp devlet idaresinde etkili oldu. Geniş bilgi için bkz. Kemal BEYDİLLİ; "Âli Paşa" md., DİA, İstanbul, 1989, c.2, ss.425-426

54 Geniş bilgi için bkz. Cevdet Küçük; Abdülaziz md., DİA, İstanbul, 1988, c.1, ss.179-185

55 Roderic H. Davison; Osmanlı İmparatorluğu'nda Reform (1856-1876) , çev. Osman Akınhay, Agora Kitaplığı, İkinci Baskı, İstanbul, 2005, s.262

56 Nicolas de Bourre, Fransız Büyükelçi. 28 Ağustos 1866- 9 Haziran 1870 arasında büyükelçilik yapmıştır.

57 M. Akif Aydın, 1999, s.46

58 Ahmet Cevdet Paşa; a.g.e, s. 200, Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, bu bağlamda "O devirde dine müstenit hukuku ortadan kaldırmak, dini ortadan kaldırıp kâfir olmakla müsavi (eşit) telakki edilirdi." demektedir. Bkz. Hıfzı Veldet Velidedeoğlu; "Kanunlaştırma Hareketleri ve Tanzimat", Tanzimat, İstanbul, 1999, c.I, s. 206. Ömer Lütfi Barkan'a göre de Tanzimat Fermanı sonrası idare hukuku ve ceza hukuku gibi alanlarda yeni düzenlemeler yapılıp, yabancı ülkelerin bazı yasaları aynen kabul edilirken, Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'nin düzenlediği konularda bu çeşit yeni düzenlemelere cesaret edilememiştir. Bkz. Ömer Lütfi Barkan; "Osmanlı İmparatorluğu Teşkilat ve Müesseselerinin Şer'iliği Meselesi," İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. XI, 1945, s. 209

59 Mehmet Akif Aydın; DİA, "Arazi Kanunnamesi" md., İstanbul,1991, c. III, s.346-347

60 Ahmed Cevdet Paşa; 1980, s. 200; Ebül'ula Mardin; Medeni Hukuk Cephesinden Ahmet Cevdet Paşa, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, Ankara, 1996, ss. 61- 64; Mehmet

İlk olarak Şûrâ-yı Devlet azası Seyfeddin ve Mehmed Emin, Evkaf-ı Hümâyun müfettişi Seyyid Halil, İbn Âbidinzâde Alâaddin ve Dîvân-ı Ahkâm-ı Adliyye üyeleri Ahmed Hulûsi ve Ahmed Hilmi'den teşekkül eden Mecelle Cemiyeti başta 100 maddelik bir mukaddimeyi ve 1. kitap olan "Kitâbü'l-Büyû'"u hazırlamış ve bu kısım şeyhülislâmlık ile başka hukukçuların tetkikine sunulmuştur.[61] Bu çalışma, geri dönüşler doğrultusunda gereken tashihler yapılarak 22 Mart 1869 tarihinde sadârete sunulmuş; Sadâretçe 7 Muharrem 1286'da sultana arz edilen Mukaddime ile "Kitâbü'l-Büyû'"sonraki gün onaylanarak yürürlüğe girmiştir. Bu kitaptan sonra 7 Şubat 1870'de icârât, 20 Nisan 1870'de kefâlet, 16 Mayıs 1871'de havâle ve rehin kitapları yürürlüğe girmiştir.[62]

Kefâlet kitabının yürürlüğe girmesinden sonra 26 Nisan 1870'de Cevdet Paşa, Bursa valiliğine tayin edilmiştir.[63] Mecelle Cemiyeti şeyhülislâmlık makamına bağlanmış ve reisliğine Gerdankıran Ömer Efendi[64] getirilmiştir. Cevdet Paşa'nın tayin edilmesinden önce "Kitabu'l-Havale" bitirilip 18 Nisan 1870 tarihinde sadarete sunulmuş, "Kitabu'r-Rehin" de önemli ölçüde tamamlanmıştı. Cevdet Paşa'nın Mecelle Cemiyeti'nden ayrılmasında Cevdet Paşa'nın muhafazakâr görüşlerinin dönemin Batıcı devlet adamları ile Fransa büyükelçisini rahatsız etmesi ve Mecelle'nin şeyhülislamlıkta değil Adliye Nezareti'nde hazırlanmasının etkili olduğu varsayılabilir. Ek olarak, "Kitabu'l-Havale"nin 692. maddesinde, az bilinen Hanefi hukukçusu İmam Züfer'in[65] içtihadının tercih edilmesine devrin şeyhülislamının muhalefetinin de etkisi olduğu söylenebilir.[66] Mecelle Cemiyeti tarafından Cevdet Paşa'nın bulunmadığı dönemde yazılan Kitabü'l-Vedia kanun tekniği ve içerdiği hükümler yönlerinden tenkide uğrayıp ilim çevrelerince beğenilmediğinden Cevdet Paşa tekraren cemiyetin başkanlığına getirilmiştir.[67] Bundan sonra kendisi "Kitabu'l-Vedia"yı

Akif Aydın; 1996, s. 75-78; Hayreddin Karaman; Başlangıçtan Zamanımıza Kadar İslam Hukuk Tarihi, Nesil Yayınları, İstanbul, t.y., s. 328-330

61 Vakanüvis Ahmed Lütfi Efendi; Vakayiname, Yayına Hazırlayan: Münir Aktepe, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 1989, c.12, s.78

62 Ebül'ula Mardin; 1996, s.123

63 Osman Keskioğlu; "Ahmed Cevdet Paşa, Hayatı ve Eserleri", Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, 1966, c.14, s.223; Vakanüvis Ahmed Lütfi Efendi; 1989, c.15, s.34

64 Ömer Hulusi Efendi; ö.1875, fakih ve müderris. Detaylı bilgi için bkz. Tahsin Özcan; "Ömer Hulusi Efendi" md., DİA, İstanbul, 2007, c.34, s.71

65 Ebu Huzeyl Zufer b.el Huzeyl b.Kays el-Anberi el Basri (729-775)

66 İtiraz üzerine şeyhülislamlıkça tekrar incelenen 692. madde sonradan sakıncalı görülmemiş ve Cevdet Paşa'nın düzenlediği şekliyle kalmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Ebül'ula Mardin; 1996, ss. 83-85

67 Ahmed Cevdet Paşa; 1980, ss. 211-213; 1991, 40; Ebü'l Ula Mardin; 1996, s. 102-103

toplatmış, cemiyet bunun yerine 4 Mart 1872'de yürürlüğe girmiş olan "Kitabu'l-Emanat"ı hazırlamıştır.[68]

1872 senesinden başlayarak da sırayla hibe, gasb ile itlâf, hacr, ikrah ile şüf'a, şirket, vekâlet, sulh ile ibrâ, ikrar, dava ve son olarak 15 Eylül 1876'da kazâ ve beyyinât kitapları mer'iyyete konulmuştur. Bu şekilde Mecelle'nin 16 kitabı takriben yedi senede peyderpey yayımlanmıştır. Mecelle kitaplarının çoğunluğu Sultan Abdülaziz devrinde, kalan kısmı da Sultan II. Abdülhamit devrinde yürürlüğe sokulmuştur. Bu kanunun hazırlanmasında vazife ifa eden hukuk adamları değişmiş, kitapların ahirinde hazırlayan heyetin azalarının adları yer almıştır, bu üyeler toplamda on dört kişidir.[69]

Hâkimler; Mecelle yürürlüğe girdikten sonra Hanefi mezhebinde veya diğer mezheplerde olan muhtelif içtihatları tatbik olanağını kaybetmiş ve başka görüşlere göre hüküm kurmaktan menedilmiş oldular. Bu doğrultuda, Mecelle'nin 1801. maddesinde kaza yetki ve vazifesinin sınırlandırılabileceği zira bir içtihadın tatbiki için padişah emri çıktığında hâkimlerin başka bir içtihadı tatbik edemeyecekleri hükmü getirilmiştir.

B) Mecelle'nin Kapsamı ve Bölümleri

Mecelle mukaddime ile 16 kitap olarak toplam 1851 maddedir.[70] 100 maddelik mukaddime bölümü fıkhın tarifinin verildiği madde ile başlar, onu 99 küllî kaide takip eder.[71] Bu kaideler, kazuistik yöntem çerçevesinde oluşmuş İslâm fıkıh literatürü içinden özetlenmiş temel hukuk ilkeleri olup kanun hükümlerinin iyi bir biçimde anlaşılmasına yardımcı olur, hükmü bulma yolunu açıklar.[72] Bunların çoğu atasözü gibi ustaca hazırlanmıştır.[73] Söz konusu külli kaidelerden bazısı başka hukuk sistemlerinde de aynen mevcuttur. Ancak sadece bu kaidelere dayanılarak eldeki davada hüküm verilemez.[74]

Mecelle; özünde borçlar, kısmi olarak da eşya ile muhakeme hukukuna ilişkin olup müstakil bir medeni veya borçlar kanunu niteliği

---

68 Yürürlükten kaldırılan "Kitabu'l-Vedia"nın metni için bkz. Mehmet Akif Aydın; "Kitabu'l Vedia" Osmanlı Araştırmaları, 1993, sayı: XIII ss. 207-226

69 Ebül'ula Mardin; 1996, s. 160-167

70 Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye metinleri ve şerhleri için Bkz.: Sami Erdem; 2005, c. III, sayı: 5, ss. 674- 690

71 Külli Kaideler ve Mecelle hakkında geniş bilgi için bkz. Abdullah Demir; Külli Kaideler Ekolü ve Mecelle, Katre Yayınları, İzmir, 2008; Necmettin Kızılkaya; Hanefi Mezhebi Bağlamında Külli Kaideler, İz Yayıncılık, İstanbul, 2013, ss.253-270

72 Abdülkerim Zeydan; el-Veciz fi Usuli'l-Fıkh, Müesseseti'r Risaleti'n Naşirun, Beyrut, 1436, s.17

73 Kemal Gözler; Hukuka Giriş, Ekin Yayınları, Bursa, 2017, s.244

74 Ayrıca bkz. Mustafa Baktır; Kaide md., DİA, İstanbul, 2001, c.24, s.205-210

bulunmamaktadır; nitekim miras ve aile hukuku hükümleri mevcut değildir.[75] Diğer taraftan bir medeni yasada bulunması beklenmeyen hükümleri de içermektedir. Bu duruma, muhakeme hukukuyla alakalı bulunan dava, ikrar ve kazâ ile beyyinât kitapları misal olarak verilebilir. Bunun sebebi Mecelle'nin klasik fıkıh literatüründeki "Muamelat" kısmını tedvin etmesidir.[76] Ancak Mecelle bu tertibinde kısmen füru' kısmen de kavaid kitaplarının sistematiğini takip etmiş, ibadetler fıkhın diğer alanlarından ayrılmıştır.[77]

Ayrıca, Mecelle Nizâmiye Mahkemeleri'nin ihtiyacını karşılamayı esas gaye gütmekteydi. Miras ile aile hukuku Şer'iyye Mahkemeleri'nin görev alanına girmekteydi. Yine, Şer'iyye Mahkemeleri Şeyhülislâmlık'a, Nizâmiye Mahkemeleri ise Adalet Bakanlığı'na bağlıydı. Adalet Bakanlığı da kendi yetki sahasında bulunan yani kendisine tabi olan Nizâmiye Mahkemeleri'nin mevcut ihtiyacına öncelik tanımak durumunda kalmaktaydı. Mecelle'de muhakeme hukuku hakkında hükümlere yer verilmesi de benzer ihtiyaçtan ileri gelmektedir; çünkü anılan zamanda Nizâmiye Mahkemeleri'nin tatbik edecekleri herhangi bir usul yasası bulunmamaktaydı.[78]

Mecelle, mücerret-kazuistik denilebilecek karma bir metotla düzenlenmiştir.[79] Bazı maddeler istisna edilirse[80] akitler hakkında umumi hükümler yazılmadan, her bir borç ve akit şekliyle alakalı hükümler müstakil olarak incelenmiştir. Yine akitlerin öneri ve kabul ile tamamlanacağını belirten umumi bir kural yerine tüm akit kitaplarının başında o akdin öneri ve kabul ile tamamlanacağı hükme bağlanmıştır.[81]

Yalnızca Hanefî mezhebindeki içtihatlar toplanarak yapılan Mecelle'de mezhep içindeki içtihatlar arasından devrin şartları nazara alınarak bir kısım tercihler yapılmışsa da telfik[82] yoluna (diğer mezheplerden hükümlerin toplanması) başvurulmamıştır. Bu durumda hem dönemin koşullarının böyle kökten bir değişime müsait bulunmamasının hem de Hanefi mezhebinin asırlarca resmi mezhep

---

75 Gülnihâl Bozkurt; 1996, s. 161; M. Âkif Aydın; 1985, ss. 131-132; Hıfzı Veldet Velidedeoğlu; 1999, ss. 190-191; Cihan Osmanağaoğlu Karahasanoğlu; 2011, s.104

76 Bkz. Mecelle; md.1

77 Necmettin Kızılkaya; a.g.e, s.278

78 Mecelle Mazbatası'ndan.

79 Ahmet Akgündüz; a.g.e, s.217

80 Örn.Mecelle md. 97 ve 98 bu şekilde düzenlenmiştir.

81 Örn. Mecelle md. 433, 706, 773 ve 804 hükümleri bu şekilde düzenlenmiştir.

82 Telfik, sözlükteki "Kumaşın iki kenarını birleştirip dikmek" anlamına gelmekte olup, fıkıhta bir meselede kolaylıkları toplamamak şartıyla bir veya daha fazla mezhebin görüşlerini birleştirerek, taklit yoluyla uygulamak demektir. Bu metodun geniş bir incelemesi için bkz. Yasemin Korucu; İslam Hukukunda Telfik (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2010, ss.28-67

olarak kabul edilmiş olmasının tesiri vardır. Örneğin; "Havâle" kitabında İmam Züfer'in içtihadının tercih edilmesinden dolayı yapılan şiddetli muhalefet, telfik gibi radikal bir yöntemin daha çok tepki çekebileceğinin işareti sayılabilir.[83]

Mecelle'nin dili ve üslubu, o döneme nazaran yalın ve basittir. Çoğu maddenin hüküm koyucu mahiyetteki ilk bölümünü bir örnek bölümü takip etmektedir. Hükmün örneklerle açıklanması, meseleci usulle yetişen kadıların hukukî müktesebatı göz önüne alındığında, dönemin şartlarına da uygundur.

Mecelle'deki her kısmın başında bölümle alakalı tarifler bulunur, 1851 maddenin takriben dokuzda biri bu tariflerden meydana gelmiştir. Bu tercihte modern kanunlarda yapıldığı gibi kanun hükümlerinin düzenledikleri konunun net bir tarzda anlaşılmasının ve kanunun uygulanmasında hatalara yol açmama düşüncesinin rol oynadığı düşünülebilir. Bununla birlikte her meselenin ayrıntılı olarak düzenlenmesi, hâkimlere sınırlı bir takdir alanı kalmasına sebep olmuştur.

C) Mecelle'nin Uygulanma Alanı ve Süresi

Mecelle o günün Osmanlı Devleti coğrafyasındaki bugünkü, Lübnan, Suriye, Irak, Ürdün, İsrail ve Filistin'de tatbik edilmiş, imparatorluk dağıldıktan sonra bile bu ülkelerde belli bir zaman geçerliliğini korumuştur.[84] Bu durum, Suriye ve Lübnan devletlerinde mülkiyet hukuku açısından 1930, diğer hükümleri bakımından Lübnan'da 1934 ve Suriye'de 1949, Irak devletinde 1951, Ürdün devletinde 1977 senesine dek devam etmiş, yine bazı kısımlarıyla Arnavutluk'ta 1928, Bosna Hersek'te ise 1945 yılına değin uygulanmıştır.[85] Hatta Güney Yemen'de 1992'ye kadar uygulanmıştır.[86] Mecelle, uygulandığı yerlerde ve diğer İslâm devletlerinde hazırlanmış olan kanunlara tesir etmiştir.[87] Tunus Akitler ve Borçlar Kanunu'nda, Mecelle'nin külli kaidelerinin mühim bir bölümü yer almıştır. Mecelle'nin Fas Borçlar Kanunu, Irak Borçlar Kanunu, İsrail'de hazırlanan yerli kanunlar ve Karadağ Genel Mülkiyet Kanunu'na (1888)'na da etki ettiği söylenebilir.[88]

---

83 Tartışma için bkz. Osman Keskioğlu; a.g.m, s.229; maddenin açıklaması için bkz. Ali Haydar Efendi; 1330, c. II, s. 192-196

84 Kemal Gözler; 2017, s.244

85 Mehmet Akif Aydin; Mecelle md., DİA, Ankara, 2003, c.28, s.233, Ekrem B. Ekinci / Ahmet Şimşirgil; 2008, s.59

86 Ekrem Buğra Ekinci; 2012, s.559

87 Bu konuda geniş bilgi için bkz. Abdulazim İbrahim, "Mecelle'nin Orta Doğu Devletlerine Tesiri", Türkiye İlahiyat Araştırmaları Dergisi, c.1, s.1, 2017, ss. 8-18

88 Mehmet Akif Aydın; a.g.e, s.234; Ekrem Buğra Ekinci / Ahmet Şimşirgil; a.g.e, s.60

Sömürgeleştirilmiş veya işgal olunmuş genellikle yoğun Müslüman nüfusun yaşadığı bu bölgelerde Mecelle'nin uygulanmaya devam etmesinde, Mecelle'nin İslam Hukuku temelli ve sahasında hazırlanan ilk kanun olmasının yanı sıra, hâkimlere kolaylık sağlamasının da etkili olduğu söylenebilir. Ayrıca; Mecelle Osmanlı Türkçesi ile kaleme alınmış olduğundan Osmanlı egemenliğinde asırlarca yaşamış halkların anlamasının ve uygulamasının kolay olması da bunda etkili olmuştur. Son olarak, insanların her devirde ihtiyaçlarının ve problemlerinin benzer oluşu, eski alışkanlıkların değiştirilmesinin zaman alması ve devletlerin hukuki istikrarı sağlamak istemesi de diğer etkenler arasında sayılabilir.

D) Mecelle'nin Yürürlükten Kaldırılması

Mecelle'de sosyal ve iktisadi şartlar ile yeni ihtiyaçlar nazara alınarak Hanefi mezhebindeki uygun içtihatlar, onun devrin hukuki sorunlarına tam surette çözüm sunan bir yasa olabilmesini temin edememiştir. Örneğin; maldan faydalanma hakkının mal sayılmaması[89] nedeniyle menfaatleri konu edinen hukukî işlemlerin yapılamaması, taşınmazların gasp kapsamı dışında bırakılması (md. 905), taşınırların kabzdan önce satışının yasak olması (md. 253) gibi hükümler devrin hukuk hayatında önemli sorunlar çıkarmıştır.[90] Bu eksikliklerin giderilmesi amacıyla Mecelle'nin değiştirilmesi fikri öne sürülmüşse de bu hususta 1916 senesine dek herhangi bir resmi girişim olmamıştır.

Kırk yıllık uygulamanın ardından Mecelle'nin eksik kısımlarının tamamlanması için Adalet Bakanlığı'nca bir komisyon kurulmuştur.[91] Adalet Bakanlığı'nda 9 Mayıs 1916 tarihinde bir araya gelen komisyon, icap ederse başka mezheplerin içtihatlarından ve Şeriat'a uygun düşmek şartıyla diğer hukuk sistemlerinden yararlanmayı da prensip olarak kabul etmiştir. Ukud ve Vâcibât Komisyonu olarak bilinen alt komisyon, çalışmaları sonucunda, "Kitâbü'l-Büyû'"ya 33 madde eklenmesini, 13 maddenin kaldırılmasını, 21 maddenin değiştirilmesini, "Kitâbü'l-İcârât"a 13 maddenin eklenmesi ile 10 maddenin de değiştirilmesini teklif etmiştir.[92] Lakin anılan komisyon çalışmalarını sonuca ulaştıramamış ve istenilen yenilikler gerçekleşememiştir.[93]

1923 ve 1924'te yeni bir medeni kanun yapma gayesiyle ile teşkil edilen komisyonlar kanunun içeriği ve dayanacağı hukukî sistem

---

89 Bkz. Mecelle; md. 126

90 Mehmet Akif Aydın; a.g.e, s.235

91 Düstur, İkinci Tertip, c.VI, ss.635-636

92 Ahmet Akgündüz; 2012, s.218

93 Mecelle'nin değiştirilen bu maddelerinin ayrıntılı incelemesi için bkz. Ayşegül Çoban; Mecelle'nin Ta'dil Edilen Maddelerinin İslam Hukuku Açısından Değerlendirilmesi (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 2008, ss.16-71

hususunda siyasi irade ile bir ahenk sağlayamamıştır. 1924 yılında kurulan komisyon 251 maddelik bir taslak hazırlamıştır. Bu sırada, Lozan müzakereleri esnasında gündeme gelen adlî imtiyazların kaldırılarak azınlıkların kişiler hukuku sahasında statülerinin düzenlenmesi sorununun halli için yeni kanunların tamamen Garp yasalarından alınması lazım geldiği yolunda bir düşünce ortaya çıkmıştır.[94]

Devrin Adalet Bakanı M. Esat Bozkurt tarafından yapılan "*Komisyonlar şu kanaatte idiler: "Her milletin kanunu kendi ihtiyaçlarına göre yapılır. Bizim kanunlar da bize göre yapılmalıdır." Bu yanlıştır... Bugünkü sosyoloji, dünkü Montesquieu sosyolojisi değildir. Milletler kendi kendilerine yaşamıyorlar. İş bölümü medeni milletleri siyasi istiklallerine rağmen bir aile haline getirmiştir. Şu halde modern sosyoloji her memleketi ayrı ayrı değil, insanlığı kül halinde mütalaa eder. Türk milleti medeni dünyanın bir üyesidir. Ve en önemlilerinden birisidir. Bu bakımdan bağlı kalacağı hak sistemi, modern dünyanın hak sistemidir. ...Türk'ün milli ihtiyaçlarını, İslami esaslardan mülhem olan Maliki, Hanbeli, Şafii ve Hanefi kurallarla nasıl ifade edebilirdik?*"[95] şeklindeki konuşma sonrasında; yeni Medeni Kanun'un esbab-ı mucibe layihasında[96] belirtildiği üzere, hukuku laikleştirmek amacıyla Mecelle'yi tadil etme çalışmalarına son verilerek İsviçre'nin Medenî Kanunu[97] tercüme ettirilmiş[98] ve yeni Medeni Kanun 17 Şubat 1926'da, Borçlar Kanunu ise 22 Nisan 1926 tarihinde TBMM'de kabul edilmiştir.[99] 864 Numaralı "Kanun-i Medeni'nin Suret-i Meriyet Şekl-i Tatbiki Hakkında Kanun"'un 43. maddesiyle de Mecelle yürürlükten kaldırılmıştır.[100]

E) Mecelle'de Düzenlenen Akitler

Mecelle; Mukaddime ve aşağıdaki kitaplardan oluşmaktadır:

---

94 Ahmet Akgündüz; a.g.e, s.795

95 Bkz. Gülnihal Bozkurt, "Mahmut Esat Bozkurt'un Laik Hukuka Geçişe Katkıları", Çağdaş Türkiye Tarihi Araştırmaları Dergisi, 1994, c.2, s.4, s.206

96 Yeni konulacak bir kanun veya kanunda yapılacak değişikliğin gerekçesini açıklayan metin.

97 Code Civil Suisse, Eugene Huber'in derlediği kanun. 1907'de İsviçre federal meclisleri tarafından kabul edilmiş, 1912'de yürürlüğe girmiştir. Bir başlangıç ve 4 kitaptan oluşur. https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19070042/index.html (erişim tarihi: 01/03/2021)

98 Osmanlı hukukçularının Batı kanunlarına gösterdiği ilgiyi anlamak bakımından, 1885 yılında Nazaret Hilmi Bey'in Fransa Medeni Kanunu'nu, Haçeriyan Efendi'nin de 1912 yılında İsviçre Medeni Kanunu'nu tercüme ettiğini, Alman Medeni Kanunu'nun da 1916 yılında tercüme edilmesi ifade eder. Bkz. Gülnihal Bozkurt, a.g.e, s.202

99 Elif Dursunüst; "Kabul Edilme Sürecinde Türk Kanun-ı Medenîsi", Usûl Dergisi, c.12, yıl:2010, sayı:1, ss. 159 – 170.

100 864 Numaralı Kanun-i Medeni'nin Suret-i Meriyet Şekl-i Tatbiki Hakkında Kanun, 19 Haziran 1926 tarih, 402 sayılı Resmi Ceride'de (Resmi Gazete) yayınlanmıştır. Kanunun kabul tarihi 29 Mayıs 1926, yürürlük tarihi 4 Teşrin-i evvel/ Ekim 1926'dır.

•Kitabü'l-Büyû, giriş ile yedi bab (101-403 arası maddeler)

•Kitabü'l-İcârât, giriş ile sekiz bab (404-611 arası maddeler)

•Kitabü'l-Kefâle, giriş ile üç bab (612 -672 arası maddeler)

•Kitabü'l-Havale, giriş ile iki bab (673-700 arası maddeler)

•Kitabü'r-Rehn, giriş ile dört bab (701-761 arası maddeler)

•Kitabü'l-Emânât, giriş ile üç bab (762-832 arası maddeler)

•Kitabü'l-Hibe, giriş ile iki bab (833-880 arası maddeler)

•Kitabü'l-Gasb ve'l-İtlâf, giriş ile iki bab (881-940 arası maddeler)

•Kitabü'l-Hacr ve'l-İkrâh ve'ş-Şüf'a, giriş ile üç bab (941-1044 arası maddeler)

•Kitabü'ş-Şirket, giriş ile sekiz bab (1045-1448 arası maddeler)

•Kitabü'l-Vekâle, giriş ile üç bab (1449-1530 arası maddeler)

•Kitabü's-Sulh ve'l-İbra, giriş ile dört bab (1531-1571 arası maddeler)

•Kitabü'l-İkrâr, dört bab (1572-1612 arası maddeler)

•Kitabü'd-Da'vâ, giriş ile iki bab (1613-1675 arası maddeler)

•Kitabü'l-Beyyinât ve't-Tahlîf, giriş ile dört bab (1676-1783 arası maddeler)

•Kitabü'l-Kazâ, giriş ile dört babdan oluşmaktadır. (1784-1851 arası maddeler)

Kitaplarda düzenlenen belli başlı akitler ise şu şekilde sıralanabilir:

1) Satım Akdi: Mecelle'de en geniş düzenlenen akittir. 101-403 maddeleri arasında düzenlenmiştir. Bir mukaddime ve yedi baptan müteşekkildir. Bünyesinde satım, sarf (kambiyo), trampa ve istisna akdi de düzenlenmiştir.

2) Kira Akdi: Mecelle'nin 404-611 maddeleri arasında düzenlenmiştir.

3) Kefalet Akdi: Mecelle'nin 621-672 maddeleri arasında düzenlenmiştir.

4) Havale Akdi: Mecelle'nin 673-700 maddeleri arasında düzenlenmiştir.

5) Rehin Akdi: Mecelle'nin 701-761 maddeleri arasında düzenlenmiştir.

6) Vedia Akdi: Mecelle'nin 773-803 maddeleri arasında düzenlenmiştir.

7) Ariyet Akdi: Mecelle'nin 804-832 maddeleri arasında düzenlenmiştir.

8) Hibe Akdi: Mecelle'nin 833-880 maddeleri arasında düzenlenmiştir.

9) Şirket Akitleri: Mecelle'nin 1045-1448 maddeleri arasında şirket-i a'mal, şirket-i mudarebe (emek- sermaye ortaklığı) ve şirket-i vücuh (kredi şirketi) gibi çeşitli şirket akitleri düzenlenmiştir.

10) Vekâlet Akdi: Mecelle'nin 1449-1530 maddeleri arasında düzenlenmiştir.

11) Sulh ve İbra Akdi: Mecelle'nin 1531-1571 maddeleri arasında düzenlenmiştir.

SONUÇ:

Kanun tekniği bakımından Mecelle'nin her bir akdi detaylı bir şekilde düzenlediği, fetva kitaplarındaki içtihatları norm haline getirdiği görülmektedir. Maddelerin detaylı açıklanması ve bazı maddelerde örneklemelerin bulunması da İslam hukukunun meseleci karakterinin bir yansımasıdır. Türk Borçlar Kanunu da milli bir kanun olarak hazırlanmasıyla birlikte Kara Avrupası hukukunun özelliği olan meseleleri bir norma indirgeme yönteminden ayrılmamış, çoğu akdin düzenlenişinden farklı bir yenilik getirmemiştir. Bu bağlamda yeni kanunun eski kanunun dilini sadeleştirdiği söylenebilir.

Mecelle, hukukun laikleşmesi sürecinde bir geçiş sürecini temsil eder. Zira yeni usule göre yargılama yapacak Nizamiye Mahkemeleri için hazırlanan bu kanun, içtihatlar arasında seçim olanağını ortadan kaldırmış ve her mesele için belirli normlar koymuştur. Eski devirlerdeki bilgi birikimine sahip müçtehitler gibi hukukçuların yetişmemesinin de o zamanki kanun yapıcıları bu yolu tercih etmeye zorladığı anlaşılmaktadır. Her kanun kendi devrinin ihtiyaçlarını karşılamayı amaçlar. Mecelle, hızlı ve keskin bir şekilde değişen Osmanlı toplumunun o zamanki güncel sorunlarına çözüm getirmek amacıyla en uygulanabilir içtihatları seçerek kanunu uygulayan hâkimlere yardımcı olmayı amaçlamıştır. Aynı şekilde bir meselede farklı içtihatlarla hüküm vermeyi de yasaklayarak hukukta uygulama birliğini sağlamayı gaye edinmiştir.

Laik karakterdeki yeni Türkiye Cumhuriyeti bir imparatorluk varisi olarak eski sorunları devraldığından, gayrimüslim vatandaşların bağlı olacağı medeni ve borçlar hukuku kurallarını yine kendi rejimine uygun bir şekilde çözmek durumunda kalmıştır. Devletin önünde Müslüman Türk vatandaşları için ayrı bir kanun, gayrimüslim Türk vatandaşları için ise ayrı bir kanun yapmak veya tüm medeni hukuku laikleştirmek dışında bir yol kalmamıştır. Yeni devletin kurucu iradesi tercihini ikinci yoldan yana kullanmış ve medeni hukuk laikleşmiştir.

Mecelle; insanoğlunun uzun tarih yürüyüşünde 19.asırda Osmanlı hukukçularının Dünya hukuk müktesebatına kazandırdığı müstesna bir eserdir. Âcizane kanaatimizce; dinamik olan hayatı hukuk arkadan takip

eder ve belirli davranış kalıpları zamanla kanun normu olarak toplum hayatına girse de; insanın hukuki hayatta ihtiyaçları çoğunlukla aynı kalmaktadır. Buna; Hammurabi kanunlarının, Roma hukukunun, İslam hukukunun ve dünyadaki modern ülke hukuklarının özel hukuk alanında benzerliğinin yüksek olması en büyük delildir. Külli kaideleri sadece hukukçular tarafından değil, ilgili herkesçe ezberlenen, sehl-i mümteni tarzını hukuk diline getiren ve geniş bir coğrafyada uzun yıllar uygulanan Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye mazinin hukuk hayatını günümüze taşımaya devam etmektedir. Zaman değişmekte, hükümler değişmekte ancak şu kaide hep sabit kalmaktadır:

"***Ezmanın tağayyürü ile ahkâmın tağayyürü inkâr olunamaz.***"[101]

[101] "Zamanın değişmesi ile hükümlerin değişmesi inkâr edilemez." Mecelle; md.39

KAYNAKÇA:

Açıkgöz, Ömer; Osmanlı Modernleşmesi, İstanbul, 2008

Ahmet Cevdet Paşa; Ma'ruzat, Yayınlayan: Yusuf Halaçoğlu, Çağrı Yayınları, İstanbul, 1980

Ahmet Cevdet Paşa; Tezâkir, Yayınlayan: Cavid Baysun, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 1991

Akgündüz, Ahmet; Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri, OSAV Yayınları, İstanbul, 1990

Akyıldız, Ali; "Meclis-i Vâlâ-yı Ahkâm-ı Adliye", DİA, c. XXVIII

Ali Efendi, Çatalcalı; Fetâvâ-yı Ali Efendi, İstanbul 1324, I–II.

Ali Akyıldız; Osmanlı Bürokrasisi ve Modernleşme, İletişim Yayınları, İstanbul, 2006

Ali Haydar, Hocaeminefendizade; Dürerü'l Hukkam Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm, İstanbul, 1330

Ansay, Sabri Şakir; Hukuk Tarihinde İslam Hukuku, Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayınları, Ankara, 1954.

Arsal, Sadri Maksudi; Türk Tarihi ve Hukuk, İstanbul, 1947

Ataay, Aytekin; "Neden İsviçre Medeni Kanunu", Medeni Kanunun 50. Yılı Sempozyumu, İstanbul 1978.

Atıf Bey, Kuyucaklızade; Mecelle İzahı, Mahmud Bey Matbaası

Avcı, Mustafa; Türk Hukuk Tarihi Dersleri, Atlas Yayınları, Konya, 2017

Aydın, Mehmet Akif; Mecelle'nin Hazırlanışı, Osmanlı Araştırmaları, c.IX, İstanbul, 1989

Aydın, Mehmet Akif; Türk Hukuk Tarihi, Beta Basım Yayın, İstanbul, 2017

Aydın, Mehmet Akif; Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye", DİA, c. XXVIII.

Aydın, Mehmet Akif; "Kanun-ı Esasi", DİA, c. XXIV

Aydın, Mehmet Akif; "Kitabu'l Vedia" Osmanlı Araştırmaları, XIII [1993]

Aydın, Mehmet Akif/ HALAÇOĞLU, Yusuf; "Cevdet Paşa" md., DİA, Ankara, 1993, c.7

Ayverdi; İlhan Misalli Büyük Türkçe Sözlük, Kubbealtı Yayınları, İstanbul, 2011

Baktır, Mustafa; "İslâm Hukukunun Genel Prensipleri", Ekev Akademi Dergisi, sayı: 34, 2008

Barkan, Ömer Lütfi; "Kanunnâme"md., İA, Milli Eğitim Bakanlığı

Barkan, Ömer Lütfi; "Osmanlı İmparatorluğu Teşkilat ve Müesseselerinin Şer'iliği Meselesi," İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. XI, (1945)

Belgesay, Mustafa Reşit; Mecelle'nin Külli Kaideleri ve Yeni Hukuk, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1946, c.XVII

Berkes, Niyazi; Türkiye'de Çağdaşlaşma, Dogu-Batı Yayınları, İstanbul, 1988

Berki, Ali Himmet; Açıklamalı Mecelle, Hikmet Yayınları, İstanbul, 1982.

Bingöl, Sedat; Tanzimat Devrinde Osmanlı'da Yargı Reformu, Eskişehir 2004

Black's Law Dictionary; 7th Ed., Editor: B.A Garner, Minnesota, 1999

Bozkurt, Gülnihâl; Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi, Türk Tarih Kurumu Yayınları, 1996, Ankara

Bozkurt, Gülnihâl; "Mahmut Esat Bozkurt'un Laik Hukuka Geçişe Katkıları", Çağdaş Türkiye Tarihi Araştırmaları Dergisi, 1994, c.2

Bozkurt, Mahmut Esat; "Türk Medeni Kanunu Nasıl Hazırlandı?", Medeni Kanunun XV. Yıl Dönümü için, İstanbul, 1944.

Celal Nuri; Havaic-i Kanuniyemiz, İstanbul, 1331.

Ceride-i İlmiyye; c. II, sayı: 20–21; c. III, sy. 28, 29, 30

cezîrî, Abdurrahman; Kitâbü'l-Fıkh `Ale'l-Mezahibi'l-Erba'a, Kahire, 1997

Cin, Halil – Akgündüz, Ahmet; Türk Hukuk Tarihi, Osmanlı Araştırmaları Vakfı Yayınları, İstanbul, 1996.

Cin, Halil; "Tanzimat Döneminde Osmanlı Hukuku ve Yargılama Usûlleri", 150. Yılında Tanzimat, (Yayına Hazırlayan: Hakkı Dursun Yıldız), Ankara, 1992

Çoban, Ayşegül; Mecelle'nin Tadil Edilen Maddelerinin İslam Hukuku Açısından Değerlendirilmesi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya, 2008

Danişmend, İsmail Hâmi; İzahlı Osmanlı Tarihi Kronolojisi, Türkiye Yayınları, İstanbul, 1972

Davison, Roderic H.; Osmanlı İmparatorluğu'nda Reform, Papirüs yay, İstanbul, 1997

Demir, Abdullah; Külli Kaideler Ekolü ve Mecelle, Katre Yayınları, İzmir, 2008

Dursunüst, Elif; "Kabul Edilme Sürecinde Türk Kanun-ı Medenîsi", Usûl Dergisi, c.12, yıl:2010, sayı:1

Düstur, İkinci Tertip, c.VI

Ebussuud Efendi; Maruzat, Haz.Pehlül Düzenli, İstanbul, 2013

Ekinci, Ekrem Buğra; İslam Hukuk Tarihi, Arı Sanat Yayınları, İstanbul, 2006

Ekinci, Ekrem Buğra; Tanzimat ve Sonrası Osmanlı Mahkemeleri, İstanbul 2004

Ekinci, Ekrem Buğra; Osmanlı Hukuku, Arı Sanat Yayınevi, İstanbul, 2008

Ellek, Hasan; "Osmanlı'da Kanunlaştırma Hareketleri ve Mecelle", Gümüşhane Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, C.3, S.6, 2014, s.119-159.

Engelhardt, Edouard, P.;Tanzimat ve Türkiye, Çev. Ali REŞAD, Kaknüs Yayınları, İstanbul, 1999

Erdem, Sami; Türkçede Mecelle Literatürü, Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi, c. III, sayı: 5, (2005), ss. 674- 690

Eryılmaz, Bilal; Tanzimat ve Yönetimde Modernleşme, İşaret yay., İstanbul, 1992

Esirgen, Seda Örsten; "Tanzimat'tan Cumhuriyet'e Türk Hukukunda Kanunlaştırma Hareketleri", ADALET DERGİSİ, Aralık 2019, Yıl:146, Dönem:VI sayı: 62-63

Esirgen, Seda Örsten; "Osmanlı Devleti'nde Medeni Kanun Tartışmaları: Mecelle mi, Fransız Medeni Kanunu mu?", Ankara Üniversitesi Osmanlı Tarihi Araştırmaları Merkezi Dergisi, 2011, Bahar

Fetâvâ-yı Hindiyye; Tercüme: Mustafa Efe, Akçağ Yayınları, Ankara, 1984-1988, I-XVI cilt

Fendoğlu, H.Tahsin; Türk Hukuk Tarihi, İstanbul, 2000

Gayretli, Mehmet; Tanzimat Sonrasından Cumhuriyet'e Kadar Olan Dönemde Kanunlaştırma Çalışmaları (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2008

God; Franko; "Mecelle ve Usul-ü Muhakeme",Hukuki Bilgiler Mecmuası, yıl 1926, sayı 2.

Gözler, Kemal; Hukuka Giriş, Ekin Yayınları, Bursa, 2017

Gür, A. Refik; Hukuk Tarihi ve Tefekkürü Bakımından Mecelle, Sebil Yayınevi, İstanbul, 1993

Hacı Reşid Paşa; Ruhu'l-Mecelle, Darul-Hilafeti'l-Aliyye, 1326

Haçkalı, Abdurrahman; "Hanefî Mezhebinin İçtihat Geleneğinin Tümdengelimci Yönü Üzerine", İslâmi Araştırmalar, cilt: 15/2, 2002

Has, Şükrü Selim; "Mülteka'l-Ebhur"maddesi, DİA, c.XXXI

Heyd, Uriel; "Eski Osmanlı Hukukunda Kanun ve Şeriat", (terc. Selahattin Eroğlu), AÜİFD, c. XXVI, 1983.

Hıll, Enid; "Mukayeseli Hukuku Bilimi, Modern Bir Kanunlaştırma Bilimi'nin Gelişmesinde Bir Kaynak Olarak İslâm Hukuku", Sosyal ve Tarihi Bağlamında İslâm Hukuku İçinde, Editör: Aziz el-Azme, çev: Fethi Gedikli, İstanbul, tsz.

Hüseyin Kazım; "Mecelle ve Usul-ü Muhakeme", Hukuki Bilgiler Mecmuası, yıl: 1927, sayı 6, s. 341–342.

Imber, Colin; Şeriattan Kanuna Ebussuûd ve Osmanlı'da İslamî Hukuk, Çev; Murteza Bedir, Tarih Vakfı Yurt Yayınları, İstanbul, 2004

İbrahim, Abdulazim; "Mecelle'nin Orta Doğu Devletlerine Tesiri", Türkiye İlahiyat Araştırmaları Dergisi, c.1, s.1, 2017

İnalcık, Halil; Devlet-i Aliyye, Türkiye İş Bankası Yayınları, İstanbul, 2009

İnalcık, Halil; Osmanlı'da Devlet, Hukuk, Adalet, Eren Yayınları, İstanbul, 2005

İnalcık, Halil; "Osmanlı Hukukuna Giriş, Örfi-Sultani Hukuk ve Fatih'in Kanunları", Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, c.XIII/2, 1958, s.102-126.

İnalcık, Halil; "Tanzimat Nedir?". Tanzimat. (Editörler: Halil İnalcık-Mehmet Seyitdanlıoğlu) Türkiye İş Bankası Yayınları İstanbul, 2011)

İzgöer, Zeki; Ahmet Cevdet Paşa, Şule Yay., İstanbul, 1999

Jorga, Nicolae; Osmanlı İmparatorluğu Tarihi, İstanbul, 2012

Kallek, Cengiz; "Fetâvâ-yı Ali Efendi", DİA, c.XII

Karal, Enver Ziya; Osmanlı Tarihi, c. V, TTK yay., 5. Baskı, Ankara, 1999

Karaman, Hayreddin; Başlangıçtan Zamanımıza Kadar İslam Hukuk Tarihi, Nesil Yayınları, İstanbul, t.y.,

Karayalçın, Yaşar/ Mumcu, Ahmet; Türk Hukuk Bibliyografyası, Türk Harflerinin Kabulüne Kadar Yayınlanmış Kitap ve Makaleler, 1727-1928, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yay., Ankara, 1972

Kaşıkçı, Osman; İslam ve Osmanlı Hukukunda Mecelle, Osmanlı Araştırmaları Vakfı Yayınları, İstanbul, 1997

Kenanoğlu, Macit; Ticaret Kanunnamesi ve Mecelle Işığında Osmanlı Ticaret Hukuku, Lotus, Ankara, 2005

Keskioğlu, Osman; Fıkıh Tarihi ve İslâm Hukuku, Ankara, ts

Keskioğlu, Osman; "Ahmed Cevdet Paşa Hayatı ve Eserleri", A.Ü.İ.F.D, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1967

Kılıç, Muhammed Tayyip; Umumi Hukuk Tarihinde Kanunlaştırma Olgusu, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Haziran 2011, c.10, sayı:1-2

Kızılkaya, Necmettin; Hanefi Mezhebi Bağlamında Külli Kaideler, İz Yayıncılık, İstanbul, 2013

Kızıltan, Yılmaz; "1.Meşrutiyet'in ilanı ve İlk Osmanlı Meclis-i Mebusanı", Gazi Üniversitesi Eğitim Fakültesi Dargisi, c.26

Malkaç, Mehmet; Ana Hatlarıyla Mecelle ve Mecelle İle İlgili Bibliyografik Çalışma, Yayınlanmamış Y.Lisans Tezi, Sakarya Üniversitesi SBE, Sakarya, 2001

Mardin, Ebul'ula; Medeni Hukuk Cephesinden Ahmet Cevdet Paşa, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, Ankara, 1996

Mardin, Ebul'ula; "Mecelle", İA, c. VII

Mardin, Şerif; "Mecellenin Kaynakları Üzerine Açıklayıcı Notlar", Türk Modernleşmesi, 17. Baskı, (Çeviren: Yusuf Bayraktutan), İstanbul, 2007

Mecelle-i Ahkâm-i Adliye; Terakki Kütüphanesi, Dersaadet, 1389

Mecelle-i Ahkâm-i Adliye; (haz. Ali Himmet Berki), İstanbul, 1982

Namlı, Tuncer; Tanzimat ve Sonrası Dönem Kanunlaştırmaları Karşısında İslam Âlimlerinin Aldığı Tavır ve Bunun Neticeleri, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Erciyes Ü. SBE.), Kayseri, 1988

Okiç, M. Tayyib; Osman Öztürk-Osmanlı Hukuk Tarihinde Mecelle Tanıtım Yazısı, İslâm Tetkikleri Enstitüsü Dergisi, cilt: VI, sayı: 1-2, 1975

Onar, Sıddık Sami; "Osmanlı İmparatorluğunda İslam Hukukunun Bir Kısmının Codification'u, Mecelle", İÜHFD, c. XX/1–4, s.57–85.

Ortaylı, İlber; "Osmanlı Devletinde Laiklik Hareketleri Üzerine", Ü. Yaşar Doğanay'ın Anısına Armağan, c. I, İstanbul 1982

Osmanağaoğlu Karahasanoğlu, Cihan; "Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'nin Yürürlüğe Girişi ve Türk Hukuk Tarihi Bakımından Önemi", Ankara Üniversitesi Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi, c.29, 2011, s.93-124.

Otacı, Cengiz, Hukukun Laikleşme Serüveni, Birey yay., İstanbul, 2004

Özen, Şükrü; "Osmanlı Dönemi Fetva Literatürü", TALİD, 3/5, 2005

Özkorkut, Nevin Ünal; Hukuk Devleti Düşüncesinin Osmanlı Devlet Yapısına Etkisi, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi SBE, 2000

Öztürk, Osman; Osmanlı Hukuk Tarihinde Mecelle, İslami İlimler Araştırma Vakfı Yayınları, 1973

Rehber-i Tâlibân-ı Mecelle; Mahmut Bey Matbaası, İstanbul, 1305

Sarkis, Karakoç; Külliyât-ı Kavânin, Cilt: I., Fihrist-i Tarihî 16 Muharrem 855-3 Şaban 1293 (1451-1876), (Yayına Hazırlayanlar: Mehmet Akif Aydın, Mehmet Akman, Ekrem Buğra Ekinci, Mustafa Macit Kenanoğlu), Ankara 2006

Seyitdanlıoğlu, Mehmet; Tanzimat Devrinde Meclis-i Vala (1838-1868), Ankara TTK, 1996

Seyyid Nesib; "Mecelle'nin Islahına Doğru", Darulfünun Hukuk Fakültesi Mecmuası, sayı: I/4, ss. 405-425

Şimşirgil, Ahmet/ Ekinci, Ekrem Buğra; Ahmet Cevdet Paşa ve Mecelle, İstanbul, 2008

Türk Hukuku Lûgatı; Türk Hukuk kurumu tarafından hazırlanmış, Başbakanlık Mevzuâtı Geliştirme ve Yayın Genel Müdürlüğü, Başbakanlık Basımevi, Ankara 1991

Türkzâde, Ziyaeddin; Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye Şerhi, İstanbul, 1312

Üçok, Coşkun- Mumcu, Ahmet -Bozkurt, Gülnihal; Türk Hukuk Tarihi, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008

Üçok, Coşkun; "İslâm Hukukunun Temel Kurallarından "İçtihatla İçtihat Nakz Edilmez"", İmran Öktem'e Armağan İçinde, Ankara, 1970

Vakanüvis Ahmed Lütfi Efendi; Vakayiname, Yayına Hazırlayan: Münir Aktepe, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 1989

Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet; "Kanunlaştırma hareketleri ve Tanzimat" Tanzimat c. I, İstanbul, 1999.

Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet; "Türk Hukuk Hayatındaki Düalizm ve Şer'î Hukuktan Laik Hukuka Geçiş", Yargıtay Yüzüncü Yıldönümü Armağanı, İstanbul, 1968

Yavuz, Hulusi; "Ahmet Cevdet Paşa ve Mecelle'nin Tedvini", Ahmet Cevdet Paşa (1823-1895) Sempozyum 9-11 Haziran 1995, TDV., Ankara, 1997

Zeydan, Abdülkerim; el-Veciz fi Usuli'l-Fıkh, Müesseseti'r Risaleti'n Naşirun, Beyrut, 1436

Zıff, Bruce; Principles of Property Law, 2.nd Ed., Toronto, 1996

Zuhayli, Vehbe; el-Fıkhu'l-İslami ve Edilletühu, Dımaşk, 1984

https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19070042/index.html

http://adaletdergisi.adalet.gov.tr/index.html#portfolio

YAYIN İLKELERİ

1- Adalet Dergisi ulusal hakemli bir dergidir. Adalet Bakanlığı tarafından yayımlanır. Bakanlık adına Eğitim Dairesi Başkanlığı derginin yayımından ve içerik takibinden sorumludur.

2- Dergi Ocak ve Temmuz aylarında olmak üzere yılda iki defa yayımlanır.

3- Adalet Dergisi'nin yayın dili esas olarak Türkçe'dir. Bununla birlikte Yayın Danışma Kurulunun uygun göreceği farklı dillerdeki makaleler de yayınlanabilir.

4- Adalet Dergisinde yayımlanmak üzere gönderilen makaleler, Adalet Bakanlığı Yayın Danışma Kurulu tarafından Yayın Yönetmeliği çerçevesinde değerlendirmeye tabi tutulur ve yayımlanıp yayımlanmayacağına karar verilir. Yazıların hakem incelemesi süreci Eğitim Dairesi Başkanlığınca takip edilir. Yayın Danışma Kurulu hakem incelemesine gitmeyen yazıları da yayımlama kararı verebilir.

5- Dergide çeviri makale, karar incelemesi ve kitap eleştirisi gibi yazılara da yer verilir. Bu tür yazıların yayımlanıp yayımlanmaması Yayın Danışma Kurulunca kararlaştırılır.

6- Dergiye gönderilen çalışmalar başka bir yerde yayımlanmış veya yayımlanmak üzere değerlendiriliyor olmamalıdır. Dergiye gönderilen makalelerde yazarın bu yönde beyanı alınır ve bu husustaki tüm sorumluluğu üstlendiği belirtilir.

7- Adalet Dergisi'nde yayımlanmaması yönünde karar verilen yazılar için ayrıca sahiplerine yazılı cevap verilmez.

8- Araştırma ve inceleme yazılarının bir örneği çıktı alınıp, her sayfası imzalanarak aşağıda yer verilen dilekçe ekinde Eğitim Dairesi Başkanlığına, word programında hazırlanan bir örneği de belirtilen elektronik posta adresine (adaletdergisi@adalet.gov.tr) gönderilir.

9- Belirtilen yazım kurallarına uygun olmayan ve düzeltilmesi için gönderilen makaleler elektronik ortamda gönderildiği tarihten itibaren bir hafta içerisinde gerekli düzeltmeler yapılarak tekrar duyuruda bildirilen e-posta adresine gönderilir. Belirtilen sürede düzeltmeleri yapılarak gönderilmeyen makalelerin yayımlanması isteğinden vazgeçilmiş sayılır.

10- Dergide yayımlanmak üzere gönderilen tüm makaleler Adalet Bakanlığı Yayın Danışma Kurulu tarafından belirlenen yayın ilkelerine, yazım ve atıf kurallarına uygun olmak zorundadır.

11- Dergide yayımlanan eser sahiplerine Kamu Kurum ve Kuruluşlarınca Ödenecek Telif ve İşletme Ücretleri Hakkında Yönetmelik hükümlerine göre belirlenen telif ücreti ödenir. Yazara iki adet dergi gönderilir. Hakem incelemeleri için de yine bahsi geçen yönetmelik çerçevesinde inceleme ücreti ödenir.

12- Yayımlanması kararlaştırılan yazıların her türlü elektronik ortamda tam metin olarak yayımlanması veya yeniden yayımlanması da dahil olmak üzere tüm yayın hakları Adalet Bakanlığı'na aittir; bu hakkın takibi ve süreç yönetiminden Eğitim Dairesi Başkanlığı sorumludur. Yazarların eserlerle ilgili tasarruf kullanma durumunda Eğitim Dairesi Başkanlığı ile irtibata geçmeleri gerekmektedir.

13- Yayımlanan eserlerin hukukî sorumlulukları kadar, fikri ve siyasi anlamda bağlayıcılığı da yazarlara aittir.

14- Adalet Dergisinde yayımlanan yazılar kaynak belirtilmek suretiyle alıntılanabilir. Ancak tıpkı basım olarak çoğaltılamaz, bu noktada Adalet Bakanlığı gereken hukukî haklarını kullanmaya sahiptir.

YAZIM VE ATIF KURALLARI

I. YAZIM KURALLARI

A- Makalelerin ilk sayfasında makalenin İngilizce adı ile birlikte ortalama asgari 150 azami 250 kelimeden oluşan Türkçe ve İngilizce özetine yer verilmelidir. Ayrıca Türkçe ve İngilizce anahtar kelime belirlemesi yapılmalıdır.

B-1- Yazılar belirlenen ve ilân edilen şekil ve esas ilkeleri doğrultusunda olmalı, içeriğinde gereksiz tekrardan kaçınılmalı, yazı ve yazı başlıkları mâkul uzunlukta olmalıdır.

2- Metin içerisinde imlâ kurallarına dikkat edilmeli, kullanılan kelimelerde yeknesaklık bulunmalıdır (yasa-kanun vb.).

3- Çalışmalarda kısaltma kullanılabilir. Kişi ve eser adları ilk kullanımda açık yazılmalı, ikinci ve devam eden kullanımlarda kısaltılarak kullanılmalıdır. Bununla birlikte Yazım ve Atıf Kurallarından belirtilen kısaltmalar (Çev., Terc., by., ty. gibi) ilk kullanımdan itibaren kısa kullanılmalıdır.

4- Ana metin "Times New Roman" yazı karakterinde 12 punto, dipnotlar sayfa altında 10 punto, satır aralığı "tek ara", iki yana hizalı olmalıdır.

5- Vurgulanmak istenen kısımlar kalın değil italik yapılmalı, yine alıntılar italik şekilde verilmelidir.

6- Madde numaralandırmalarının sistematiği Romen rakamı, büyük harf, rakam, küçük harf (I-, A-, 1-, a-) sınıflama tekniğine göre yapılmalıdır.

Örnek:

I- ANA BAŞLIK
A- ALT BAŞLIK
1. Alt Konu Başlığı
a. Alt Konu Başlığı

II. ATIF KURALLARI

A- Hazırlanan makalelerde atıflar dipnot usulüne göre yapılmalıdır.

B- Metin içinde dipnot numaraları noktalama işaretlerinden sonra kullanılmalıdır.

C- Dipnotta yer alan kaynak kitap atıfları sırasıyla; yazar Soyadı (Soyadının ilk harfi büyük diğer harfleri küçük şekilde), Adı, *İtalik Şekilde Eser Adı*, varsa cilt numarası parantez dışında "C.", çeviri/tercüme ise çevirenin/tercümanın adı parantez dışında "Çev." (veya "Terc.")

ibarelerinin ardında, yayınevi, basıldığı yer, baskı yılı, birden fazla baskısı yapılmış (1. baskı'nın belirtilmesine gerek bulunmamaktadır) ise baskı sayısı, sayfa numarası "s." sırası ile belirtilmelidir. Atfın hemen altında aynı eserin aynı sayfasına yapılacak atıfta da yazar soyadı ve sayfa numarası.

Hirsch, Ernst E., *Anılarım*, Çev.: Fatma Suphi, YAYINEVİ Ankara, 1997, 11. baskı, s. 25

Ç-Aynı kaynaktan tekrar dipnot verildiğinde, "Yazar Soyadı", eserin yayın yılı ile atıf yapılan sayfa numarası (s.) yeterli olacaktır.

Hirsch, 1997, s. 30

D- Birden fazla yazarlı çalışmalara yapılan atıflar, birinci yazarın Soyadı, Adı/ ikinci yazarın Soyadı, Adı şeklinde; üçten fazla yazarlı çalışmalarda ise üçüncü yazarın adından sonra "v.d." şeklinde yapılmalıdır.

Yenisey, Feridun/ Kunter, Nurullah/ Nuhoğlu, Ayşe, *Ceza Muhakemesi Hukuku – 1,* YAYINEVİ, İstanbul, Ekim 2010, 18. Baskı

E- Bir yazarın aynı yıl içerisinde yayımlanan eserleriyle ilgili olarak yıl ibaresinin yanına "a, b" gibi harfler veya eserin baş harflerinin kısaltması konulmalıdır.

Yenisey, Feridun/ Kunter, Nurullah/ Nuhoğlu, Ayşe, *Ceza Muhakemesi Hukuku – 1,* YAYINEVİ, İstanbul, Ekim 2010, 18. Baskı

Yenisey, Feridun/ Kunter, Nurullah/ Nuhoğlu, Ayşe, *Ceza Muhakemesi Hukuku – 2,* YAYINEVİ, İstanbul, Ocak 2010, 17. Baskı

Yenisey/ Kunter/ Nuhoğlu, 2010, CMH1, s. 50

Yenisey/ Kunter/ Nuhoğlu, 2010, CMH2, s. 60

veya

Yenisey/ Kunter/ Nuhoğlu, 2010a, s. 50

Yenisey/ Kunter/ Nuhoğlu, 2010b, s. 60

F- Dipnotta yer alan kaynak makale atıfları sırasıyla; yazar Soyadı, Adı, "makale adı", yayımlandığı dergi, varsa cilt (C.), sayı (S.), yıl, sayfa numarası (s.) sırası ile belirtilmelidir, kaynakçada sayfa aralığı (ss.) bulunmalıdır.

Aydın, M. Âkif, "Kanunnameler ve Osmanlı Hukuku'nun İşleyişindeki Yeri", Osmanlı Araştırmaları, C. 24, S. 24, 2004, ss.37-46

G- Aynı kaynaktan tekrar dipnot verilecek ise, yazarın Soyadı, yayın yılı, sayfa numarası (s.) yeterli olacaktır. Aynı yıl içerisinde yayımlanmış birden fazla makale bulunması durumunda, makale başlıkları kısaltılır veya "a, b" gibi harfler yıl ibaresi yanına eklenerek tekrar atıflarında kullanılır.

Ğ- Bir derleme eserde derleyici isminin yanına parantez içinde "der.", editörlük gerektiren bir eserin editörünün isminin yanına parantez içinde "ed." ibaresi konulmalıdır. Bu tür eserler içerisinde yer alan farklı bir yazarın çalışmasına yapılan atıf, makale atıfları gibi yapılmalı, devamında derleyen, editör veya yayıma hazırlayanın ismi, eserin ismi yukarıda belirtildiği gibi verilmelidir.

H- İnternet üzerinden erişim sağlanan kaynaklar, dipnotta ve yukarıda belirtilen kurallara uygun şekilde yer almalı, ilgili internet

kaynağının URL adresi de sonda parantez içinde verilmelidir. İlave olarak parantez içinde "Çevrimiçi" ibaresi ve "Erişim Tarihi (e.t.)" yer almalıdır.

I- Arşiv belgeleri: Arşiv adı, tasnif adı, numara vb. orijinal tarihi ile verilmelidir.

BOA, A.MKT.MHM, 110/92; 9 Ramazan 1273/3, Mayıs 1857

İ- Yazarı belli olmayan resmi ya da özel yayınlar, raporlar vb., *Yayının adı*, yayımlayan, basım yeri, yayın tarihi, sayfa numarası (s.) sırasıyla verilmelidir. Baskı yeri belli olmayan eserlerde "by.", baskı tarihi belli olmayan eserlerde ise "ty." ibareleri kullanılmalıdır.

J- Yüksek lisans ve doktora tezlerine yapılan atıflar da yukarıda belirtilen kurallara uygun şekilde yapılmalıdır. Yazar adı, tez adı (tırnak içinde ve italik olmayacak), yayımlanma bilgisi, üniversite adı, enstitü adı ve ana bilim dalı, şehir ve yılı belirtilmelidir. Aynı kaynağa ikinci kez atıflarda yazar soyadı, yıl, sayfa numarası ibaresi kullanılabilir.

K- İkincil Kaynaklardan Aktarma: Metin içerisindeki bilgi ya da ifadelerin ikincil bir kaynaktan silsile yoluyla aktarıldığı durumlarda esere ilişkin bilgiler atıf sonrasında parantez içinde (Aktaran:) ibaresiyle verilir.

L- Bir kongre yahut sempozyumda sunulan bir bildiri metnine yapılacak atıf, bildiri sahibinin Soyadı, Adı, (tırnak içinde) "Bildiri Başlığı", *Sempozyum Adı,* Düzenleyen veya Yayımlayan, Şehir, Düzenlenme Tarihi, sayfa numarası sırasıyla verilmelidir, çalışma kaynakçada gösterilirken sayfa aralığı (ss.) verilmelidir.

M. Gazete, akademik olmayan dergi vb yayınlara yapılan atıflarda, konu haber ise haber başlığı tırnak içinde önce verilir; makale, deneme gibi vb. ise yazar soyadı, adı, tırnak içinde yazı başlığı; röportaj ise konuşulan kişinin soyadı, adı, röportajın başlığı, konuşan kişi verilmelidir. Bu sıralamaları gazete veya dergi adı, tarih numarası izlemelidir.

III. KAYNAKÇA

A- Çalışmanın sonunda, yararlanılan kaynaklara, yazar soyadına göre alfabetik sırayla KAYNAKÇA'da yer verilmelidir. Aynı yazarın birden fazla eseri varsa, eski tarihli yayına öncelik verilmelidir.

"Yazar soyadı, yazar adı, *eser adı*, yayınevi, yayın yeri, yıl, baskı sayısı" şekilde sıralanmalıdır.

B- Kaynakça sadece çalışmanın gönderme yaptığı eserleri içermelidir.

C- Dipnotlarda bir esere yapılan ilk gönderme ile kaynakçada yer verilen eserler aynı biçimde yazılmalıdır.

D- Kaynakçada yer verilen çalışma bir makale, bildiri v.b. ise, eser içerisindeki başlangıç ve bitiş sayfa numaraları yer almalıdır.

ADALET BAKANLIĞI
EĞİTİM DAİRESİ BAŞKANLIĞINA

Adalet Dergisinin.... yılının ..... ayında yayımlanacak .....nci sayısında yer almasını istediğim,

..... başlıklı makalem ekte yer almakta olup ayrıca belirtilen e-posta adresine de gönderilmiştir.

Bu makalenin daha önce hiçbir yerde yayımlanmadığını veya yayımlanmak üzere gönderilmediğini, üzerinde başka kurum ve kuruluşlar ile kişilerin haklarının bulunmadığını, akademik bilimsel çalıma etik kurallarına uygun olduğunu ve bu husustaki tüm sorumluluğu üstlendiğimi beyan ederim.

Bilgi ve gereğini arz ederim. .../.../20...

Adı Soyadı
İmza

Görev Yeri :
Unvanı :
Yazışma adresi :
İletişim e-posta:
Cep Tel :
İrtibat Tel :
ORCİD ID :